

RECOPILACIÓN
DOCTRINA LEGAL
AÑO 2006



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Imprime: Imprenta Regional
Edita: Consejo Jurídico de la Región de Murcia
Depósito Legal: MU-1309-2000
ISSN: 1577-0257
ISBN: 978-84-933197-6-2

Consejo Jurídico de la
Región de Murcia

**Doctrina Legal
del Año 2006**

Murcia, 2007

Composición del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Consejeros:

Excmo. Sr. D. Juan Megías Molina, Presidente.

Excmo. Sr. D. Juan Antonio Martínez-Real Ros

Excmo. Sr. D. Mariano García Canales

Excmo. Sr. D. José A. Cobacho Gómez.

Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll.

Letrado-Secretario General:

Sr. D. Manuel María Contreras Ortiz.

Presentación

Igual que en años anteriores la recopilación de la doctrina legal del Consejo Jurídico del año 2006 recoge todos los dictámenes emitidos durante dicho año, aunque omite la reproducción de los que reiteran contenidos suficientemente reflejados en otros anteriores. De igual manera, en la reproducción se omiten los datos identificativos de las consultas (art. 62 del Reglamento de Organización y Funcionamiento) .

Se mantienen las clasificaciones de los Dictámenes según consta en las ediciones anteriores, si bien con algunas matizaciones dirigidas a facilitar el manejo de los textos.

Además de esta edición en papel, los Dictámenes pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica:

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

Índices

	Págs.
I. Índice numérico de los Dictámenes emitidos por el Consejo durante el año 2006.....	13
II. Relación de los Dictámenes por títulos competenciales previstos en el artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.....	29
III. Índice de las materias por orden alfabético.....	47
IV. Índice de referencias normativas.....	51
V. Dictámenes de 2006.....	73

**I.- Índice numérico de los Dictámenes
emitidos por el Consejo Jurídico
durante el año 2006.**

NÚM.	MATERIA	PÁG
01-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. M. S. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	75
02-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. M. T. y D. D. M. T., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad....	82
03-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. del M. S. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	90
04-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a P. H. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	99
05-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. S. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	109
06-06	Proyecto de decreto por el que se regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas.	120
07-06	Proyecto de decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA).	129
08-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. B. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	142
09-06	Modificación del contrato administrativo de las obras denominadas “Construcción de Biblioteca Municipal”	147
10-06	Proyecto de Decreto por el que se establece la estructura orgánica del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA).	159
11-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	164
12-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. S. Z., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. S. L., debida a accidente escolar.....	167

13-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. R. V., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en centro escolar.	171
14-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. B. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. B. H., debida a accidente escolar.....	184
15-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. E. Q., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. E. Q., debida a accidente escolar.....	188
16-06	Proyecto de Decreto por el que se establece el procedimiento de autorización para la implantación de estudios universitarios oficiales de postgrado en las universidades de la Región de Murcia.....	193
17-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. F. P., en nombre y representación de su hija menor de edad A. F. V., debida a accidente escolar	199
18-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. R. O. E., en nombre y representación de su hija menor de edad R. M. M. O., debida a accidente escolar	203
19-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a N. C. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	209
20-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. C., como consecuencia de una asistencia sanitaria deficiente.....	217
21-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. F. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	224
22-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. S. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	233
23-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. J. S. G., en nombre y representación de su hija menor de edad C. L. S., debida a accidente escolar.....	243
24-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. C. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. J. C. P., debida a accidente escolar.....	247
25-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a G. S. U. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. G. U., debida a accidente escolar.....	252
26-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad R. R. M., debida a accidente escolar.....	255
27-06	Proyecto de decreto que modifica el Decreto 65/1998, de 5 de noviembre, sobre las ayudas, prestaciones y medidas de inserción y protección social.....	255

28-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. O. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	262
29-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. M. M. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	278
30-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. E., debida a accidente escolar.....	286
31-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. T. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	290
32-06	Proyecto de orden por la que se regulan los supuestos, condiciones y requisitos técnicos y/o personales para la gestión tributaria telemática integral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.	301
33-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. C. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. L. C., debida a accidente escolar.....	305
34-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. M. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. M. S. M., debida a accidente escolar.....	305
35-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. A. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. M. F., debida a accidente escolar.....	309
36-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. S. S. P., en nombre y representación de su hija menor de edad M. T. S. L., debida a accidente escolar.....	309
37-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. S. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. G. B., debida a accidente escolar.....	315
38-06	Resolución del contrato formalizado con la empresa M., S.A., por las obras de renovación del alumbrado público en el entramado urbano de la pedanía de Navares (Caravaca de la Cruz).....	315
39-06	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.....	320
40-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. M. G., debida a accidente escolar.....	326

41-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. R. D., como consecuencia de los daños sufridos al valorar erróneamente los méritos de acceso al Cuerpo de Maestros (lista de interinos).	333
42-06	Proyecto de decreto por el que se aprueba la tipología básica, clasificación y codificación de centros, establecimientos y servicios sociales.	343
43-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	353
44-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. F. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	361
45-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. C. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. P. C. G. , debida a accidente escolar.....	370
46-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a N. J. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad R. Z. J., debida a accidente escolar.....	370
47-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. T. G. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. M., debida a accidente escolar.....	371
48-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. G., en representación de A. R. S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de un parabrisas.....	374
49-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. R. A., en nombre y representación de su hijo V. G. R., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en el Centro Ocupacional “El Palmar”.	379
50-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	389
51-06	Consulta facultativa sobre expediente de reversión del inmueble denominado “Almacén del FEGA”, sito en Lorca, Paraje de San Diego, por los herederos de D. A. D. M. y D. L. C. C.	404
52-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. L. C. C., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. I. C. M., debida a accidente escolar.....	417
53-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. E. B., en nombre y representación de su hijo menor de edad E. J. E. C. , debida a accidente escolar.....	421
54-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. F. J., en nombre y representación de su hijo menor de edad Z. M. F., debida a accidente escolar.....	422

55-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a I. M. L. L., en nombre y representación de su hija menor de edad C. G. L., debida a accidente escolar.....	422
56-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. A. J., en nombre y representación de su hija menor de edad M. A. A., debida a accidente escolar.....	422
57-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. G. C., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	423
58-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a V. F. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. G. F., debida a accidente escolar.....	429
59-06	Resolución de contrato por la compra de una parcela rústica ubicada en el Paraje Las Cañaricas (Abaran), adjudicada mediante el procedimiento de subasta a D. ^a I. M. Y. G.	445
60-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. F. F. y D. ^a A. U. F., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	452
61-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. S., en nombre y representación de su hija menor de edad V. A. S. N., debida a accidente escolar.....	472
62-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a I. M. S., en nombre y representación de su hija menor de edad E. L. M., debida a accidente escolar.....	476
63-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a G. C. G., en nombre y representación de su hija menor de edad M. P. C., debida a accidente escolar.....	477
64-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a B. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. M. G., debida a accidente escolar.....	477
65-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. G. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	478
66-06	Anteproyecto de Ley de Cooperativas de la Región de Murcia.....	488
67-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. C. N. G., en nombre y representación de su hija menor de edad E. B. N., debida a accidente escolar.....	528
68-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	529
69-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. P. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. A. L. P., debida a accidente escolar.....	534

70-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. C. C. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. C. D., debida a accidente escolar.....	539
71-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. L. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	543
72-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. J. C. F., en nombre y representación de su hija menor de edad C. R. C., debida a accidente escolar.....	554
73-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. G. B., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. P. G., debida a accidente escolar.....	564
74-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. D. T. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. D. T. M., debida a accidente escolar.....	564
75-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. Á. P. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	565
76-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. M. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	572
77-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	576
78-06	Proyecto de Orden por el que se determina el clausulado básico del contrato de convivencia residencial de Centros de Servicios Sociales.....	583
79-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a N. S. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. J. V. S., debida a accidente escolar.....	596
80-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. M. P. J., en nombre y representación de su hija menor de edad R. A. P., debida a accidente escolar.....	603
81-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. M. S. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	603
82-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. M. V. C., en nombre y representación de su hija menor de edad C. A. V., debida a accidente escolar.....	612
83-06	Resolución del contrato formalizado con la empresa M. S.A., por las obras de renovación del alumbrado público en el entramado urbano de la pedanía de Navares (Caravaca de la Cruz).....	616

84-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. A. F. S., como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad por la ausencia de drenaje en la carretera C-3314.....	625
85-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. V. L. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. E. L., debida a accidente escolar.....	631
86-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. P. V., en nombre y representación de su hija menor de edad C. M. P. C., debida a accidente escolar.....	631
87-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. J. P. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	635
88-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. L. M. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	641
89-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. G. A., y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	650
90-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	661
91-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. L. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. P., debida a accidente escolar.....	668
92-06	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.....	669
93-06	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.....	673
94-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a L. N. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	678
95-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. A. V. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad I. B. V., debida a accidente escolar.....	687
96-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. L. V., debida a accidente escolar.....	688
97-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	691

98-06	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”, en el término municipal.....	697
99-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	701
100-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. L. F., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. B. L., debida a accidente escolar.....	707
101-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. C. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. C. C., debida a accidente escolar.....	711
102-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. M. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	711
103-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. M. O. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	717
104-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. J. F. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. E. F. M. debida a accidente escolar.....	723
105-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. L. A. S. M., en nombre y representación de D. D. T. C., debida a accidente escolar.....	727
106-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. P. P., debida a accidente escolar.....	742
107-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	749
108-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	754
109-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a F. N. M. y D. ^a E. N. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	757
110-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. S. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. J. S., debida a accidente escolar.....	764
111-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. P. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	765

112-06	Revisión de oficio del acto administrativo dictado el 19 de noviembre de 2004, por el órgano colegiado constituido para la selección de los alumnos-trabajadores del Taller de Empleo “Casa de la Juventud” de Albudeite.	771
113-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	785
114-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. S. S., en nombre y representación de su hija menor de edad A. L. S., debida a accidente escolar.	794
115-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. T. M. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. S. M., debida a accidente escolar.	794
116-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. M. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	800
117-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. M. T., debida a accidente escolar.	808
118-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. I. M. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	808
119-06	Proyecto de decreto por el que se regulan las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia.	815
120-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil L. P. S.A., para la realización de la asistencia técnica para la ejecución del Plan de Cotrol Técnico de Calidad de la ejecución de las obras de remodelación y adecuación de la cocina del H.G.U. Morales.	844
121-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. G. P., en nombre y representación de su hija menor de edad F. G. P., debida a accidente escolar.	852
122-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. P. R., como consecuencia de los daños sufridos en el desarrollo de su trabajo en un centro escolar.	853
123-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. H. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. H. G., debida a accidente escolar.	856
124-06	Proyecto de decreto por el que se regula el procedimiento de acreditación de la formación continuada de las profesiones sanitarias y se crea la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de la Región de Murcia.	856

125-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. M. A., debida a accidente escolar.....	867
126-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. A. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. G. O., debida a accidente escolar.....	873
127-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. P. J., debida a accidente escolar.....	873
128-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	874
129-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. M. T., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	882
130-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. S. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	889
131-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	901
132-06	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.....	907
133-06	Proyecto de decreto regulador de los Clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva de la Región de Murcia	913
134-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. R. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. R. L., debida a accidente escolar.....	930
135-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	936
136-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a P. B. M., como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.....	946
137-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. S. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. C. S., debida a accidente escolar.....	952
138-06	Interpretación del contrato relativo al servicio de limpieza de las dependencias de los I.E.S. “Felipe de Borbón” de Ceutí (Murcia), y “Lorquí” de Lorquí (Murcia).....	952

139-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. O. M., en nombre y representación de su hija menor de edad D. O. P., debida a accidente escolar.....	955
140-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. L. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	956
141-06	Proyecto de Decreto de estructura orgánica del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia.....	964
142-06	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia.....	974
143-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. H. S. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	982
144-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a F. V. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. C. L. V., debida a accidente escolar.....	993
145-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. J. G. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	993
146-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. M. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1000
147-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. F. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1013
148-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. S. O. V., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1027
149-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. E. M., S.A., por los servicios de residencia y centro de día en el municipio de Ceuti.....	1042
150-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. B. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	1059
151-06	Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de los Deportistas de Alto Rendimiento de la Región de Murcia.	1066
152-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. Á. S. J., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. F. S., debida a accidente escolar.....	1073
153-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. P. O., en nombre y representación de su hija menor de edad A. C. P., debida a accidente escolar.....	1073

154-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. B. G., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en la acera de la Calle Torrevieja del municipio de Beniel.....	1081
155-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. P. P., debida a accidente escolar.....	1093
156-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. J., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	1102
157-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a I. L. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1108
158-06	Proyecto de Decreto por el que se regula la Comisión Antiviolenia en el Deporte de la Región de Murcia.....	1112
159-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. F. C., en nombre y representación de su hija menor de edad N. F. G., debida a accidente escolar.....	1121
160-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1121
161-06	Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2007.....	1131
162-06	Anteproyecto de ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos, tributos propios, subvenciones y juego para el año 2007	1136
163-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. D. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. E. C. D., debida a accidente escolar.....	1142
164-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. O. M., en nombre y representación de su hija menor de edad D. O. P., debida a accidente escolar.....	1142
165-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. A. T., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1143
166-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. S. O. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	1151
167-06	Responsabilidad patrimonial instada por G. M. como consecuencia de los daños sufridos por su asegurada D. ^a F. B. M.....	1159
168-06	Revisión de Oficio del expediente de licencia de obras para la construcción de tres viviendas promovidas por D. ^a V. P. G. en el municipio de Águilas	1165

169-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil U. S.A., por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos en el municipio de Los Alcazares.	1175
170-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil U. S.A., por los servicios de limpieza viaria en el municipio de Los Alcazares.....	1187
171-06	Anteproyecto de Ley de Pesca Marítima y Acuicultura de la Región de Murcia.....	1187
172-06	Proyecto de decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Acción Social	1228
173-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. H. C., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. A. R. H., debida a accidente escolar.....	1239
174-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. Á. T. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1239
175-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. G. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. G. G., debida a accidente escolar.....	1247
176-06	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	1247
177-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. S. F. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. C. F., debida a accidente escolar.....	1251
178-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. P. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. P. P., debida a accidente escolar.....	1259
179-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. E. R. G., como consecuencia de los daños sufridos en el desempeño de sus funciones en el CIFEA de Lorca.....	1259
180-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. J. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1271
181-06	Revisión de oficio sobre el Acuerdo de 2 de febrero de 2006 de la Junta Electoral de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena.	1280
182-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. R. C., debida a accidente escolar.....	1286

183-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. E. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1289
184-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. T. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1303
185-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a G. M. L., en nombre y representación de su hija menor de edad G. G. M., debida a accidente escolar.....	1316
186-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil I. O. S. A., S.L., por las obras de cimentación del pabellón polideportivo de Zeneta (Murcia).....	1320
187-06	Reconocimiento de obligaciones derivadas de 14 convenios de colaboración celebrados con diversos Ayuntamientos de la Región, para la realización de proyectos en materia de medio ambiente, entorno natural y recursos hídricos, con omisión del trámite de fis.....	1335
188-06	Anteproyecto de Ley de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia.	1338
189-06	Anteproyecto de Ley de renta básica de inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.	1390
190-06	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de ampliación de 14 aulas en el I.E.S. “Poeta Julián Andujar” de Santomera (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1418
191-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. N. G. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1428

**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.		Pag.
A) Preceptivos:		
1.- Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía.		
	Subtotal	0
2.- Anteproyecto de ley.		
66-06	Anteproyecto de Ley de Cooperativas de la Región de Murcia.....	488
161-06	Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2007.....	1131
162-06	Anteproyecto de ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos, tributos propios, subvenciones y juego para el año 2007. ..	1136
171-06	Anteproyecto de Ley de Pesca Marítima y Acuicultura de la Región de Murcia.....	1187
176-06	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.	1247
188-06	Anteproyecto de Ley de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia.	1338
189-06	Anteproyecto de Ley de renta básica de inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.	1390
	Subtotal	7
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.		
06-06	Proyecto de Decreto por el que se regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas.	120
07-06	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA).	129
10-06	Proyecto de Decreto por el que se establece la estructura orgánica del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA).	159

16-06	Proyecto de Decreto por el que se establece el procedimiento de autorización para la implantación de estudios universitarios oficiales de postgrado en las universidades de la Región de Murcia.....	193
27-06	Proyecto de Decreto que modifica el Decreto 65/1998, de 5 de noviembre, sobre las ayudas, prestaciones y medidas de inserción y protección social.....	255
32-06	Proyecto de Orden por la que se regulan los supuestos, condiciones y requisitos técnicos o personales para la gestión tributaria telemática integral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.	301
42-06	Proyecto de Decreto por el que se aprueba la tipología básica, clasificación y codificación de centros, establecimientos y servicios sociales.	343
78-06	Proyecto de Orden por el que se determina el clausulado básico del contrato de convivencia residencial de Centros de Servicios Sociales.	583
93-06	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.	673
119-06	Proyecto de Decreto por el que se regulan las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia.	815
124-06	Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de acreditación de la formación continuada de las profesiones sanitarias y se crea la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de la Región de Murcia.	856
133-06	Proyecto de Decreto regulador de los clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva de la Región de Murcia.	913
141-06	Proyecto de Decreto de estructura orgánica del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia.....	964
142-06	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia.....	974
151-06	Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de los deportistas de alto rendimiento de la Región de Murcia.....	1066
158-06	Proyecto de Decreto por el que se regula la Comisión Antiviolenencia en el Deporte de la Región de Murcia.....	1112
172-06	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Acción Social.	1228
	Subtotal	17

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

98-06	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).....	697
112-06	Revisión de oficio del acto administrativo dictado el 19 de noviembre de 2004, por el órgano colegiado constituido para la selección de los alumnos-trabajadores del Taller de Empleo “Casa de la Juventud” de Albudeite.....	771
168-06	Revisión de oficio de licencia de obras para la construcción de tres viviendas promovidas por D.ª V. P. G. en el municipio de Águilas. .	1165
181-06	Revisión de oficio de Acuerdo de 2 de febrero de 2006 de la Junta Electoral sobre proclamación de candidato a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena.....	1280
	Subtotal	4

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

38-06	Resolución del contrato formalizado con la empresa M., S.A., por las obras de renovación del alumbrado público en el entramado urbano de la pedanía de Navares (Caravaca de la Cruz).....	315
59-06	Resolución de contrato por la compra de una parcela rústica ubicada en el Paraje Las Cañaricas (Abaran), adjudicada mediante el procedimiento de subasta a D.ª I. M. Y. G.	445
83-06	Resolución del contrato formalizado con la empresa M.,S.A., por las obras de renovación del alumbrado público en el entramado urbano de la pedanía de Navares (Caravaca de la Cruz).....	616
120-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil L. P. S.A., para asistencia técnica del Plan de Control Técnico de Calidad de la ejecución de las obras de remodelación y adecuación de la cocina del H.G.U. Morales Meseguer.....	844
138-06	Interpretación del contrato relativo al servicio de limpieza de las dependencias de los I.E.S. “Felipe de Borbón” de Ceutí (Murcia), y “Lorquí”, de Lorquí (Murcia).....	952
149-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. E. M., S.A., por los servicios de residencia y centro de día en el municipio de Ceutí.....	1042
169-06	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.	1175
170-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil U., S.A., por los servicios de limpieza viaria en el municipio de Los Alcázares.....	1187
186-06	Resolución de contrato formalizado con la mercantil I. O. S. A., S.L., por las obras de cimentación del pabellón polideportivo de Zeneta (Murcia).....	1320

Subtotal.....9

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.

09-06	Modificación del contrato administrativo de las obras denominadas “Construcción de Biblioteca Municipal”	147
-------	--	-----

Subtotal.....1

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

01-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. M. S. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	75
02-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. M. T. y D. D. M. T., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	82
03-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. del M. S. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	90
04-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a P. H. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	99
05-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. S. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	109
08-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. B. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	142
11-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	164
12-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. S. Z., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. S. L., debida a accidente escolar.....	167
13-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. R. V., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en centro escolar.....	170
14-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. B. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. B. H., debida a accidente escolar.....	183
15-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. E. Q., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. E. Q., debida a accidente escolar.....	188

17-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. F. P., en nombre y representación de su hija menor de edad A. F. V., debida a accidente escolar.....	199
18-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. R. O. E., en nombre y representación de su hija menor de edad R. M. M. O., debida a accidente escolar.....	203
19-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a N. C. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	209
20-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. C., como consecuencia de una asistencia sanitaria deficiente.	217
21-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. F. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	224
22-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. S. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	233
23-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. J. S. G., en nombre y representación de su hija menor de edad C. L. S., debida a accidente escolar.....	243
24-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. C. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. J. C. P., debida a accidente escolar.....	247
25-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a G. S. U. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. G. U., debida a accidente escolar.....	252
26-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad R. R. M., debida a accidente escolar.....	255
28-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. O. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	262
29-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. M. M. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	278
30-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. E., debida a accidente escolar.....	286
31-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. T. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	290

33-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. C. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. L. C., debida a accidente escolar.....	305
34-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. M. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. M. S. M., debida a accidente escolar.....	305
35-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. A. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. M. F., debida a accidente escolar.....	309
36-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. S. S. P., en nombre y representación de su hija menor de edad M. T. S. L., debida a accidente escolar.....	309
37-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. S. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. G. B., debida a accidente escolar.....	315
39-06	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.....	320
40-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. M. G., debida a accidente escolar.....	326
41-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. R. D., como consecuencia de los daños sufridos al valorar erróneamente los méritos de acceso al Cuerpo de Maestros (lista de interinos).....	333
43-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	353
44-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. F. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	361
45-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. C. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. P. C. G., debida a accidente escolar.....	370
46-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a N. J. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad R. Z. J., debida a accidente escolar.....	370
47-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. T. G. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. M., debida a accidente escolar.....	371
48-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. G., en representación de A. R. S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de un parabrisas.....	374

49-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. R. A., en nombre y representación de su hijo V. G. R., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en el Centro Ocupacional “El Palmar”.	379
50-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	389
52-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. L. C. C., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. I. C. M., debida a accidente escolar.	417
53-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. E. B., en nombre y representación de su hijo menor de edad E. J. E. C., debida a accidente escolar.	421
54-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. F. J., en nombre y representación de su hijo menor de edad Z. M. F., debida a accidente escolar.	422
55-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a I. M. L. L., en nombre y representación de su hija menor de edad C. G. L., debida a accidente escolar.	422
56-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. A. J., en nombre y representación de su hija menor de edad M. A. A., debida a accidente escolar.	422
57-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. G. C., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	423
58-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a V. F. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. G. F., debida a accidente escolar.	429
60-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. F. F. y D. ^a A. U. F., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	452
61-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. S., en nombre y representación de su hija menor de edad V. A. S. N., debida a accidente escolar.	472
62-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a I. M. S., en nombre y representación de su hija menor de edad E. L. M., debida a accidente escolar.	476
63-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a G. C. G., en nombre y representación de su hija menor de edad M. P. C., debida a accidente escolar.	477
64-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a B. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. M. G., debida a accidente escolar.	477

65-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. G. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	478
67-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. C. N. G., en nombre y representación de su hija menor de edad E. B. N., debida a accidente escolar.....	528
68-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	529
69-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. P. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. A. L. P., debida a accidente escolar.....	533
70-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. C. C. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. C. D., debida a accidente escolar.....	538
71-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. L. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	543
72-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. J. C. F., en nombre y representación de su hija menor de edad C. R. C., debida a accidente escolar.....	554
73-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. G. B., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. P. G., debida a accidente escolar.....	564
74-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. D. T. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. D. T. M., debida a accidente escolar.....	564
75-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. Á. P. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	565
76-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. M. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	572
77-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	576
79-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a N. S. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. J. V. S., debida a accidente escolar.....	596
80-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. M. P. J., en nombre y representación de su hija menor de edad R. A. P., debida a accidente escolar.....	603

81-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. M. S. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	603
82-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. M. V. C., en nombre y representación de su hija menor de edad C. A. V., debida a accidente escolar.	612
84-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. A. F. S., como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad por la ausencia de drenaje en la carretera C-3314.	625
85-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. V. L. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. E. L., debida a accidente escolar.	631
86-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. P. V., en nombre y representación de su hija menor de edad C. M. P. C., debida a accidente escolar.	631
87-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. J. P. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	635
88-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. L. M. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	641
89-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. G. A, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	650
90-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	661
91-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. L. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. P., debida a accidente escolar.	668
92-06	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.	669
94-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a L. N. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	678
95-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. A. V. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad I. B. V., debida a accidente escolar.	687
96-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. L. V., debida a accidente escolar.	688

97-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A.N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	691
99-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	701
100-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. L. F., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. B. L., debida a accidente escolar.....	707
101-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. C. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. C. C., debida a accidente escolar.....	711
102-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. M. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	711
103-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. M. O. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	717
104-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. J. F. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. E. F. M. debida a accidente escolar.....	723
105-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. L. A. S. M., en nombre y representación de D. D. T. C., debida a accidente escolar.....	727
106-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. P. P., debida a accidente escolar.....	742
107-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	749
108-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	754
109-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a F. N. M. y D. ^a E. N. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	757
110-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. S. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. J. S., debida a accidente escolar.....	764
111-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. P. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	765

113-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	785
114-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. S. S., en nombre y representación de su hija menor de edad A. L. S., debida a accidente escolar.	794
115-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. T. M. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. S. M., debida a accidente escolar.	794
116-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. M. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	800
117-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. M. T., debida a accidente escolar.	808
118-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. I. M. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	808
121-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. G. P., en nombre y representación de su hija menor de edad F. G. P., debida a accidente escolar.	852
122-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. P. R., como consecuencia de los daños sufridos en el desarrollo de su trabajo en un centro escolar.	853
123-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. H. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. H. G., debida a accidente escolar.	856
125-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. M. A., debida a accidente escolar.	867
126-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. A. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. G. O., debida a accidente escolar.	873
127-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. P. J., debida a accidente escolar.	873
128-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	874
129-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. M. T., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	882

130-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. S. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	889
131-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	901
132-06	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.....	907
134-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. R. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. R. L., debida a accidente escolar.....	930
135-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	936
136-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a P. B. M., como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.....	946
137-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. S. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. C. S., debida a accidente escolar.....	952
139-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. O. M., en nombre y representación de su hija menor de edad D. O. P., debida a accidente escolar.....	955
140-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. L. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	956
143-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. H. S. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	982
144-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a F. V. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. C. L. V., debida a accidente escolar.....	993
145-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. J. G. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	993
146-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. M. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1000
147-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. F. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1013
148-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. S. O. V., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1027

150-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. B. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	1059
152-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. Á. S. J., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. F. S., debida a accidente escolar.	1073
153-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. P. O., en nombre y representación de su hija menor de edad A. C. P., debida a accidente escolar.	1073
154-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. B. G., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en la acera de la Calle Torrevieja, del municipio de Beniel.	1081
155-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. P. P., debida a accidente escolar.	1093
156-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. J., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	1102
157-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a I. L. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1108
159-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. F. C., en nombre y representación de su hija menor de edad N. F. G., debida a accidente escolar.	1121
160-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1121
163-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. D. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. E. C. D., debida a accidente escolar.	1142
164-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. O. M., en nombre y representación de su hija menor de edad D. O. P., debida a accidente escolar.	1142
165-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. A. T., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1143
166-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. S. O. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	1151
167-06	Responsabilidad patrimonial instada por G. M. como consecuencia de los daños sufridos por su asegurada D. ^a F. B. M.	1159
173-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. H. C., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. A. R. H., debida a accidente escolar.	1239

174-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. Á. T. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1239
175-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. G. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. G. G., debida a accidente escolar.....	1247
177-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. S. F. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. C. F., debida a accidente escolar.....	1251
178-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. P. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. P. P., debida a accidente escolar.....	1259
179-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. E. R. G., como consecuencia de los daños sufridos en el desempeño de sus funciones en el CIFEA de Lorca.....	1259
180-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. J. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1271
182-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. R. C., debida a accidente escolar.....	1286
183-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. E. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1289
184-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. T. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1303
185-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a G. M. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad G. G. M., debida a accidente escolar.....	1316
191-06	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. N. G. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.	1428

Subtotal150

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

Subtotal0

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

Subtotal0

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.

187-06	Reconocimiento de obligaciones sin fiscalización previa derivadas de 14 convenios de colaboración celebrados con diversos Ayuntamientos de la Región para la realización de proyectos en materia de medio ambiente.	1335
190-06	Reconocimiento de obligaciones sin fiscalización previa contraídas por las obras de ampliación de 14 aulas en el I.E.S. “Poeta Julián Andujar” de Santomera (Murcia).	1418
	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.

Subtotal0

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

Subtotal0

15- Pliegos generales para contratación y para concesiones.

Subtotal0

16.- Alteración, creación y supresión de municipios.

Subtotal0

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

Subtotal190

B) Potestativos:

51-06	Consulta facultativa sobre expediente de reversión del inmueble denominado “Almacén del FEGA”, sito en Lorca, Paraje de San Diego.	404
	Subtotal	1
	TOTAL	191

III.- Índice alfabético de materias.

MATERIA DEL DICTAMEN**ACCIDENTE EN EL TRABAJO:** 179-06.**ACCIDENTE ESCOLAR:** 12-06;13-06;14-06;17-06;18-06;23-06;24-06;
25-06;26-06;30-06;33-06;34-06;35-06;36-06;37-06;39-06;40-06;45-06;46-06;
47-06;52-06;53-06;54-06;55-06;56-06;58-06;61-06;62-06;63-06;64-06;67-06;
69-06;70-06;72-06;73-06;74-06;79-06;80-06;82-06;85-06;86-06;91-06;92-06;
95-06;96-06;100-06;101-06;104-06;105-06;106-06;110-06;114-06;115-06;
117-06;121-06;122-06;123-06;125-06;126-06;127-06;132-06;134-06;137-06;
139-06;144-06;152-06;153-06;155-06;159-06;163-06;164-06;173-06;175-06;
177-06;178-06;182-06;185-06.**ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL:** 07-06;10-06.**ASISTENCIA JURÍDICA:** 51-06.**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:** 09-06;38-06;59-06;138-06;149-06;
169-06;170-06;186-06;190-06.**CONVENIOS DE COLABORACIÓN:** 187-06.**DAÑOS:** 41-06;48-06;49-06;84-06;87-06;136-06;143-06;154-06;179-06;180-06.**DEPORTE:** 19-06;133-06;142-06;151-06;158-06.**EDUCACIÓN:** 190-06.**MEDIO AMBIENTE:** 187-06.**OBRAS PÚBLICAS:** 83-06;154-06.**PRESUPUESTOS:** 161-06.**REGLAMENTOS:** 06-06;16-06;27-06;32-06;42-06;66-06;78-06;93-06;119-06;
124-06;133-06;141-06;142-06;151-06;158-06;161-06;162-06;171-06;172-06;
176-06;188-06;189-06.**REVISIÓN DE OFICIO:** 98-06;112-06;168-06;181-06.**SANIDAD:** 01-06;03-06;04-06;05-06;11-06;15-06;20-06;21-06;22-06;28-06;
29-06;31-06;43-06;44-06;50-06;60-06;65-06;71-06;75-06;76-06;81-06;88-06;
89-06;90-06;94-06;97-06;102-06;103-06;107-06;108-06;109-06;111-06;116-06;
118-06;120-06;124-06;128-06;129-06;130-06;131-06;140-06;146-06;147-06;
148-06;157-06;160-06;165-06;174-06;180-06;183-06;184-06;191-06.**TRIBUTOS:** 162-06.

VEHICULOS: 02-06;08-06;19-06;57-06;68-06;77-06;87-06;99-06;113-06;
135-06;145-06;150-06;156-06;166-06;167-06.

VIVIENDA: 168-06

IV.- Índice de referencias normativas.

ÁMBITOS

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

ORGANIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES

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

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

AMBITO: 1.-Normativa Comunitaria

20.- Reglamento

2847/1993/CE, de 12 de octubre, por el que se Establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común.

Artículo 38:171-06.

1626/1994/CE, de 27 de junio, por el que se Establece determinadas medidas técnicas de conservación de los recursos pesqueros en el Mediterráneo.

Artículo 17:171-06.

1447/1999/CE, de 24 de junio, por el que se Establece una lista de tipos de conductas que infringen gravemente las normas de la política pesquera común.

Genérico: 171-06.

1924/2000/CE, de 11 de septiembre, Relativas a la concesión del reconocimiento específico a las organizaciones de productores del sector pesquero con el fin de mejorar la calidad de sus productos.

Genérico:171-06.

104/2000/CE, de 17 de diciembre, por el que se Establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura.

Genérico:171-06.

2318/2001/CE, de 29 de noviembre, de Aplicación del Reglamento 104/2000/CE en lo referente al reconocimiento de las organizaciones de productores en el sector de la pesca y de la acuicultura.

Genérico:171-06.

2371/2002/CE, de 20 de diciembre, de Conservación y explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común.

Artículo 25:171-06.

AMBITO: 2.-Normativa Estatal

07.-Constitución Española de 27 de diciembre de 1978

Artículo 9:161-06. Artículo 24:155-06. Artículo 27:16-06. Artículo 33:51-06. Artículo 43:119-06. Artículo 44:188-06. Artículo 45:162-06. Artículo 46:188-06. Artículo 52:171-06. Artículo 66:161-06. Artículo 89:171-06. Artículo 102:171-06. Artículo 103:27-06,124-06. Artículo 106:04-06,05-06,21-06,29-06,41-06,50-06,68-06,77-06,81-06,88-06, 89-06,118-06,128-06,129-06,130-06,131-06,143-06,145-06,146-06,147-06, 148-06,150-06,154-06,160-06,167-06,174-06,177-06,179-06,183-06,184-06, 191-06. Artículo 132:188-06. Artículo 134:161-06. Artículo 148:151-06,189-06. Artículo 149:66-06,124-06,133-06,158-06,171-06,188-06,189-06.

08.-Estatutos de Autonomía

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

Artículo 10:06-06,27-06,151-06, 10:171-06,188-06. Artículo11:171-06,188-06. Artículo 22:189-06. Artículo 30:188-06. Artículo 32:151-06. Artículo 43:162-06. Artículo 51:151-06.

09.-Ley Orgánica

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

Artículo 91:188-06.

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

Artículo 27:189-06.

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

Genérico: 06-06.

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.

Artículo 14:189-06. Artículo 30:189-06.

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

Artículo 6:161-06.

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

Artículo 8:16-06.

7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

Artículo 19:162-06.

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

Artículo 1:119-06. Artículo 5:133-06. Artículo 11:133-06. Artículo 12:119-06.

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

Artículo 2:139-06. Artículo 11:58-06. Artículo 79:161-06. Artículo 81:99-06.

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

Genérico: 139-06. Artículo 117:161-06.

10.-Ley

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

Genérico:159-06.

16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.

Artículo 54:51-06. Artículo 71:188-06. Artículo 82:188-06.

62/1978, de 26 de diciembre, de Protección de los Derechos Fundamentales.

Artículo 4:155-06.

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

Artículo 43:167-06.

12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico.

Artículo 15:171-06.

23/1984, de 25 de junio, de Normas reguladoras de cultivos marinos.

Genérico:171-06.

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

Genérico:180-06.

Artículo 1:07-06. Artículo 23:99-06,145-06.

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

Artículo 21:168-06. Artículo 53:98-06,168-06. Artículo 110:168-06.

16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Artículo 1:188-06. Artículo 16:188-06. Artículo 20:188-06. Artículo 28:188-06. Artículo 36:188-06. Artículo 59:188-06. Artículo 60:188-06. Artículo 63:188-06.

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

Genérico:21-06. Artículo5:130-06. Artículo 10:50-06,106-06,116-06,191-06. Artículo 43:03-06,04-06,05-06,22-06,28-06,29-06,31-06,44-06,50-06,60-06, 65-06,71-06,81-06,90-06,131-06,183-06. Artículo 67:20-06. Artículo 73:124-06.

9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas

Artículo 32:93-06,151-06. Artículo 34:141-06.

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

Genérico:188-06. Artículo 112:171-06

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

Artículo 15:77-06,150-06,154-06.

4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre.

Artículo 16:188-06. Artículo 17:188-06.

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

Genérico:151-06,158-06.

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

Genérico:27-06,164-06,188-06. Artículo 3:188-06. Artículo 17:158-06. Artículo 18:93-06. Artículo 26:112-06. Artículo 28:45-06,85-06,113-06,175-06. Artículo 29:12-06,30-06,84-06,123-06,134-06. Artículo 31:41-06,105-06,150-06,160-06,174-06,179-06,184-06. Artículo 32:04-06,18-06,20-06,51-06,58-06,107-06,125-06,139-06,149-06,183-06. Artículo 33:102-06,109-06. Artículo 35:154-06,166-06. Artículo 37:179-06. Artículo 38:189-06. Artículo 41:59-06,72-06,104-06. Artículo 42:16-06,19-06,65-06,77-06,89-06,119-06,148-06,154-06,160-06. 167-06,168-06. Artículo 43:188-06. Artículo 44:120-06. Artículo 49:186-06. Artículo 56:59-06. Artículo 59:110-06. Artículo 62:98-06,168-06,169-06,170-06,181-06. Artículo 63:72-06. Artículo 69:87-06,169-06,170-06. Artículo 71:13-06,54-06,107-06,189-06. Artículo 73:148-06. Artículo 74:84-06,95-06,96-06,155-06. Artículo 76:111-06. Artículo 78:47-06,57-06,135-06,165-06,180-06. Artículo 79:48-06,189-06. Artículo 80:03-06,05-06,28-06,58-06,60-06,75-06,143-06,154-06,179-06. Artículo 83:167-06. Artículo 84:38-06,68-06,92-06,108-06,132-06. Artículo 89:39-06,179-06. Artículo 92:168-06. Artículo 94:59-06. Artículo 102:112-06,168-06,181-06. Artículo 103:168-06. Artículo 104:181-06. Artículo 107:188-06. Artículo 111:170-06. Artículo 112:189-06. Artículo 130:171-06,188-06. Artículo 136:22-06. Artículo 139:01-06,02-06,03-06,04-06,05-06,11-06,12-06,13-06,14-06,15-06,17-06,18-06,19-06,21-06,23-06,24-06,25-06,26-06,28-06,29-06,31-06,33-06,34-06,35-06,36-06,37-06,40-06,43-06,44-06,45-06,46-06,48-06,49-06, 50-06,52-06,53-06,54-06,55-06,56-06,57-06,58-06,61-06,62-06,63-06,64-06,65-06,67-06,68-06,69-06,70-06,71-06,73-06,74-06,75-06,77-06,79-06,80-06,81-06, 82-06,85-06,86-06,87-06,88-06,89-06, 90-06,91-06,96-06,97-06,99-06,100-06, 103-06,105-06,106-06,109-06,114-06,115-06,116-06,117-06,118-06,121-06, 123-06,125-06,126-06,127-06,128-06,129-06,130-06,131-06,134-06,135-06, 136-06,137-06,139-06,140-06,143-06,144-06,145-06,146-06,147-06,148-06, 150-06,152-06,153-06,154-06,156-06,157-06,159-06,160-06,163-06,165-06, 166-06,167-06,168-06,173-06,174-06,175-06,177-06,178-06,179-06,182-06, 183-06,184-06,185-06,191-06. Artículo 140:107-06,113-06,132-06. Artículo 141:13-06,31-06,77-06,122-06,150-06,154-06,157-06,165-06, 167-06,168-06,191-06. Artículo 142:01-06,02-06,04-06,05-06,11-06,12-06,13-06,15-06,17-06, 20-06,21-06,22-06,23-06,24-06,26-06,28-06,29-06,30-06,33-06,34-06,35-06, 37-06,39-06,40-06,41-06,43-06,44-06,45-06,46-06,48-06,50-06,52-06, 55-06,57-06,58-06,60-06,62-06,64-06,68-06,71-06,72-06,73-06,74-06,75-06,76-06, 81-06,82-06,85-06,86-06,87-06,88-06,89-06,90-06,91-06,94-06,95-06,97-06, 100-06,101-06,103-06,104-06,105-06,110-06,111-06,115-06,116-06,117-06, 118-06,121-06,126-06,127-06,128-06,129-06,130-06,131-06,134-06,135-06, 136-06,137-06,143-06,144-06,146-06,147-06,148-06,152-06,153-06,156-06,160-06,174-06,177-06,179-06,180-06,183-06,184-06,185-06. Artículo 145:168-06,177-06. Artículo 146:14-06,18-06,36-

06,49-06,53-06,54-06,56-06,61-06,69-06, 70-06,79-06,80-06,99-06,106-06,114-06,123-06,125-06,139-06,159-06, 163-06,173-06,175-06,178-06, 182-06.

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

Artículo 105:169-06.

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

Genérico:13-06,36-06,157-06,183-06,184-06. Artículo 31:179-06.

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

Artículo 22:66-06. Artículo 24:42-06,78-06.

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

Artículo 19:188-06. Artículo 44:168-06.

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

Artículo 36:148-06. Artículo 127:168-06.

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

Artículo 53:66-06. Artículo 79:66-06. Artículo 104:66-06.

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

Genérico:51-06.

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

Artículo 217:05-06,52-06,57-06,65-06,68-06,81-06,88-06,89-06,105-06, 115-06,118-06,125-06,129-06,135-06,146-06,147-06,148-06,157-06,160-06, 165-06,174-06,191-06. Artículo 283:13-06,28-06,40-06,58-06,143-06,154-06,179-06. Artículo 335:01-06,03-06,04-06,28-06,31-06,50-06,60-06,116-06,191-06. Artículo 360:75-06,97-06. Artículo 361:154-06. Artículo 377:19-06,154-06. Artículo 381:97-06. Artículo 659:154-06. Artículo 666:154-06.

3/2001, de 26 de marzo, que Regula la Pesca Marítima del Estado.

Artículo 31:171-06. Artículo 41:171-06. Artículo 44:171-06. Artículo 45:171-06. Artículo 48:171-06. Artículo 61:171-06. Artículo 65:171-06. Artículo 70:171-06. Artículo 75:171-06. Artículo 83:171-06.

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

Artículo 3:161-06.

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 64:162-06.

3/2002, de 12 de marzo, de Modificación de la Ley 3/2000, de 7 de enero, que aprueba el Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales.

Genérico:10-06.

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 2:162-06.

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:90-06. Artículo 3:28-06,50-06,130-06,183-06,191-06. Artículo 4:31-06.

Artículo 10:191-06.

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

Artículo 34:124-06.

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

Artículo 17:66-06. Artículo 44:120-06. Artículo 62:120-06. Artículo 67:120-06. Artículo 145:66-06.

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

Artículo 2:189-06.

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

Artículo 12:124-06. Artículo 34:124-06.

52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social.

Artículo 38:189-06.

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

Genérico:141-06.

57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local.

Artículo 21:98-06. Artículo 124: 98-06

2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

Genérico:162-06.

4/2005, de 22 de abril, de Efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas.

Genérico:189-06.

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

Artículo 9:188-06.

14.-Real Decreto Legislativo

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

Genérico:171-06. Artículo 2:188-06. Artículo 4:188-06.

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 9:02-06. Artículo 19:57-06,143-06. Artículo 57:08-06,77-06,150-06,154-06,167-06.

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 255:168-06. Artículo 302:168-06.

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 51:32-06.

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

Genérico:189-06.

1/1996, de 12 de abril, por la que se Aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Artículo 14:188-06.

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

Artículo 5:59-06. Artículo 33:186-06. Artículo 53:59-06. Artículo 59:38-06,83-06,120-06,138-06,186-06. Artículo 67:186-06. Artículo 95:186-06. Artículo 96:83-06,186-06. Artículo 97:08-06,177-06. Artículo 98:161-06. Artículo 101:09-06,190-06. Artículo 104:169-06,170-06. Artículo 111:83-06,149-06,169-06,170-06,186-06. Artículo 112:120-06. Artículo 113:169-06,170-06,186-06. Artículo 142:186-06. Artículo 143:186-06. Artículo 146:09-06,190-06. Artículo 147:190-06. Artículo 150:09-06. Artículo 151:186-06. Artículo 161:149-06. Artículo 167:149-06. Artículo 211:177-06. Artículo 214:169-06,170-06.

2/2004, de 5 de marzo, por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Artículo 24:169-06,170-06.

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:177-06.

16.-Real Decreto

1995/1978, de 12 de mayo, por el que se Aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social.

Genérico:179-06.

643/1984, de 28 de marzo, sobre Estructuras Federativas Deportivas.

Genérico:119-06.

111/1986, de 10 de enero, por el que se Desarrolla parcialmente la Ley 16/1985, de 25-6-1985, de Patrimonio Histórico Español.

Genérico:188-06.

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

Artículo 112: 59-06.

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

Artículo 3:170-06.

2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se Aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales.

Artículo 182:112-06.

620/1987, de 10 de abril, por el que se Reglamento de los Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos.

Artículo 5:188-06.

1086/1989, de 28 de agosto, sobre Retribuciones de Catedráticos y Profesores de Universidad.

Artículo 2:07-06.

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 150: 171-06.

816/1990, de 22 de junio, por el que se Modifica el capítulo III de su Reglamento General, que regula el sistema electoral de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

Artículo 16:181-06. Artículo 17:181-06.

1112/1992, de 18 de septiembre, por el que se Modifica el Reglamento General para desarrollo y aplicación de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1-12-1989.

Artículo 205:171-06.

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

Genérico:19-06,68-06,94-06,102-06,140-06,184-06. Artículo 4:02-06,04-06,05-06,08-06,11-06,28-06,65-06,77-06,97-06,105-06, 111-06,130-06,131-06,143-06,150-06,154-06,160-06,166-06,167-06,191-06. Artículo 5:87-06. Artículo 6:05-06,18-06,57-06,72-06,75-06,88-06,89-06,110-06,117-06,123-06, 129-06,135-06,156-06,160-06,165-06. Artículo 9:13-06,40-06,58-06, 60-06. Artículo 10:08-06,191-06. Artículo 11:167-06. Artículo 12:01-06,03-06,05-06,12-06,13-06,14-06,15-06,17-06,18-06,20-06, 22-06,23-06,24-06,26-06,28-06,29-06,30-06,31-06,33-06,34-06,35-06,36-06, 37-06,39-06,40-06,41-06,43-06,44-06,45-06,46-06,47-06,49-06,50-06,52-06, 53-06,54-06,55-06,56-06,58-06,61-06,62-06,63-06,64-06,67-06,69-06,70-06, 71-06,73-06,74-06,75-06,76-06,77-06,79-06,81-06,82-06,84-06,85-06,86-06, 88-06,89-06,91-06,95-06,96-06,99-06,100-06,101-06,104-06,106-06,107-06, 110-06,111-06,114-06,115-06,116-06,117-06,118-06,121-06,122-06,123-06, 125-06,126-06,127-06,128-06,129-06,130-06,132-06,134-06,136-06,137-06, 139-06,143-06,144-06,146-06,147-06,148-06,150-06,152-06,153-06,154-06, 155-06,157-06,159-06,163-06,164-06,165-06,166-06,167-06,173-06,174-06, 175-06,177-06,178-06,183-06,185-06,191-06. Artículo 13:11-06,12-06,21-06,28-06,31-06,39-06,45-06,48-06,60-06, 65-06, 74-06,97-06,128-06,135-06,156-06,160-06,166-06,174-06. Artículo 32:20-06. Artículo 80:13-06.

769/1993, de 21 de mayo, por el que Aprueba el Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos.

Genérico:158-06.

1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Artículo 6:119-06. Artículo 19:119-06.

2069/1993, de 26 de noviembre, por el que se Establece las Normas sanitarias aplicables a los productos de la pesca a bordo de determinados buques pesqueros.

Genérico:171-06.

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

Genérico:43-06 Artículo 5:11-06,154-06.

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

Artículo 48:69-06.

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

Artículo 122:32-06.

2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se Desarrolla el régimen del control interno.

Artículo 32:190-06.

2177/1996, de 4 de octubre, por el que se Aprueba la Norma Básica de la Edificación «NBE-CPI/96: Condiciones de protección contra incendios en los edificios».

Artículo 9:165-06.

1868/1998, de 4 de septiembre, de Traspaso a la C.A.R. de Murcia de los medios adscritos a la gestión encomendada en materia de agricultura, Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA).

Genérico:51-06.

282/1999, de 22 de febrero, por el que se Establece el programa de talleres de empleo.

Genérico:112-06.

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:39-06,132-06.

1252/1999, de 16 de julio, por el que se Modifica parcialmente el Real Decreto 1835/1991, de 20-12-1991, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas.

Genérico:133-06,142-06.

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

Artículo 109:38-06,120-06,149-06,169-06,170-06. Artículo 113:149-06. Artículo 128:83-06. Artículo 160:190-06.

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:71-06.

1380/2002, de 20 de diciembre, de Identificación de los productos de la pesca, de la acuicultura y del marisqueo congelados y ultracongelados.

Genérico:171-06.

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

Genérico:112-06.

724/2003, de 13 de junio, por el que se Regula las organizaciones de productores de la pesca y de la acuicultura y sus asociaciones.

Artículo 4:171-06.

997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

Genérico:93-06.

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 124:154-06. Artículo 144:143-06. Artículo 171:154-06

121/2004, de 23 de enero, de Identificación de los productos de la pesca, de la acuicultura y del marisqueo vivos, frescos, refrigerados o cocidos.

Genérico:171-06.

1702/2004, de 16 de julio, por el que se Modifica el Real Decreto 1380/2002, de 20-12-02 de Identificación de los productos de la pesca, de la acuicultura y del marisqueo congelados y ultracongelados.

Genérico:171-06.

2064/2004, de 15 de octubre, por el que se Regula la primera venta de los productos pesqueros.

Genérico:171-06.

56/2005, de 21 de enero, por el que se Regulan los Estudios Universitarios Oficiales de Postrado.

Genérico:16-06.

607/2006, de 19 de mayo, por el que se Modifica el Real Decreto 2064/2004, de 15-10-2004, que regula la primera venta de los productos pesqueros.

Genérico:171-06.

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

Genérico:162-06.

17.-Decreto

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

Artículo 127:149-06,169-06,170-06.

26 de abril de 1957, por el que se Aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

Artículo 64:51-06.

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

Genérico:186-06,190-06.

18.-Códigos

Código Civil.

Artículo 116:130-06. Artículo 142:189-06. Artículo 154:121-06,127-06,152-06. Artículo

162:12-06,14-06,15-06,17-06,23-06,24-06,25-06,26-06,30-06,33-06, 34-06,35-06,36-06,37-06,39-06,45-06,46-06,52-06,53-06,54-06,55-06,56-06, 58-06,60-06,61-06,62-06,63-06,64-06,67-06,69-06,70-06,72-06,73-06,74-06,79-06,80-06,85-06,91-06,100-06,101-06,110-06,114-06,115-06,117-06,126-06, 132-06,134-06,137-06,144-06,159-06,163-06,173-06,175-06,178-06. Artículo 348:188-06. Artículo 350:188-06. Artículo 657:184-06. Artículo 1261:59-06. Artículo 1281:138-06 Artículo 1903:48-06,49-06,99-06.

AMBITO: 3.-Normativa Autonómica

10.-Ley

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

Genérico:27-06,42-06.

10/1986, de 19 de diciembre, de Creación y regulación de la Agencia Regional para el Medio Ambiente y la Naturaleza.

Genérico:171-06.

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

Artículo 21:187-06. Artículo 66:141-06.

11/1988, de 30 de noviembre, de Normas reguladoras de la Artesanía de la Región de Murcia.

Artículo 12:188-06.

4/1990, de 11 de abril, que Regula el Fomento del Patrimonio Histórico-Artístico de la Región de Murcia.

Genérico:188-06.

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

Artículo 20:08-06,77-06,150-06,154-06.

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

Artículo 28:51-06. Artículo 30:08-06. Artículo 46:188-06. Artículo 48:188-06.

4/1993, de 16 de julio, del Deporte de la Región de Murcia.

Genérico:119-06,151-06,188-06.

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

Artículo 23:116-06.

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

Artículo 3:151-06,189-06.

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

Artículo 28:98-06. Artículo 67:171-06.

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

Genérico:162-06 Artículo 22:06-06

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

Artículo 2:188-06. Artículo 19:188-06. Artículo 20:188-06. Artículo 29:188-06. Artículo 33:188-06. Artículo 37:188-06.

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

Artículo 1: Apartado .1:169-06,170-06. Artículo 2: Apartado. 4:169-06,170-06. Artículo 11:51-06. Artículo 12:02-06,06-06,112-06,181-06. Apartado 12:187-06,190-06. Apartado 2:66-06,161-06,162-06,171-06,176-06,188-06,189-06. Apartado 5:07-06,10-06,16-06,27-06,32-06,42-06,78-06,93-06, 119-06,124-06,133-06,141-06,151-06,158-06,172-06. Apartado 6:98-06,168-06. Apartado 7:38-06,59-06,83-06,120-06,138-06,149-06,169-06, 170-06, 186-06. Apartado 8:09-06. Apartado 9:01-06,03-06,04-06,05-06,08-06,11-06,12-06,13-06, 14-06,15-06,17-06,18-06,19-06,20-06,21-06,22-06, 23-06,24-06,25-06,26-06,28-06,29-06,30-06,31-06, 33-06,34-06,35-06,36-06,37-06,39-06,40-06,41-06, 43-06,44-06,45-06,46-06,47-06,48-06,49-06,50-06, 52-06,53-06,54-06,55-06,56-06,57-06,58-06,60-06, 61-06,62-06,63-06,64-06,65-06,67-06,68-06,69-06. 70-06,71-06,72-06,73-06,74-06,75-06,76-06,77-06, 79-06,80-06,81-06,82-06,85-06,86-06,87-06,88-06, 89-06,90-06,91-06,94-06,95-06,96-06,97-06,99-06,100-06,101-06,102-06,103-06,104-06,105-06,106-06,107-06,109-06,110-06,111-06,113-06,114-06,115-06, 116-06,117-06,118-06,121-06,122-06,123-06,125-06, 126-06,127-06,128-06,129-06,130-06,131-06,132-06, 134-06,135-06,136-06,137-06,139-06,140-06,142-06, 143-06,144-06,145-06,146-06,147-06,148-06,150-06, 152-06,153-06,154-06,155-06,156-06,157-06,159-06, 160-06,163-06,164-06,165-06,166-06,167-06,173-06, 174-06,175-06,177-06,178-06,179-06,180-06,182-06, 183-06,184-06,185-06,191-06.

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

Artículo 14:176-06.

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

Genérico:151-06. Artículo 3:133-06. Artículo 8:158-06. Artículo 40:119-06 Artículo 42:142-06. Artículo 44:133-06. Artículo 56:142-06. Artículo 58:133-06. Artículo 64:119-06. Artículo 91:158-06. Artículo 92:158-06 Artículo 111:119-06.

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

Genérico:171-06.

3/2001, de 3 de julio, que Modifica la Ley 1/2000, de 27-6-2000, de creación del Instituto de Seguridad y Salud laboral de la Región de Murcia.

Genérico:141-06.

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:142-06.

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

Genérico:07-06,10-06.

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

Genérico:66-06. Artículo 24:112-06.

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

Artículo 4:42-06.

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

Artículo 1:188-06. Artículo 6:32-06.

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

Artículo 6:189-06. Artículo 8:42-06. Artículo 9:189-06. Artículo 16:189-06. Artículo 18:27-06. Artículo 21:172-06. Artículo 22:189-06. Artículo 23:172-06. Artículo 32:78-06. Artículo 33:78-06

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

Artículo 25:181-06. Artículo 41:181-06. Artículo 43:181-06.

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

Genérico:93-06. Artículo 4:72-06,148-06. Artículo 7:06-06.

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

Genérico:42-06. Artículo 3:132-06,171-06,189-06. Artículo 8:32-06. Artículo 11:172-06. Artículo 14:10-06,93-06,141-06,172-06. Artículo 16:02-06,04-06,16-06,17-06,18-06,30-06,37-06,41-06,63-06,64-06, 67-06,78-06,87-06,95-06,96-06,97-06,100-06,101-06,103-06,105-06,106-06, 107-06,137-06,145-06,160-06,181-06. Artículo 19:32-06. Artículo 22:27-06,42-06. Artículo 25:06-06. Artículo 33:112-06. Artículo 35:172-06. Artículo 38:172-06. Artículo 40:172-06. Artículo 41:07-06,141-06,172-06. Artículo 46:66-06,161-06,162-06,171-06,176-06,188-06,189-06. Artículo 52:06-06,07-06,78-06. Artículo 53:10-06,16-06,27-06,32-06,93-06,119-06,124-06,133-06,142-06, 151-06,158-06,172-06.

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

Artículo 17:16-06.

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

Genérico:162-06. Artículo 24:189-06. Artículo 32:189-06.

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 6:162-06. Artículo 29:162-06.

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

Artículo 2:172-06,189-06. Artículo 9:172-06.

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:78-06,93-06,189-06. Artículo 9:32-06,161-06. Artículo 11:172-06. Artículo 37:187-06. Artículo 49:172-06. Artículo 90:187-06. Artículo 105:172-06.

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 13:93-06,176-06. Artículo 68:07-06. Artículo 73:99-06,145-06.

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:162-06.

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 5:171-06. Artículo 12:188-06. Artículo 16:188-06. Artículo 19:188-06. Artículo 24:188-06. Artículo 29:188-06. Artículo 94:188-06. Artículo 99:188-06. Artículo 118:188-06. Artículo 186:168-06. Artículo 217:188-06. Artículo 224:188-06. Artículo 232:168-06,188-06. Artículo 237:168-06. Artículo 243:171-06. Artículo 255:171-06.

17.-Decreto

124/1984, de 15 de noviembre, de Creación de Consejo Asesor de Arqueología de la Región de Murcia.

Genérico:188-06.

74/1985, de 12 de diciembre, de Medidas urgentes para la protección de ecosistemas en aguas interiores.

Genérico:171-06.

82/1986, de 20 de noviembre, de Creación del Consejo Asesor Regional del Patrimonio Histórico de la Región de Murcia.

Genérico:188-06.

7/1993, de 26 de marzo, sobre Medidas para la protección de ecosistemas en las interiores.

Artículo 2:171-06. Artículo 11:171-06.

42/1994, de 8 de abril, de Normas Regulatoras del Consejo Asesor Regional de Medio Ambiente.

Artículo 2:171-06.

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

Genérico:171-06.

24/1996, de 22 de mayo, por el que se Establece el Plan Regional de Investigación, Desarrollo Tecnológico y del Conocimiento.

Genérico:171-06.

27/1996, de 29 de mayo, sobre composición, organización y funcionamiento de la Comisión del Juego (C.A. de Murcia).

Artículo 4:162-06. Artículo 26:06-06.

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

Artículo 9:187-06.

29/1997, de 23 de mayo, de Composición y Funcionamiento del Consejo Asesor Regional de Pesca y Acuicultura.

Genérico:171-06.

63/1997, de 31 de julio, por el que se Aprueba el Reglamento del Bingo y modifica el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia.

Artículo 29:06-06.

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: 93-06. Artículo 43:112-06. Artículo 46:16-06,38-06,169-06,170-06,181-06,186-06. Artículo 61:189-06.

56/1998, de 8 de octubre, por el que se Acepta y atribuye a Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua, los medios adscritos a la gestión encomendada en materia de agricultura (FEGA).

Genérico:51-06.

65/1998, de 5 de noviembre, sobre Ayudas, prestaciones y medidas en materia de inserción y protección social de la Región de Murcia.

Genérico:27-06,189-06.

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 33:187-06,190-06.

11/2000, de 24 de febrero, por el que se Regula el Consejo Asesor Regional de Comercio de la Región de Murcia.

Artículo 2:171-06.

12/2000, de 2 de marzo, por el que se Crea el Consejo Técnico Consultivo para la Lucha contra la Pobreza y la Exclusión en la Región de Murcia.

Genérico:189-06.

99/2000, de 21 de julio, por el que se Regula las competencias en materia de contabilidad de los organismos autónomos de la Región de Murcia.

Genérico:172-06.

21/2001, de 9 de marzo, por el que se Establece la Estructura Orgánica de la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente.

Genérico:171-06.

54/2001, de 15 de junio, de autorizaciones, organización y funcionamiento del registro de entidades, centros y servicios sociales de la Región de Murcia y de la inspección.

Artículo 19:78-06. Artículo 39:42-06.

71/2001, de 11 de octubre, por el que se Aprueba Reglamento Regulator del Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia.

Genérico:119-06.

90/2001, de 14 de diciembre, por el que se Regula la composición y funciones del Consejo Asesor Regional de Cultura de la Región de Murcia.

Genérico:188-06.

65/2002, de 8 de marzo, por el que se Aprueba el Reglamento Regulator de la Junta de Garantías Electorales del Deporte de la Región de Murcia.

Genérico:119-06.

120/2002, de 4 de octubre, por el que se Regula el Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia.

Genérico:119-06.

135/2002, de 22 de noviembre, de Creación del Museo Regional de Artes Costumbres Populares y Centro de Investigaciones Etnológicas de la Región de Murcia.

Artículo 2:188-06.

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

Genérico:171-06

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:188-06.

105/2004, de 22 de octubre, por el que se Establece los Órganos Básicos de la Consejería de Sanidad, de la C.A. Región de Murcia.

Artículo 6:124-06.

9/2005, de 7 de mayo, de Reorganización parcial de la Administración Regional (C.A. de Murcia)

Genérico:176-06,187-06.

52/2005, de 13 de mayo, por el que se Establece los Órganos Directivos de la Consejería de Industria y Medio Ambiente, de la C.A. Región de Murcia.

Genérico:176-06.

98/2005, de 29 de julio, por el que se Suprime el Consejo Asesor Regional de Cultura de la Región de Murcia creado por Decreto 90/2001, de 14-12-2001.

Genérico:188-06

19/2005, de 9 de septiembre, por el que se Establece los Órganos Directivos de la Consejería de Trabajo y Política Social, de la C.A. Región de Murcia.

Genérico:172-06.

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 43:99-06. Artículo 49:69-06.

131/2005, de 25 de noviembre, por el que se Regula el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de servicios sociales en la Región de Murcia.

Genérico:189-06.

138/2005, de 9 de diciembre, por el que se Establece la Estructura Orgánica de la Secretaría General de la Consejería de Industria y Medio Ambiente.

Genérico:171-06.

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

Genérico:141-06. Artículo 65:179-06.

19.-Orden

15 de octubre de 1991, de Supresión de barreras arquitectónicas en espacios públicos y edificación. (C.A. Región de Murcia).

Artículo 8:165-06.

26 de julio de 2005, sobre Sugerencias, reclamaciones, quejas y agradecimientos formuladas por los usuarios de servicios sanitarios.

Artículo 4:107-06.

**V.- Dictámenes del año
2006**

DICTAMEN 01/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a R. M. S. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 09/01/06

Extracto de Doctrina

1. La ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios usando todas las técnicas al alcance de la ciencia médica y del sistema sanitario, pero no viene obligada a obtener un resultado carente de complicaciones o de secuelas o a responder de los resultados adversos impuestos por la enfermedad y su tratamiento.

2. 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 29 de junio de 2004, D.^a R. M. S. S. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Según la reclamante el día 20 de enero de 2004 se le practicó una histerectomía abdominal en el Hospital Virgen de la Arrixaca, siendo dada de alta con fecha 24 de enero de 2004. Ese mismo día, ya en su domicilio, la reclamante constata que tiene micciones involuntarias. Consultada esta circunstancia a su médico de cabecera, éste le prescribió antibióticos, pero, al no observar mejoría alguna, el día 28 de enero acude al Servicio de Urgencias de maternal del citado Hospital, donde se le diagnostica una fístula vesico-vaginal, procediendo a su ingreso. Hasta el día 2 de febrero es mantenida sondada sin que -según la reclamante- se le practique prueba alguna. Con posterioridad, tras realizarle varias pruebas, es trasladada a la planta de Urología y el día 11 de febrero le practicaron intervención quirúrgica, tras la cual el cirujano informó a sus familiares “*que tenía un orificio en la vejiga de aproximadamente 3 ó 4 centímetros, y que la vagina estaba necrosada, habiendo tenido que extraer tejido del intestino e injertarlo para poder coser la vagina como consecuencia de la lesión producida en la primera intervención*”.

Alega que, como consecuencia de la mala praxis médica seguida por los profesionales que le atendieron, presenta una serie de secuelas tales como incontinencia urinaria permanente, infecciones continuas de orina, una enorme e inestética cicatriz, a lo que habría que unir la depresión que padece por la que está recibiendo tratamiento psicológico, por todo lo cual solicita una indemnización por los daños y perjuicios de todo tipo, incluidos los morales, aunque no cuantifica su reclamación.

Al escrito acompaña documentación sobre las vicisitudes asistenciales e intervenciones realizadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designado órgano instructor mediante Resolución del Director Gerente del SMS, aquél solicita del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca la copia cotejada de la historia clínica y los informes de los profesionales que atendieron a la reclamante; al mismo tiempo comunica a esta última la recepción de su reclamación, el órgano encargado de su tramitación, el plazo para la resolución y el efecto del silencio administrativo, trasladando también la reclamación a la Compañía aseguradora.

TERCERO.- Mediante escrito presentado en el Registro del Servicio Murciano de Salud el día 30 de julio 2004, la reclamante incorpora al procedimiento un informe de una clínica especializada en rehabilitación y fisioterapia, en el que se hace constar que, tras seguir el tratamiento rehabilitador prescrito por el Ginecólogo de zona, la paciente ha visto recuperada su capacidad funcional en un 90%. Asimismo manifiesta que fija la indemnización reclamada en 24.000 euros.

CUARTO.- La Gerencia del Hospital Virgen de la Arrixaca envía la historia clínica relativa a la interesada, Sra. S. S., integrada por la siguiente documentación:

a) Historia de la paciente que comprende las asistencias prestadas durante los dos ingresos. De entre los numerosos documentos que integran la historia, conviene destacar los siguientes:

-Protocolo de intervención de la histerectomía abdominal, en el que se describe la operación llevada a cabo y en el que no consta que surgieran complicaciones intraoperatorias (folio 58).

-Hojas de enfermería del primer ingreso, en las que se hace constar que el día anterior al del alta que se produjo el 24 de enero, la paciente tiene *“micción espontánea, buena y clara”* (folio 96).

-Protocolo de intervención de la fistulorrafia, en el que se indica que la vía de abordaje para esta operación fue una incisión sobre la cicatriz de la histerectomía (folio 59).

-Hojas de enfermería correspondientes al segundo ingreso, en las que se recoge que la enferma estuvo sondada y se le practicaron pruebas de cistoscopia y urografía, siendo finalmente intervenida el día 11 de febrero de 2004 (folios 89 a 93).

-Informe clínico de alta fechado el día 19 de febrero de 2004, que se produce tras la fistulorrafia vesicovaginal, en el que se prescribe la retirada de sonda en centro de salud a los cinco días, y se da cita para revisión en consultas externas de urología para el día 30 de marzo de 2004 (folio 48).

-Solicitud de tratamiento rehabilitador de suelo pélvico (folio 44).

-Informe del resultado del tratamiento rehabilitador (folio 43).

-Consentimiento informado sobre la histerectomía, firmado por la reclamante, en el que, entre las complicaciones que pueden producirse como consecuencia de dicha intervención quirúrgica, figuran las fístulas (folio 66).

b) Informe del Dr. D. J. M. M., en el que indica lo siguiente:

“El día 21 de enero de 2004 se procede a la intervención que tenía programada (la reclamante) consistente en una histerectomía total simple, conservando anejos,

como consecuencia de útero miomatoso. Según relata la descripción del protocolo quirúrgico, la intervención se practicó según la técnica habitual de histerectomía no constando ningún tipo de complicación urinaria ni de otra naturaleza que se produjera a lo largo de la misma. Finalizada la operación, la paciente pasó a la Sala de Recuperación donde se instauró tratamiento postoperatorio consistente en la administración de dos unidades de concentrados de hemáties, fluidoterapia, cobertura antibiótica, medicación analgésica, antiemética y de protección gástrica, sonda vesical permanente y dieta absoluta.

Como es habitual en toda intervención de órganos de la región pélvica, la paciente pasó a planta de hospitalización con sonda vesical permanente para mantener como mínimo durante 24 horas salvo que la orina que elimine sea hematúrica.

En las observaciones acerca del curso clínico puede leerse que durante el postoperatorio inmediato la orina era hematúrica lo que obligó a permanecer con sonda. Sin embargo el 23 de enero de 2004, la orina eliminada era de aspecto claro lo que fue motivo para la retirada de la sonda. El día 24 de Enero del 2004 la paciente que ya había regulado el ritmo intestinal, cursaba apirética y orinaba espontáneamente con normalidad fue motivo para que el médico de planta considerase oportuno conceder el alta hospitalaria por ausencia de complicaciones postoperatorias manifiestas, sugiriéndole la retirada de puntos de sutura en su Centro de Salud.

El 28 de Enero del 2004 vuelve a reingresar la paciente por incontinencia urinaria. Se aplicó sonda vesical permanente, se instauró tratamiento antibiótico e inició ejercicios de rehabilitación. Después de unos días en observación y ante la persistencia del cuadro se solicitó estudio urodinámico. El 2 de febrero del 2004 se procede a la instilación, a través de la sonda, de azul de metileno comprobando su salida por vagina, lo que permitió el diagnóstico de fístula vesico-vaginal. Es trasladada al Servicio de Urología donde se preparó y programó para la corrección del trayecto fistuloso. Dice el protocolo de urología que tras la apertura de la pared se comprobó un orificio fistuloso que ocupaba el suelo vesical como consecuencia de una zona necrotizada en los bordes vesico-vaginales. Se procedió a la fistulorrafia cuya técnica consistió en la resección de la zona necrótica de bordes vesico-vaginales seguida de cierre en dos planos del orificio vaginal, y sutura de vejiga en dos planos. Se interpone un colgajo de epiplón entre ambas suturas con la finalidad de garantizar el que no se recanalice el trayecto fistuloso. No ha existido ningún injerto de intestino como reza en el escrito de la reclamación. De esta manera la complicación fistulosa postquirúrgica ha sido corregida y al parecer la paciente no ha vuelto a tener pérdida de orina”.

Termina su informe el Dr. M. considerando que “ la secuela posquirúrgica que resultó en Dña. R. M. S. ha sido una complicación surgida en el postoperatorio tardío como consecuencia de una alteración en la irrigación vascular (arterial) a nivel del muñón vaginal que posteriormente ocasionó isquemia, necrosis y la producción de un tejido esfacelado cuyo desprendimiento dio origen al orificio fistuloso. Luego, por tanto, esta complicación no ha sido el resultado de una lesión vesical producida durante la intervención sino más bien motivada por un deficitario riego sanguíneo a nivel del muñón vesico-vaginal y que ha dado como secuela la comunicación fistulosa”.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica y tras valorar todo el expediente, ésta concluye que:

1. La fístula vesico-vaginal constituye una complicación que aparece en un 1% de las histerectomías, siendo uno de los riesgos expresamente contemplados en el documento de consentimiento informado.

2. No se comprueba falta de prudencia, pericia, destreza, diligencia o profesionalidad en el personal sanitario que atendió a la reclamante.

3. La incontinencia urinaria permanente que refiere la paciente no se corresponde con la recuperación funcional reconocida del 90%.

4. La cicatriz enorme e inestética a la que aduce la reclamante es la misma que hubiera quedado si sólo se le hubiera practicado la histerectomía, ya que, según el Protocolo quirúrgico de la fistulorrafia, la vía de abordaje fue una incisión sobre la anterior cicatriz.

5. La alegada depresión no ha sido documentalmente acreditada.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, la reclamante presenta alegaciones a las que une informes de la psicóloga y psiquiatra de zona, a fin de acreditar las secuelas psicológicas que afirma padecer.

Por su parte la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud aporta Dictamen médico que, tras valorar la documentación obrante en el expediente, concluye:

“1. Diagnóstico correcto de útero miomatoso.

2. Tratamiento quirúrgico, mediante histerectomía, correctamente indicado.

3. Aparición de incontinencia urinaria al tercer día de la intervención y diagnóstico de una fístula vesico-vaginal.

4. En los países desarrollados la mayoría de las fístulas urinarias son consecuencia de la cirugía ginecológica.

5. La vejiga es el órgano más frecuentemente lesionado durante la práctica de histerectomías, abdominales o vaginales.

6. La fístula vesico-vaginal es una complicación típica de la histerectomía, que ocurre entre el 0,1 y el 1,5 % de todas las intervenciones, según distintos autores y estadísticas.

7. La formación de una fístula vesico-vaginal constituye un riesgo típico de la cirugía ginecológica, sobre todo de las histerectomías totales.

8. Este riesgo, sobre todo en el caso que nos ocupa, en el que la fístula se produce por necrosis vascular, constituye además un riesgo inevitable, ya que la lesión pasa desapercibida durante el acto quirúrgico de la histerectomía.

9. Por tanto, la aparición de una fístula vesico-vaginal, después de una histerectomía, no puede considerarse mala praxis, sino una complicación típica de estas intervenciones, que se recoge expresamente en los documentos de consentimiento informado de la SEGÓ.

10. Finalmente se hizo tratamiento quirúrgico precoz de la fístula, con buenos resultados y corrección de la incontinencia urinaria dependiente de la fístula”.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de haberse incorporado al expediente el informe médico remitido por la entidad aseguradora, se procede a conceder a la interesada un nuevo trámite de audiencia, en el que comparece mediante escrito en el que pone de manifiesto que el hecho de haber firmado el consentimiento informado para la intervención de histerectomía abdominal, no constituye una patente de curso al cirujano de modo que quede exonerado de toda responsabilidad. En lo que respecta a sus secuelas, indica que, como consecuencia de la mala praxis médica reiteradamente señalada, le ha quedado un impotencia funcional del 10% y una depresión debido a la cual se encuentra en tratamiento psicológico y psiquiátrico, tal como demostró en su momento con los informes médicos que incorporó al expediente.

OCTAVO.- El 10 de noviembre de 2005 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al entender que en ella no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, en especial el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En tal estado de tramitación y tras unir los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 22 de noviembre de 2005.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que 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 la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido 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.

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.- 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) y este Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes núms. 49/2001, 97/2003 y 41/2005), 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.

Alega la interesada que la fístula vesico-vaginal se produjo a consecuencia de una negligencia durante la histerectomía abdominal, lo que deduce del hecho objetivo e indiscutible de la patología que presentó después de la primera intervención. Sin embargo, de la historia clínica y de los informes médicos que obran en el expediente se infiere que tal negligencia no tuvo lugar, y que lo que realmente se produjo fue una complicación inherente al citado tipo de intervención. En el informe médico de la compañía aseguradora se afirma que cuando la fístula es de origen quirúrgico los síntomas aparecen inmediatamente tras la intervención, sin embargo en el caso de esta paciente *“la incontinencia de orina no fue inmediata a la intervención, sino que se presentó entre el tercer y el cuarto día del postoperatorio. Esto nos hace pensar que no se debió a un traumatismo directo o rotura inadvertida de la vejiga en el acto quirúrgico, sino más bien al segundo mecanismo mencionado, la necrosis por presión (pinzamiento, ligadura o sutura) y/o desvascularización de una porción de la vejiga...”*, conclusión a la que también llega el cirujano que efectuó la intervención. Por su lado la Inspección Médica afirma que es evidente que en la actuación del cirujano no hubo imprudencia o negligencia que provocara directamente un traumatismo sobre la zona lesionada, sino que la lesión tuvo su origen en un proceso indirecto de la intervención, ya que la fístula vesico-vaginal es una complicación que aparece en un 1% de las histerectomías.

Conviene aquí recordar la constante doctrina de este Consejo Jurídico mediante la cual se viene manteniendo que la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios usando todas las técnicas al alcance de la ciencia médica y del sistema sanitario, pero no viene obligada a obtener un resultado carente de complicaciones o de secuelas o a responder de los resultados adversos impuestos por la enfermedad y su tratamiento. Pues bien, en el supuesto que se analiza, la totalidad de informes médicos que obran en el expediente coinciden al señalar la fístula vesico-vaginal como una complicación posible de la histerectomía y ante estos informes evacuados por quienes tienen los conocimientos técnicos y científicos adecuados para ello, las manifestaciones vertidas por la interesada en sus escrito de alegaciones tendentes a establecer una relación directa entre una falta de diligencia médica y la lesión sufrida

carece de eficacia enervante por constituir meras afirmaciones de parte no avaladas por dictamen médico alguno, y es que la valoración de la intervención quirúrgica en orden a determinar su adecuación a normopraxis, 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 aportado al procedimiento por la actora, a quien corresponde la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217). Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales médicos, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite una infracción de la “lex artis” durante la intervención y el postoperatorio.

De igual modo la afirmación vertida por la interesada sobre el retraso en operarla de la fístula vesicovaginal una vez que ésta fue diagnosticada, se encuentra huérfana de informe o pericia alguna que acredite su veracidad. Sin embargo, la Administración sí que ha desplegado actividad probatoria por la que se descarta cualquier tipo de inactividad o retraso en atender dicha patología. En efecto, de los informes clínicos y partes de enfermería obrantes en la historia (folios 89 a 93), cabe concluir de modo indubitado que la paciente estuvo sometida a distintas pruebas desde la fecha de su segundo ingreso, hasta que pudo establecerse definitivamente el diagnóstico de la patología que sufría, procediéndose inmediatamente a su corrección mediante la correspondiente intervención quirúrgica. Es más, según señala el informe pericial de la aseguradora, el tratamiento quirúrgico de una fístula como la que padecía la reclamante puede ser inmediato o diferido, con resultados parecidos, y en el caso de ser diferido puede transcurrir más de un mes entre el diagnóstico y el tratamiento, plazo que, en este caso, ni remotamente se superó.

A las conclusiones alcanzadas en las consideraciones precedentes cabe unir que, según consta acreditado en el expediente (folio 66), la paciente recibió información sobre las complicaciones que podían derivarse de la solución curativa adoptada (histerectomía abdominal), entre las que figuraba la de posibles fístulas, a lo que la interesada prestó su conformidad; y si bien es cierto que dicho consentimiento informado no puede amparar -como dice la reclamante- una actuación negligente del cirujano, tal conducta, de existir, debe ser probada por quien la alega, circunstancia que, como se señalaba anteriormente, no ha sido acreditada, de modo que si tal como se desprende de la prueba desplegada por la Administración (informes de la Inspección Médica y de los peritos de la aseguradora del SMS), la intervención médica se ajustó, en lo técnico, a la *lex artis*, aunque se produjese un resultado de los tenidos como de riesgo inherente o previsible conocido y conformado por la paciente, resulta imposible trasladar al facultativo el resultado dañoso sufrido por ésta, que al carecer del necesario elemento de antijuridicidad, tiene el deber de soportar, no concurriendo, pues, los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

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 indemnización.

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, en consecuencia no procede examinar la valoración del daño, su cuantía y el modo de indemnización.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 02/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. M. T. y D. D. M. T., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 09/01/06

Extracto de Doctrina

La doctrina jurisprudencial admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción impropia del accidentado (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 19 de diciembre de 2003 tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes un escrito de D^a J. y D. D. M. T. por el que formulaban reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños habidos en el vehículo propiedad de ambos SEAT Ibiza 1.9 D, matrícula X, a consecuencia del accidente que tuvo lugar el 23 de diciembre de 2003 en un camino de servicio correspondiente a la carretera C-415. Según relatan los interesados, el percance ocurrió cuando el Sr. M. T. circulaba por la citada carretera y al desviarse por el camino de servicio existente a la altura de Cañada Hermosa, se encontró con que el firme del citado camino se hallaba en un deficiente y deslizante estado, “*ya que el mismo se encontraba sin asfaltar, y cuyo firme estaba compuesto únicamente por gravilla y arena sin compactar, amen de la inexistencia de las mínimas medidas de seguridad y señalización, lo que provocó que al ir a dar una pronunciadísima curva de un grado inferior a 90º, toda vez*

que circulaba por el lado derecho de la calzada, en cumplimiento de lo establecido en el art. 13 del RDL 339/90, irremediamente perdí el control del vehículo, saliéndome de la carretera, cayendo por el terraplén, quedando el vehículo tumbado hacia arriba”.

Junto al conductor viajaba en el automóvil siniestrado el Sr. V. C., de quien facilita sus datos a efectos de que testifique sobre lo ocurrido. También propone que testifique el guardia civil X, del puesto de la Guardia Civil de Alcantarilla.

Acompañan a su solicitud los siguientes documentos: a) permiso de circulación del vehículo siniestrado; b) fotografías correspondientes al lugar donde ocurrió el accidente, en las que se puede apreciar el estado en el que se encontraba en aquél momento; c) fotografías del mismo lugar tomadas en fechas posteriores a la ocurrencia de los hechos, en las que se observa que el firme ha sido pavimentado y que se han colocado vallas de protección; d) fotografías del vehículo tal como quedó después del percance; e) copia de un informe pericial en el que se describen los daños y se presupuesta para su reparación la cantidad de 4.408,02 euros.

Proponen como prueba, además de la testifical antes señalada, la documental privada, consistente en los documentos que se relacionan en el párrafo anterior, y documental pública, consistente en que se dirija oficio a la compañía asegurada A. a fin de que remita el original del informe pericial antes citado.

Solicitan 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.- El órgano instructor del procedimiento requiere a los interesados para que mejoren su solicitud, mediante la aportación de diversa documentación, al tiempo que les traslada la información a la que hace referencia el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En fecha 6 de febrero de 2004 tiene entrada en el Registro de la Consejería consultante un escrito de los reclamantes al que acompañan la documentación requerida, entre la que figura declaración en la que los interesados hacen constar haber recibido de la compañía aseguradora del vehículo la cantidad de 428,09 euros, importe de la reparación de la luna parabrisas y luna lateral derecha del vehículo siniestrado.

TERCERO.- Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras y al Parque de Maquinaria dependiente de aquélla, la primera acompaña informe de la empresa concesionaria encargada de la vigilancia y mantenimiento de la vía, en el que, tras afirmar la titularidad regional de la carretera en que acaece el accidente, manifiesta lo siguiente:

“A).- La actual Autovía del Noroeste (C-415) con sus correspondientes enlaces y caminos de servicio pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia siendo, por tanto, de titularidad autonómica.

A-l).- En esta Concesionaria no hay constancia del evento lesivo. En los partes de incidencia de carretera confeccionados por los equipos de vigilancia específica, tanto diurnos como nocturnos, no se refleja esta circunstancia. Así mismo no se indica ninguna incidencia en los partes de operadores del Centro de Control de Tráfico ni en las llamadas registradas (postes S.O.S., guardia civil, coordinación de emergencias, etc.).

B).- *Efectivamente no existía asfalto en la calzada en el lugar y fecha referidos pero ello es debido a que el accidente que se menciona no tuvo lugar en la autovía sino en el camino de servicio existente paralelo a la autovía y, aunque no se puede deducir el lugar exacto donde ocurrió, los caminos de servicio contemplados en el proyecto constructivo de la autovía, se ejecutaron con el firme proyectado consistente en zahorras, gravillas y D.T.S. con cubrición de gravín.*

C).- *Respecto a este punto, solamente indicar que la salida a este acceso desde la autovía en el sentido de circulación Mula-Caravaca de la Cruz, situada en el Km. 2 y utilizado por la persona que formula el presente expediente de responsabilidad patrimonial para realizar un cambio de sentido, según hace constar en la documentación aportada, está señalizada solamente como salida a vía de servicio y cumpliendo con la normativa vigente respecto a las reducciones de velocidad reglamentarias hasta llegar a 40 Km./hora (Señal de reglamentación de prohibición o restricción R-301), en ningún caso existe una señalización indicativa de la existencia de un cambio de sentido; por tanto, se puede entender una conducta inadecuada del perjudicado.*

D).- *Por lo indicado en el apartado anterior, no existe ninguna relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras.*

E).- *Así mismo, no existe nexo de unión entre el servicio público de mantenimiento y conservación prestado por esta sociedad concesionaria y el daño ocasionado por el siniestro en cuestión, por lo cual no cabe imputación ni responsabilidad atribuible a la Administración ni a esta Sociedad Concesionaria u otros agentes.*

F).- *Hasta la fecha, en los caminos de servicio incluidos en el proyecto constructivo de esta autovía, se han llevado a cabo las actuaciones normales de conservación y mantenimiento, reforzándose la señalización vertical con doble señal (una a cada lado) del tipo de reglamentación-prohibición de entrada R-101 (entrada prohibida), con el objeto de evitar precisamente el acceso en sentido contrario a la circulación en la autovía.*

Posteriormente a la puesta en servicio de esta autovía, se han ejecutado por la Consejería de Carreteras los caminos de servicio incluidos dentro del proyecto de Caminos de Servicio Complementarios, adjudicados a la empresa I. en septiembre de 2.003 y no pertenecientes a esta Concesionaria.

G).- *La autovía del Noroeste discurre prácticamente en su totalidad por zonas interurbanas no contemplándose en su proyecto constructivo iluminación en ninguno de sus puntos, como es habitual en este tipo de vías.*

H).- *Lógicamente, al no tener constancia de este siniestro, no se puede efectuar una valoración de los daños alegados.*

I).- *Como se especifica en apartados anteriores, esta salida nº2 está señalizada únicamente como vía de servicio, por ello para efectuar cambios de sentido, según refleja la reclamación de responsabilidad patrimonial referenciada, hay que seguir hasta el enlace de Cañada Hermosa situado en el Km. 5, en el cual está debidamente señalizado el cambio de sentido a distinto nivel.*

Por todo lo expuesto en los apartados anteriores, cabe llegar a la conclusión, según criterio de esta Concesionaria, que el siniestro mencionado se produce por conducir a

una velocidad inadecuada sin respetar los límites de velocidad establecidos para este acceso por intentar efectuar un cambio de sentido fuera del lugar señalizado al efecto en el enlace de Cañada Hermosa. El intento de efectuar esta maniobra, precisamente en este punto, no se puede entender salvo que exista de antemano conocimiento expreso del itinerario”.

El Parque de Maquinaria, por su parte, manifiesta que el valor venal del vehículo asciende a 3.300 euros; por otro lado, también señala que la valoración de los daños reclamados se considera correcta a tenor de la peritación efectuada por la compañía A., siempre y cuando el automóvil presente todos los daños que se reflejan en el presupuesto. Finalmente, bajo el epígrafe “otras cuestiones de interés”, indica lo siguiente:

“1- El estado y composición del firme es evidente nada más tomar la salida desde la Autovía y ante ello el conductor del vehículo debe adecuar la velocidad del mismo al estado de la calzada. Parece que tal medida no fue adoptada por el citado conductor ya que si hubiese circulado a una velocidad acorde con el estado de la misma no se hubiese salido y producido el accidente.

2- Se deberá constatar, para confirmar lo antedicho, que existía disco de limitación de velocidad en la salida de la Autovía motivo de esta reclamación, ya que dicha limitación, además del estado del firme, son validos durante todo el tramo máxime si no existe ningún disco de fin de limitación.

3- El que se produjera el arreglo y colocación de biondas en la calzada se puede deber a las propias obras que se estaban realizando en los caminos de servicio de esa autovía y no por el accidente en sí, aunque entiendo dado lo expresado en el punto primero que en nada cambia el criterio ahí plasmado”.

CUARTO.- El órgano instructor remite oficio a la Agrupación de Tráfico de la Comandancia de la Guardia Civil, Subsector de Murcia, solicitando el envío de las Diligencias instruidas como consecuencia del accidente.

El Capitán Jefe del Subsector de la Guardia Civil de Murcia contesta que, consultados los archivos de dicha Unidad, se comprueba que no existe constancia del accidente objeto de la reclamación, no habiéndose, pues, instruido atestado alguno.

Seguidamente, la instructora solicita dicha documentación del Puesto de la Guardia Civil de Alcantarilla, petición que es reiterada posteriormente hasta en dos ocasiones más, siendo finalmente evacuada con fecha 13 de septiembre de 2004, por el Sargento 1º, Comandante de dicho Puesto, mediante escrito en el que pone de manifiesto lo siguiente:

“En virtud a su escrito con referencia Expediente X, adjunto tengo la distinción de remitir a Vds, copia de la denuncia presentada por D. D. M. T., (34 826 801), nacido en Murcia el día 23 de Junio de 1.978, hijo de J. y de M., domiciliado en calle P. Z. (sic) número X de C. de T. (Murcia), relacionado con una salida de vía con el turismo X en el lugar especificado, significándole que en este Puesto, no se intervino en el momento del accidente, sino que se tuvo conocimiento a través de la denuncia que se acompaña, en principio por el robo sufrido.- Que en el momento del accidente debería haber requerido una patrulla de la Agrupación de tráfico que son los competentes para la realización de atestados por accidente, que no se confeccionó ningún informe pericial al respecto por los motivos que se indican.

Que el agente que cita como testigo, no lo es, puesto que el mismo se encontraba realizando servicio en el Puesto, en la oficina de recepción de denuncias.

Que ninguna patrulla de este Puesto acudió al lugar del suceso por no tener conocimiento del mismo.

Que tras la denuncia, se practicó la oportuna inspección ocular en el turismo, apreciándose los daños que figuran en la denuncia, encaminados a la comprobación del robo de los efectos reseñados y a la averiguación de los autores del mismo, pero no en lo concerniente a las posibles causas del accidente, donde pudieron intervenir diversos factores como posible conducción ética y exceso de velocidad en un tramo en obras, no quedando constancia del tipo de señalización y sus posibles deficiencias”.

Al citado escrito, tal como en él se manifiesta, se une copia de la denuncia que el Sr. M. T. presentó en dicho Puesto de la Guardia Civil, por la sustracción de diversos objetos que se encontraban en el interior del vehículo siniestrado.

QUINTO.- Con fecha 19 de abril de 2004 la instructora dirige escrito a la compañía aseguradora A., solicitando el original del informe pericial cuya copia adjuntaron los interesados a su reclamación, así como información acerca de las posibles indemnizaciones que se hubiesen hecho efectivas por los daños sufridos por el vehículo siniestrado y asegurado en dicha mercantil.

El requerimiento es atendido con fecha del siguiente día 22, señalando la aseguradora haber hecho efectivas las cantidades de 428,09 euros por la garantía de rotura de cristales, y de 1.987,76 euros al ocupante lesionado, D. D. V. C.. Asimismo adjunta copia del informe pericial y solicita se les tenga como perjudicados en las cifras abonadas.

SEXTO.- Con fecha 2 de julio de 2004 la instructora dirige escrito a los reclamantes notificándoles la admisión de la prueba testifical propuesta, y requiriéndolos para que presenten el interrogatorio de las preguntas que desean formular a los testigos. En contestación a lo solicitado los interesados acompañan el pliego de preguntas que han de evacuar los testigos.

Fijada fecha para la práctica de la prueba la instructora cita a los testigos, a saber, el guardia civil del puesto de Alcantarilla, con tarjeta de identificación X, y el ocupante del vehículo siniestrado, D. D. V. C.. En relación con el primero el Sargento 1º, Comandante del citado puesto, manifiesta que no pudo ser testigo del accidente porque el día de los hechos se encontraba realizando servicio en el Puesto, en la oficina de recepción de denuncias.

El día señalado para la práctica de la prueba comparece el testigo Sr. V. C., quien responde a las preguntas generales del artículo 367.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a las contenidas en el pliego presentado por los interesados, con el resultado que consta en los folios 76 a 78 inclusive, del expediente.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a los reclamantes, éstos comparecen formulando alegaciones en las que se ratifican en su reclamación y en el importe de la indemnización solicitada.

Seguidamente la instructora dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, en particular, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño padecido.

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 13 de julio de 2005.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La solicitud de dictamen se ha formulado en cumplimiento de lo establecido en el número 9 del artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ). De acuerdo con ello se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

Los reclamantes, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en un deficiente estado de los elementos de una vía pública dependiente de la Administración, ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 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).

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento, dicha legitimación corresponde a la Administración regional, y el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP.

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 los reclamantes sitúan la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto consideran que los servicios de conservación y vigilancia de la carretera no actuaron con la diligencia debida para evitar el peligro creado por el defectuoso estado del pavimento, por el firme sin asfaltar y por falta de medidas protectoras, todo ello unido a la carencia de señales que advirtieran de tales circunstancias. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

De la instrucción practicada en el expediente resulta acreditada la realidad y certeza del accidente ocurrido el día 23 de diciembre de 2002, así como que, a causa de él, se produjeron daños materiales en el vehículo siniestrado. La cuestión que corresponde plantearse ahora consiste en determinar si ese resultado dañoso, es imputable al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional, tal como pretenden los reclamantes.

Tanto la propuesta de resolución formulada por la instructora como los informes emitidos por la empresa concesionaria, por el Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria y por la Guardia Civil de Alcantarilla, consideran que la causa del accidente no es imputable al funcionamiento del servicio público, sino al incorrecto proceder del conductor.

El Consejo Jurídico comparte este planteamiento. En efecto, una apreciación conjunta de las actuaciones obrantes en el expediente pone de manifiesto que, en contra de lo que mantiene el conductor, el camino de servicio por el que circulaba el día del siniestro presentaba las características técnicas que para este tipo de caminos establecía el proyecto de construcción, y tanto la naturaleza del camino como el límite de velocidad (40 Km./h) estaban perfectamente señalizados, circunstancias a las que hay que añadir el uso indebido que el Sr. M. pretendió hacer de dicho camino utilizándolo para cambiar de sentido, lo que evidencia, tal como señala la concesionaria, dos cosas: Una, que el conductor conocía dicho camino y, por lo tanto, también debía saber las condiciones en las que se encontraba, y, otra, que voluntariamente no utilizó la salida situada un poco más adelante del entronque de la autovía con el camino de servicio, en concreto en el Km.5, en la que, perfectamente señalizado, puede efectuarse sin riesgo alguno el cambio de sentido.

Por otro lado, el hecho de que, posteriormente, se hayan introducido mejoras en el camino no supone, en modo alguno, que las condiciones que presentaba en el momento de ocurrir el accidente no fuesen las que se correspondían según el proyecto de obras; características que, ciertamente, obligaban a extremar la diligencia en la conducción, de ahí la existencia de la señalización a la que antes hemos hecho referencia.

Todos los órganos preinformantes concluyen apuntando como causa del accidente la conducta del interesado que, haciendo caso omiso de la señalización existente, se

incorporó al camino de servicio para efectuar el cambio de sentido, sin atemperar la velocidad del vehículo que conducía a las características de la vía y al límite establecido en la señal.

El cúmulo de pruebas inculpatorias hacia el reclamante no se ve afectado por la prueba testifical practicada a instancia de parte, ya que, tal como aparece en la correspondiente diligencia, la persona que testificó tiene amistad íntima con el conductor y, además, viajaba como pasajero en el vehículo siniestrado, siendo, por lo tanto, parte interesada, de cuyas declaraciones no cabe presumir la necesaria objetividad, sin que, por otro lado, haya aportado dato alguno de carácter objetivo capaz de desvirtuar los informes emitidos por la Administración y por la Guardia Civil.

Vemos, pues, que el comportamiento del conductor no respondió en modo alguno al mandato general establecido en el nº 2 del artículo 9 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: “En particular se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía. Queda terminantemente prohibido conducir de modo negligente o temerario”. También ha resultado infringido, tal como se señala en la propuesta de resolución, el artículo 30 de dicho texto normativo que, en relación con la maniobra de cambio de sentido, prohíbe que se lleve a cabo en las autopistas y autovías, salvo en los lugares habilitados al efecto. Sin que, además, el conductor respetase el mandato del artículo 19 del citado Texto Refundido que obliga a respetar, en todo casos, los límites de velocidad.

Conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción impropia del accidentado (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).

Valoradas las circunstancias expresadas, este Consejo Jurídico coincide con el parecer expresado por el órgano instructor de que ha quedado acreditada la concurrencia de causas excluyentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración por circulación indebida del interesado, al hacerlo a una velocidad superior a la permitida y, en cualquier caso, excesiva para las condiciones imperantes en aquel momento en la vía. Procede, por tanto, desestimar la reclamación formulada, por no concurrir en este supuesto el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño sufrido.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 03/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. del M. S. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 09/01/06

Extracto de Doctrina

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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 16 de abril de 2004, D.^a M. M. S. A. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Según la reclamante el día 19 de abril de 2003 se produjo el parto por cesárea de su primer hijo en el Hospital Los Arcos. Desde el primer día tras la intervención, afirma que presentó cuadros febriles alcanzando los 38,5°. Al quinto día, es decir, el 24 de abril, fue dada de alta a pesar de la hinchazón en la zona abdominal y de la presencia de fiebre. Ese mismo día, ante la persistencia de fiebre, acudió al servicio de urgencias del Centro de Salud de Torre Pacheco, donde se le diagnosticó infección urinaria y se le prescribió la correspondiente medicación. Al no experimentar mejoría volvió a dicho Centro el día 26, adoptando el facultativo que la atendió la decisión de que se le efectuase una valoración para descartar restos placentarios. Ante esta opinión la reclamante se desplazó ese mismo día al servicio de urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde, al explorarla, detectan presencia de leucorrea vaginal, abdomen moderadamente distendido, blando y depresible, herida quirúrgica con reacción inflamatoria puntual alrededor de cada agrafe y, tras estudio ecográfico, es diagnosticada de endometritis puerperal, recomendando su ingreso hospitalario, que la reclamante prefirió hacer, ese mismo día, en el Hospital de Los Arcos por estar éste situado más cerca de su domicilio. Ingresada en él, el día 28 se procedió a drenar, aperturar y lavar la cavidad perineal, siendo dada de alta hospitalaria el 3 de mayo siguiente.

Alega que la no retirada en su totalidad de los restos de placenta originó las dolencias que padeció posteriormente y ocasionó que tuviera que someterse a una nueva intervención quirúrgica, por todo ello solicita una indemnización de 60.101,21 euros

como resarcimiento por las lesiones, secuelas, días de incapacidad y perjuicio de todo tipo, incluidos los morales, que ha sufrido como consecuencia del deficiente funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se solicita la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron a la reclamante en los hospitales de Los Arcos y Virgen de la Arrixaca, así como en la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena.

TERCERO.- Desde este último organismo se remite la historia clínica de la paciente, así como el informe de la Dra. D.^a E. M. S., en el que se describen las visitas y se reproducen los informes de otros centros.

El Hospital de Los Arcos envía copia de la historia e informes de los siguientes facultativos:

A) Del Dr. en Ginecología, Sr. M. B., en el que, para cada uno de las cuestiones planteadas en la reclamación, manifiesta lo siguiente:

“CONTESTACIÓN AL PUNTO PRIMERO: La cesárea que se le practicó fue realizada por este facultativo y por la doctora G. T., el 19 de Abril del 2003. La indicación fue inducción fallida. En el protocolo quirúrgico de esa intervención figura que se comprobó que la cavidad uterina quedó vacía, íntegra, y que la placenta fue revisada para comprobar su integridad.

CONTESTACIÓN AL PUNTO SEGUNDO: Si como dice la demandante, se estropeó el aspirador, éste sería repuesto con la prestancia que caracteriza al personal auxiliar de quirófano cuya profesionalidad quiero testimoniar desde aquí. La expresión “saliendo parte del equipo a buscar otro” parece que lleva implícito el mensaje de que alguien abandonó su puesto. Afirmo que nadie abandonó el campo quirúrgico en ningún momento.

CONTESTACIÓN AL PUNTO TERCERO: La demandante afirma que desde el primer día padeció fiebre. La gráfica de temperatura de los días que permaneció ingresada, no confirma esa circunstancia, permaneciendo apirética todos ellos. Más aún: cuando consulta en el Servicio de Urgencias de Torre Pacheco, el médico que la atiende escribe: “Cesárea hace 7 días. Desde hace 3 días con fiebre vespertina... “. Esto es lógicamente lo que la demandante le manifestó. Luego no es desde el primer día de la cesárea como ella afirma.

CONTESTACIÓN AL PUNTO CUARTO: Tal como ella le manifestó al médico de Urgencias de Torre Pacheco, y este escribe, se trata de “fiebre vespertina”. Ella dice en el punto cuarto que causó alta el 24 de abril a pesar de la fiebre. Si el 27 era el tercer día de fiebre y era vespertina, y como las altas son por la mañana, el día del alta no tenía fiebre. Más aún: El alta es por mejoría y no por curación. Cuando ocurre esto, le decimos a las enfermas que si estando en casa no se encuentran bien, que acudan a las puertas de urgencia del Hospital pues siempre hay un ginecólogo de guardia y además disponemos de su historia clínica. Ella hizo caso omiso a esta recomendación.

CONTESTACIÓN AL PUNTO QUINTO: A pesar de que según dice, el día 26 (48 horas tras el alta), se encontraba peor, prefiere volver al Servicio de Urgencias de Torre Pacheco donde no es valorada por un especialista en Obstetricia y Ginecología. Acude el mismo día al Hospital maternal de la Arrixaca donde especialistas en Obstetricia

Y Ginecología, diagnostican Endometritis Puerperal Postquirúrgica que no fue posteriormente confirmada y donde no confirman la existencia de restos placentarios intrauterinos.

CONTESTACIÓN AL PUNTO SEXTO: El diagnóstico definitivo se realizó en el Hospital Los Arcos por ginecólogos de nuestro servicio y fue Absceso de pared Abdominal Subaponeurótico e Infección Urinaria. En la ecografía del 28-4-04 se afirma la ausencia de peritonismo y la restitución del tránsito intestinal en el postoperatorio de la cesárea, indican que la cavidad abdominal, no está infectada. La localización de un absceso de pared se situaría por encima del peritoneo, esto es lo que se diagnostica por ecografía en los Arcos y se ratifica después en el transcurso de la segunda intervención. Los síntomas fueron de aparición tardía tras el alta.

CONTESTACIÓN AL PUNTO SÉPTIMO: La afirmación en este punto de que “La no retirada en su totalidad de los restos de placenta con motivo de la cesárea que se...” es una afirmación falsa. Esta afirmación ni se produjo por ningún facultativo ni en ningún momento se pudo demostrar ni en la Arrixaca ni en el Hospital Los Arcos siendo curativo el tratamiento específico del Absceso de Pared Subaponeurótico y Supraperitoneal que se aplicó en el Hospital Los Arcos. “

B) Del Dr. J. M. R. G. en el que se manifiesta:

“El 24-4-2003 la visitó en planta 5 días después de habersele realizado una cesárea por rotura de membranas e inducción fallida, apreciando, según consta en hoja de evolución, que ha defecado y no ha presentado fiebre desde la intervención, por lo que le doy el alta. No se aprecian signos de infección de pared, como queda demostrado en el informe de Urgencias de C.S. Arrixaca de 26-4-03, donde se indica: “Herida quirúrgica con reacción inflamatoria puntual alrededor de cada agrafe.- Quito puntos. No colecciones subdérmicas. Así mismo, en Ecografía del 28-4-03 se indica la ausencia de restos placentarios,-causantes de ninguna endometritis, siendo solo entonces cuando se visualiza absceso de pared, complicación frecuente e inherente a cualquier intervención quirúrgica.”

C) De la Dra. M^a. P. G. T., según el cual:

“El 19-4-2003 estaba de guardia localizada por lo que fui requerida para hacer una cesárea, mi función es la de ser el ayudante, no recuerdo que hubiese algún incidente a destacar en la intervención. Los días 20 y 21 de abril de 2003 la visito en la planta, apreciándose según consta en la hoja de evolución que el postoperatorio inmediato estaba dentro de la normalidad y en ningún registro de enfermería consta que tuviese fiebre.”

D) Del Dr. J. R. R. H., especialista en obstetricia y ginecología, en el que se afirma:

“Atendí a la Sra. D^a M^a M. S. A. el día 28 de abril de 2004, encontrándome de guardia en el Hospital Los Arcos, tras ser diagnosticada de un absceso de pared consecutivo a una laparotomía por cesárea, por lo que indiqué su drenaje. Al abrir la herida en el quirófano se puso en evidencia una gran colección purulenta situada por debajo de la vaina de los rectos que se drenó y lavó con suero fisiológico. Ante la eventual contaminación de la cavidad peritoneal, bien previa bien secundaria al drenaje del absceso, se optó por proceder a la apertura y lavado de la cavidad. Finalmente se dejaron dos sistemas de drenaje, uno aspirativo tipo Redon en el plano subaponeurótico y otro por decúbito tipo Jackson-Pratt en la cavidad peritoneal, prescribiéndose además un tratamiento antibiótico parenteral de amplio espectro.

Días después tras comprobar el escaso débito de los sistemas de drenaje se procede a su retirada; el drenaje de Redon sale sin dificultad mientras que el de Jackson-Pratt se parte quedando el extremo más distal dentro de la herida. Encontrándome de nuevo de guardia en el Hospital Los Arcos, procedo a pasar a la Sra. D^a M^a M. S. A. a quirófano para la extracción del extremo del drenaje roto. A tal efecto se infiltró la herida con un anestésico local para, a continuación, abrirla y encontrar el extremo del drenaje libre en el tejido celular subcutáneo.

La buena evolución del cuadro que siguió al drenaje del absceso indica casi con total certeza que era este y no otro el origen de la clínica de la paciente. El hecho de que la herida fuera normal a la inspección se justifica por estar la colección purulenta localizada muy profunda en el espesor de la pared abdominal, sin llegar a afectar, por tanto, los estratos más superficiales”.

Por su parte, el Hospital Virgen de la Arrixaca hace llegar a la instructora la hoja de asistencia a la reclamante, llevada a cabo el día 26 de abril de 2004, en la puerta de urgencia de dicho centro hospitalario, en la que la facultativa que efectuó la asistencia concluye que aquélla presentaba una endometritis puerperal posquirúrgica.

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, y tras valorar todo el expediente, concluye que:

1. La gráfica de temperatura del ingreso por cesárea no confirma aumento de temperatura durante el postoperatorio, permaneciendo apirética hasta el momento del alta.

2. Según el protocolo quirúrgico, se revisó la cavidad uterina y la integridad de la placenta que se extrajo.

3. La presunta evaluación de endometritis puerperal posquirúrgica no se confirmó posteriormente.

4. La infección por un absceso en la pared abdominal, determinó una nueva intervención.

5. El tratamiento de la complicación surgida se demostró eficaz, sin que haya evidencia de secuela alguna.

6. La atención prestada a la paciente por los servicios públicos sanitarios intra y extrahospitalarios se ajustó a las normas de la *lex artis*.

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, la reclamante presenta alegaciones para ratificar su reclamación, dando por reproducida la totalidad de la prueba documental que, en su momento, se acompañó a dicha reclamación.

Por su parte la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud aporta Dictamen médico que, tras valorar la documentación obrante en el expediente, concluye:

“1. La evolución puerperal fue normal en los días de ingreso después de la cesárea, no apareciendo ningún signo de alarma hasta el momento del alta.

2. Los controles efectuados tras la cesárea fueron correctos y ajustados al protocolo de la SEGO de seguimiento puerperal.

3. El alta al quinto día de puerperio fue por mejoría, ajustándose a los criterios propuestos por la SEGO para efectuarla:

- Ausencia de fiebre las 48 horas anteriores.
- Micción y defecación normales.
- Ausencia de sintomatología fuera de la propia del puerperio normal.
- Exploración.
- Informe de Alta.

4. La aparición de la fiebre se produce el día del alta, pero como consta en los informes de asistencia en el Centro de Salud de Torre Pacheco es vespertina, iniciándose, por tanto, después del alta.

5. La persistencia de la fiebre junto con la sintomatología acompañante llevan a un diagnóstico inicial de presunción de Endometritis, para el cual se aplican los remedios terapéuticos adecuados.

6. El diagnóstico definitivo se produce ante la falta de respuesta al tratamiento médico y el hallazgo ecográfico de un absceso en la pared abdominal así como la ausencia de restos en la cavidad uterina. No se produjo por tanto la retención de restos placentarios tras la cesárea.

7. La resolución del proceso tras el tratamiento quirúrgico del absceso corrobora tal afirmación.

8. Consideramos por tanto que el seguimiento y tratamiento de las complicaciones surgidas tras la cesárea, ha sido correcto y ajustado a la Lex Artis.”

Este Dictamen se remitió a la reclamante a efectos de que formulase las alegaciones que estimase oportunas, lo que no efectuó.

SEXTO.- El 19 de mayo de 2005 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al entender que en ella no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, en especial el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En tal estado de tramitación y tras unir los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 31 de mayo de 2005.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso,

sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que 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 la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido 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.

Finalmente, en lo que respecta a la sustanciación del procedimiento, se observa que solicitada por la interesada la práctica de prueba testifical, consistente en declaración de la compañera de habitación en el Hospital y de sus familiares, ha sido rechazada en la propuesta de resolución. La dicción literal del artículo 80.3 LPAC exige que las pruebas propuestas se rechacen mediante resolución motivada que, desde luego, debe ser previa y distinta de la propuesta de resolución, en la que la Administración debe pronunciarse exclusivamente sobre la resolución a adoptar, pero no sobre la práctica o no de una fase integrante del procedimiento.

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 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 la interesada, el daño (necesidad de someterse a una segunda intervención) sería imputable a la mala praxis médica de los facultativos que le efectuaron la cesárea, al haberle dejado restos placentarios que le produjeron en primer lugar altas temperaturas, a pesar de lo cual fue dada de alta, y, posteriormente, una endometritis puerperal.

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendrían determinados por el hecho de haber dejado, tras la intervención de cesárea, restos placentarios y no haber atendido debidamente la sintomatología febril que se produjo, según la reclamante, desde el primer día tras la operación, 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 considera la interesada que de haber procedido a retirar en su totalidad los restos placentarios, se habrían evitado las posteriores complicaciones que padeció, las cuales desembocaron en la necesidad de una nueva intervención quirúrgica. La determinación de si tal afirmación se produjo o no, y si la posible existencia de dichos restos placentarios fue la causa de la infección que sufrió la paciente la cual obligó a efectuar una nueva operación, 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)-, 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 la infección y de la intervención, 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 la reclamante, las únicas valoraciones técnicas de la asistencia prestada por los facultativos vienen constituidas por el informe de la Inspección Sanitaria (folios 140 a 144) y el dictamen médico aportado por la compañía de seguros (folios 159 a 168). Según el primero, en los registros de evolución de su estancia en el hospital no hay constancia de que la paciente presentase fiebre en

el postoperatorio, permaneciendo apirética hasta el momento del alta hospitalaria por mejoría, y si bien es cierto que se sospechó que la interesada padeciese una endometritis puerperal posquirúrgica, tal apreciación no se confirmó, quedando claramente establecido el diagnóstico el día 28 de abril cuando, tras un nuevo estudio ecográfico, pudo constatarse un absceso de pared abdominal, que fue debidamente drenado. Finalmente, la paciente, tras ser sometida a un tratamiento específico para este tipo de dolencia, obtuvo el alta hospitalaria el día 3 de mayo, sin que haya constancia de secuela alguna. Concluye el informe afirmando la ausencia de relación causal entre las dolencias de la paciente y el acto médico objeto de la reclamación, durante el cual se siguieron los dictados de la *lex artis*.

El informe aportado por la aseguradora tampoco aprecia mala praxis médica. Indica, al igual que la Inspección, que en el período de hospitalización postparto no existe constancia alguna sobre la existencia de fiebre. Este estado apirético de la paciente, unido a las demás circunstancias que se recogen en el protocolo de la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología (SEGO) como adecuadas para proceder al alta hospitalaria tras una intervención de cesárea, evidencia que dar dicha alta no fue constitutivo de mala praxis médica. En cuanto a la posible endometritis puerperal por no haber retirado en su totalidad los restos placentarios, afirma el dictamen de la aseguradora que constituye la causa más común de fiebre puerperal, de ahí que cuando ésta aparece en la paciente se sospeche de la presencia de tal endometritis, pero al no evolucionar positivamente al tratamiento específico que según los protocolos médicos ha de seguirse, debe sospecharse otras causas entre las que se encuentra la infección de la pared abdominal que se origina por contaminación de la flora cutánea o por diseminación de gérmenes contenidos en la cavidad amniótica en el momento de la cesárea. Tras analizar los datos de la historia clínica sobre el segundo ingreso hospitalario, concluye que *“el tratamiento efectuado en este caso una vez diagnosticado el absceso de pared fue el correcto y acorde con el protocolo asistencia de la SEGO descrito anteriormente. Corroborado por la resolución del proceso tras su aplicación. La ausencia de signos clínicos externos de infección de pared podría justificarse por la situación profunda del absceso, por debajo de la aponeurosis del recto (subaponeurótico)”*.

Frente al juicio técnico contenido en los referidos informes, y a pesar del limitado valor probatorio que ha de otorgarse al informe pericial de la compañía aseguradora, no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones vertidas por la actora, 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 la interesada 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 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.

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 y, por tanto, no procede entrar a valorar la indemnización solicitada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 04/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a P. H. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 09/01/06

Extracto de Doctrina

De un diagnóstico equivocado ha de derivarse necesariamente el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando, de acuerdo con la lex artis, no se atendió con el necesario rigor los síntomas del paciente, ni se agotaron los medios diagnósticos al alcance de los facultativos intervinientes, privando de este modo al paciente del derecho que le asistía a recibir el tratamiento adecuado a su dolencia, frustrando así la posibilidad de curación o mejoría.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de noviembre 2002 tiene entrada en el registro del Servicio Murciano de Salud (SMS) un escrito dirigido a dicho organismo encabezado por D. J. T. R., Letrado del Ilte. Colegio de Abogados de Lorca, que dice actuar como mandatario verbal de D.^a P. H. B.. En el citado escrito, en el que no figura firma alguna, se expone, en síntesis, que el hijo de la Sra. H., D. P. V. S. H., falleció en las dependencias del Albergue Municipal de Lorca, el día 8 de noviembre de 1998, a causa de una hematosis, broncoaspiración y edema agudo de pulmón. Que los hechos que se produjeron inmediatamente antes del óbito fueron los siguientes:

“-A las 15’05 horas del día 7 de noviembre de 1998, el Sr. S. H. ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez de Lorca, a donde fue llevado por una ambulancia de la Cruz Roja, y tras ser atendido es dado de alta y llevado por otra ambulancia de la Cruz Roja al Albergue Municipal, por no tener donde dormir.

-A las 0’30 horas del día 8, la Policía Nacional de esta ciudad, encuentra al Sr. S. H. en la calle, en mal estado, trasladándolo al ambulatorio de urgencias del Centro

Médico de San Diego, donde de nuevo es reconocido y dado de alta, siendo entregado a la patrulla de Policía que lo trasladó y llevó nuevamente al albergue municipal entre las 1,00 y las 1'30 horas, donde es acostado por los propios Policías nacionales, y donde fue hallado muerto sobre las 14'00 horas del día 8 de noviembre de 1998”.

A consecuencia de los hechos se incoaron diligencias previas número 2.198/1998 por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Lorca, por posible negligencia médica, que fueron archivadas definitivamente mediante auto de 6 de noviembre de 2001. Según los términos de la propia reclamación, tanto en las diligencias previas señaladas, como en los diferentes informes médicos existentes, en especial en el emitido por la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid, en el tratamiento del Sr. S. H. *“no existió negligencia médica, aunque sí un error de diagnóstico que puede atribuirse a falta de experiencia profesional”.* Error que, según dicho Auto, consistió en confundir un coma hepático con una intoxicación etílica, sin que se pueda estimar que concurre *“la entidad cualitativa suficiente para fundamentar el reproche penal de la conducta de los profesionales médicos que atendieron al Sr. S. H., por cuanto el error diagnóstico no alcanza la categoría de inexcusable o de extrema gravedad, como resulta del referido informe de la escuela de medicina legal, teniendo en cuenta la presunta inexperiencia profesional de los profesionales sanitarios”.* Todo ello, añade la reclamante, sin perjuicio de que el juzgador preserve el derecho de los interesados a instar procedimiento por la responsabilidad extracontractual que pudiera derivarse de la actuación de los facultativos en la prestación *“de la obligación de medios, y no de resultado, que les incumbe, o frente al INSALUD (hoy Servicio Murciano de Salud) por posibles deficiencias asistenciales en el funcionamiento de su servicio, a ventilar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.*

Para la interesada, la responsabilidad de la Administración surge de la deficiente atención sanitaria recibida por su hijo que provocó el fallecimiento de éste, por lo cual reclama 77.555 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.

La reclamante adjunta a su reclamación copia de la citadas diligencias previas, de cuyo contenido conviene destacar los siguiente documentos:

A) Informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid, en el que se concluye:

“1º. D. P. V. S. H. murió por parada cardiorrespiratoria al haber sido inundados tráquea y bronquios por el contenido de un vómito.

2º. Padecía una cirrosis hepática descompensada con varices esofágicas. Las varices sangraron y el enfermo entró en coma, pasando por sus diversos grados.

3º. En el Centro de Urgencias de San Diego existía la hemorragia y el coma de segundo o tercer grado. Existió un error de diagnóstico al confundir un coma hepático con una intoxicación etílica.

4º. Parece que nunca existió intoxicación etílica, según los informes del Instituto Nacional de Toxicología.

5º. A nuestro juicio, no existió negligencia médica aunque sí un error de diagnóstico que puede atribuirse a falta de experiencia profesional.

6°. *La hepatopatía era grave y no sabemos si el enfermo habría sobrevivido al coma aunque hubiera sido trasladado a un Centro Hospitalario”.*

B) Auto de sobreseimiento y archivo de actuaciones, dictado el 6 de noviembre de 2001 por el Juzgado de Instrucción núm. 3, de Lorca, en las Diligencias Previas núm. 2.198/1998, en cuyo fundamento jurídico segundo, se afirma lo siguiente:

“En el caso de autos, de la valoración conjunta de los informes periciales que obran en las actuaciones, cuyo número evidencia el rigor con que se ha desplegado la instrucción de esta causa, la conclusión que se obtiene es coincidente con la expuesta en el informe de la Escuela de Medicina Legal, según la cual “no existió negligencia médica, aunque sí un error diagnóstico que puede atribuirse a falta de experiencia profesional”, error diagnóstico “al confundir un coma hepático con una intoxicación etílica”, y que no se considera de la entidad cualitativa suficiente para fundamentar el reproche penal de la conducta de los profesionales médicos que atendieron al Sr. S. C. H., por cuanto el error diagnóstico no alcanza la categoría de inexcusable o de extrema gravedad, teniendo en cuenta la presunta inexperiencia profesional de los profesionales sanitarios; por ello, no siendo la conducta de los profesionales médicos intervinientes constitutiva de infracción penal, no se estima ni siquiera necesario oírles en declaración, habida cuenta de la gravedad que para un profesional de ese orden representa su imputación por imprudencia médica, máxime cuando los informes médicos obrantes descartan la incriminación penal y sí centran la responsabilidad de aquéllos en otros órdenes menos gravosos para el profesional, pero en los que igualmente puede obtenerse el debido resarcimiento al supuesto mal funcionamiento de los servicios médicos, por lo que procede el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, conforme al artículo 789.5, primera, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 637. 2º de la misma Ley, y ello sin perjuicio de las responsabilidades que en el orden civil, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pudieran derivarse de la actuación de los facultativos en la prestación de la “obligación de medios”, y no de resultado, que les incumbe, o frente al INSALUD por posibles deficiencias asistenciales en el funcionamiento de sus servicios, a ventilar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de marzo de 2005 el Director Gerente del SMS, por delegación de la titular de la Consejería de Sanidad, dicta Resolución por la que inadmite la reclamación formulada por la Sra. H. B., por prescripción de la acción para reclamar, al haber transcurrido más de un año desde la fecha de notificación del auto de sobreseimiento y la de interposición del escrito de iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial.

Notificada dicha resolución, la interesada, a través de su letrado, formula alegaciones en las que hace constar que, tal como se desprende del documento que dice adjuntar, la reclamación se presentó el día 18 de noviembre de 2002, es decir, dos días antes de que transcurriera un año desde la fecha de notificación del auto de sobreseimiento que tuvo lugar el 20 de noviembre de 2001.

Seguidamente el Consejero de Sanidad dicta resolución, fechada el 4 de junio de 2003, por la que acuerda desestimar el recurso interpuesto por la reclamante ya que, a pesar de lo que en él manifiesta, no ha acreditado documentalmente la realidad de lo afirmado.

Mediante comparecencia ante el órgano instructor el Letrado de la Sra. H. aporta copia del escrito de reclamación en el que aparece sello estampado con fecha 18 de noviembre de 2002, por la Dirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria. Ante esta prueba documental, se dicta Orden fechada el 30 de septiembre de 2003, por la que se revoca la Resolución de 4 de junio de 2003, se admite a trámite la reclamación patrimonial y se encomienda la instrucción del procedimiento al Servicio de Régimen Jurídico del SMS.

TERCERO.- Comunicada la resolución a la interesada, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Compañía Aseguradora, la instructora solicita el informe del servicio que hubiera atendido al paciente y su historial clínico al Hospital Rafael Méndez, y a la Gerencia de Atención Primaria de Lorca.

CUARTO.- Con fecha 29 de octubre de 2003, la Gerencia de Atención Primaria remitió hoja de la asistencia sanitaria prestada en el Servicio de Urgencia del Centro de Salud de San Diego e informe de la Dra. M. M., en el que se afirma lo siguiente:

“Que el paciente presentaba aspecto descuidado en el vestir y en el aseo personal, con aliento etílico. El mismo se encontraba consciente y orientado, a veces incoherente. Se le preguntó sobre si padecía antecedentes de enfermedades y consumo de fármacos u otras drogas, respondiendo él no padecer nada, y sólo haber tomado leche con coñac.

Que en la exploración neurológica que se le efectuó, no se encontró focalidad, se le realizó control de glucemia y tensión arterial, que se consideraron normales, por lo que se hizo un juicio clínico de embriaguez, no considerando preciso tratamiento farmacológico alguno, recomendándosele ingesta de alimentos y descanso, por lo que fue trasladado al albergue por la Policía Nacional”.

QUINTO.- Tras reiterar en tres ocasiones al Hospital Rafael Méndez el envío de la documentación que se le había solicitado, se recibe informe del Jefe de la Unidad de Admisión, en el que se indica la ausencia de datos relativos a D. P. V. S. H. debido a que los informes de urgencias atendidas sin hospitalización sólo se conservan en dicho Hospital desde el 2 de enero de 1999.

El Director Gerente del citado Hospital también informa sobre la circunstancia de que los Dres. S. L. y P., que, al parecer, atendieron al paciente, ya no prestan servicio en dicho centro sanitario.

SEXTO.- Con fecha 12 de abril de 2004 la instructora requiere a la reclamante para que proponga los medios de prueba de que pretenda valerse, a lo que ésta responde mediante escrito suscrito por su letrado, en el que solicita la práctica de prueba documental consistente en dar por reproducidos todos los documentos obrantes en el expediente, incluidos los aportados junto con el escrito de reclamación haciendo especial hincapié en el informe pericial realizado por la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Medicina, que figura incorporado a la copia de las Diligencias Previas núm. 2.198/98.

SÉPTIMO.- El 16 de diciembre de 2004 fue emitido informe por la Inspección de Servicios Sanitarios, en el que, tras analizar la enfermedad padecida por el hijo de la reclamante, alcanza las siguientes conclusiones:

“1. No tenemos información sobre el estado previo de salud del fallecido. Tanto si había tenido clínica previa o no, pudo debutar con un episodio no sospechado anteriormente y que explicaría por varias razones el fallecimiento.

2. La apreciación de ausencia de razones para seguir tratamiento hospitalario es clínicamente válida.

3. La muerte producida cuya indemnización se pretende no fue causada por la “grave negligencia” de los servicios del Servicio Murciano de Salud”.

4. No se demuestra el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

5. No queda patente la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios y los hechos por los que se reclama”.

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a las Compañías Aseguradoras Z. y M., ya que, de acuerdo con una comunicación de la correduría de seguros, no era pacífica la cuestión sobre a cuál de ambas compañías podría corresponder, en su caso, la cobertura del siniestro, la aseguradora Z. envía, a través de la correduría, escrito por el que señala que la reclamación no estaría cubierta por la póliza suscrita con el SMS, por las razones que se hacen constar en dicha comunicación.

Por su parte, el letrado de la reclamante presenta, el día 14 de enero de 2005, escrito de alegaciones en el que se ratifica en su petición, ya que, afirma, entiende que el fallecimiento del hijo de su representada se debió, tal como señala el informe pericial obrante en las diligencias previas, a un manifiesto *“error de diagnóstico que puede atribuirse a la falta de experiencia profesional, al confundir un coma hepático con una intoxicación etílica”.*

NOVENO.- Con fecha 15 de marzo de 2004, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad de la Administración, ya que la reclamante no ha probado la existencia del error de diagnóstico que señala como causa del fallecimiento de su hijo.

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 12 de mayo de 2005.

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.

La reclamante, en tanto que madre del fallecido, 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, 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 como mandatario verbal de la madre del fallecido, sin embargo dicho mandato no consta acreditado en el expediente.

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 los Dictámenes de este Consejo números 184/2002 y 100/2004. Ahora bien, como también se afirmaba en dichos Dictámenes, es preciso, antes de dictar resolución, requerir, según lo dispuesto en el artículo 32.4 LPAC, a D. J. T. R. para que subsane la falta de acreditación de la representación que dice ostentar, 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 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 el auto de sobreseimiento de las diligencias previas incoadas por los hechos origen de la presente reclamación fue notificado a la interesada el día 20 de noviembre de 2001, y la acción ha de entenderse deducida el día 18 de noviembre de 2002, fecha de presentación de la reclamación en la Dirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria.

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 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 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. Existencia de responsabilidad patrimonial.

La interesada funda su pretensión indemnizatoria en la consideración de que ha existido una deficiente asistencia sanitaria por parte de los facultativos que atendieron a su hijo, primero en el servicio de urgencia del Hospital Rafael Méndez y, luego, en el Centro de Salud de San Diego, que no fueron capaces de diagnosticar la enfermedad que padecía su hijo: un coma hepático. Así, en ambos casos, el paciente fue retornado al albergue donde residía en ese momento, lo que, a juicio de la interesada, incidió de forma positiva y eficaz en la contribución del resultado letal.

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendrían determinados por el hecho de haber errado el diagnóstico de la enfermedad padecida por el Sr. S., considerando los facultativos que lo atendieron que padecía una intoxicación etílica, por lo que no se le administró tratamiento alguno, sin que tampoco se considerase necesario su ingreso hospitalario, reenviándolo al albergue, donde, horas más tarde, fue hallado muerto. Determinar si tal error existió es una cuestión que aparece íntimamente ligada a la denominada *lex artis*, que puede caracterizarse, como viene manteniendo el Tribunal Supremo, como criterio valorativo de la corrección del acto médico específico ejecutado por el profesional de la medicina, entendida ésta no desde una perspectiva de resultados sino de medios. La Administración sanitaria ha de facilitar al enfermo las técnicas al alcance de la ciencia médica y del sistema sanitario y la actuación diligente de sus profesionales.

Ahora bien, esta diligencia y dedicación al enfermo se encuentra acentuada en cuanto a su exigencia, dada la especial relevancia de los bienes jurídicos, como son la vida o la salud. Así nuestra jurisprudencia tiene declarado que la actividad sanitaria ha de prestarse con la aportación profesional más completa, sin regatear medios ni esfuerzos, dada la relevancia que tiene la procura, protección y defensa de la salud de las personas. Así el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Civil de 7 de abril de 1997, entiende que *“la negligencia la ocasiona el no haber agotado la ciencia médica en tiempo oportuno y con posibilidades muy próximas de alcanzar resultados serios y favorables, así como por la falta de empleo de los medios de curación al alcance, como los más aconsejables y necesarios, y que no revestían nota de ejecución imposible o insalvable para la procura de la mejor salud del recurrido, pues la importancia de este derecho humano primordial –que la Constitución en su artículo 43 proclama como derecho al ciudadano- no puede supeditarse a una deficiente organización burocrática hospitalaria o a meros formulismos, desgraciadamente muy usuales en los ámbitos sanitarios, para eludir los deberes de prestar cuidado eficaz a los pacientes, sin condicionamientos, disculpas ni aplazamientos más o menos convencionales o acomodados a otros intereses ajenos a los que impone la completa asistencia a los enfermos, que confían en el médico y le entregan el don tan preciado como es el cuidado de su salud”*.

Según la reclamante, la imputación del daño al servicio público se objetiva como una omisión de medios, pues considera que de haber procedido a practicar la totalidad de pruebas diagnósticas que el estado de su hijo requería, se habría podido detectar el coma hepático que sufría, lo que habría determinado su ingreso en un centro hospitalario, lugar en el que habrían podido evitar el fatal desenlace que finalmente tuvo lugar. 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 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, extensos y cualificados informes médicos, aunque la valoración que éstos dan a la actuación de los facultativos que atendieron al paciente sea diferente y opuesta según de donde provenga la prueba pericial. Así, el informe de las dos doctoras forenses que dictaminaron durante la sustanciación del proceso penal difieren, de modo que el informe de la primera que emitió su pericia concluye afirmando la adecuación de la actuación de aquellos profesionales; en tanto que la que lo hace en segundo lugar, señala que si el paciente hubiese sido diagnosticado y asistido adecuadamente su supervivencia habría sido posible.

Precisamente estas distintas conclusiones sobre el análisis de unos mismos hechos, llevó al fiscal a interesar dictamen de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid (folio 66). Evacuado éste, dicha institución realiza una serie de consideraciones médico legales, entre las cabe destacar las siguientes:

1ª. La exploración clínica efectuada en el Servicio de Urgencia del Hospital Rafael Méndez ha de considerarse correcta, ya que el enfermo manifestó encontrarse bien (sólo se quejaba de dolor de pies por una larga deambulación), sin que en el reconocimiento clínico se evidenciara alteración alguna de sus constantes.

2ª. Cuando el paciente es trasladado al Centro de Salud de San Diego presentaba una sintomatología clínica de algún proceso patológico, ya que manifiesta: *“Me duele mucho el pecho. Me muero”*.

3ª. En el Centro de Urgencias de San Diego *“existía la hemorragia y el coma de segundo o tercer grado”*.

4ª. Ante los síntomas que presentaba el enfermo, la Escuela considera que el diagnóstico de intoxicación etílica realizado en dicho Centro de Salud no fue correcto, tal como lo demostró el hecho de que en los estudios del Instituto Nacional de Toxicología *“no se encontró alcohol ni drogas en las muestras de sangre, contenido gástrico ni pulmones”*.

5ª. En el examen que se efectuó en dicho Centro de Salud no se hizo exploración abdominal ni análisis de sangre. Esta última actuación podría haber proporcionado datos sobre la existencia de anemia, síntoma evidenciador del sangrado esofágico (folio 72 vuelto).

Tras estas consideraciones, el informe concluye que, aun a pesar de no existir negligencia médica, sí que hubo *“error diagnóstico que puede atribuirse a falta de experiencia profesional”*.

Se añade que la hematópatía que presentaba el paciente era grave, y no se sabe si habría sobrevivido al coma aunque hubiera sido trasladado a un centro hospitalario.

Por su parte la Inspección Médica, dependiente de la Consejería de Sanidad, realiza una exposición detallada sobre el tipo de enfermedad que padecía el hijo de la interesada, haciendo especial hincapié en aquellos síntomas que pueden justificar el diagnóstico de intoxicación etílica, lo que justificaría el error padecido. Por otra parte, estima la Inspección que el sangrado digestivo pudo producirse con posterioridad al reintegro del enfermo al albergue. Finaliza afirmando que la muerte no se produjo por “grave negligencia” de los servicios sanitarios del SMS, sin que tampoco haya quedado patente relación de causalidad entre el funcionamiento de éstos y los hechos objeto de reclamación.

Pues bien, ante la disparidad de pareceres técnicos el Consejo Jurídico entiende obligado acudir, como más imparcial, a las actuaciones en el ámbito judicial y más concretamente al informe de la Escuela de Medicina Legal incorporado a las diligencias previas, según el cual cabe entender que en la asistencia que recibió el Sr. S. en el servicio de urgencias del Hospital Rafael Méndez no puede apreciarse una actuación que se apartase de la diligencia debida, ya que el enfermo sólo refería dolor de pies de naturaleza mecánica, y después de mantenerlo en observación durante un tiempo prudencial fue enviado al albergue. Sin embargo, en el Centro de Salud de San Diego el paciente presentaba una sintomatología clínica de algún proceso patológico que no fue convenientemente valorada, concluyendo en un diagnóstico de intoxicación etílica, lo que constituye un error en el acto asistencial del paciente; error que, según dicha pericia, *“puede atribuirse a falta de experiencia profesional”*.

Por otro lado, también se ha de considerar que la resolución judicial que finaliza las actuaciones judiciales penales sienta como probado que el diagnóstico fue erróneo, aunque no con la gravedad suficiente para desplegar responsabilidades penales, *“ya que los informes médicos obrantes descartan la incriminación penal y sí centran la responsabilidad de aquéllos en otros órdenes menos gravosos para el profesional, pero en los que igualmente puede obtenerse el debido resarcimiento al supuesto mal funcionamiento de los servicios médicos”*.

Todo lo anterior nos lleva a la constatación de un diagnóstico equivocado, del que ha de derivarse necesariamente el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando, de acuerdo con la *lex artis*, no se atendió con el necesario rigor los síntomas del paciente, ni se agotaron los medios diagnósticos al alcance de los facultativos intervinientes, privando de este modo al paciente del derecho que le asistía a recibir el tratamiento adecuado a su dolencia, frustrando así la posibilidad de curación o mejoría.

QUINTA.- Indemnización.

Sentada la relación de causalidad es preciso determinar el *quantum* indemnizatorio que corresponde reconocer a favor de la reclamante. Para ello, se ha de atender a lo reflejado en el repetido informe de la Escuela de Medicina Legal respecto a la gravedad de la dolencia que padecía el paciente. Esta opinión técnica impide establecer con certeza absoluta el grado de influencia que el error diagnóstico pudo tener sobre el fatal desenlace y, por lo tanto, en la valoración del daño ha de tomarse en consideración la concurrencia de causas que se concreta en la influencia de la propia enfermedad padecida, reduciendo la indemnización a percibir en un 50%.

Atendida la fecha del fallecimiento (noviembre de 1998), resulta de aplicación la Resolución de 24 de febrero de 1998, de la Dirección General de Seguros, por la que se

da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 1998 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En atención a la edad del paciente en el momento del deceso (47 años) y a su situación familiar (sin cónyuge, ni hijos y con ascendiente con la que convivía), a la madre le corresponde una indemnización de 11.579.000 pesetas, a las que habría que adicionar el 10% por el factor de corrección de la tabla II, al encontrarse el fallecido en edad laboral, aunque no justifique ingresos, lo que daría un total de 12.736.900 pesetas, equivalente a 76.550,31 euros. Aplicando el porcentaje del 50%, la cuantía queda reducida a 38.275,15 euros, que habrá de 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 desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración, procediendo la estimación parcial de aquélla.

SEGUNDA.- La determinación de la cuantía de la indemnización habrá de atender a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 05/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. S. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 16/01/06

Extracto de Doctrina

1. Anudar a la falta de proposición de prueba el drástico efecto de tener por desistido al actor supone desconocer que el ordenamiento permite la aportación al procedimiento de documentos, justificaciones y, en definitiva, de cualesquiera medios probatorios a lo largo de la tramitación, sin quedar constreñida dicha aportación o proposición al momento de presentar la solicitud de iniciación. A tal efecto, los artículos 84 LPAC y 11 RRP establecen que, una vez instruidos los expedientes e inmediateamente antes de dictar la

propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto a los interesados lo actuado, a fin de que los mismos puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, lo que supone el reconocimiento explícito de la facultad de aportar los medios de prueba que consideren convenientes para la defensa de sus intereses en un momento posterior al de la iniciación del procedimiento.

2. La obligación 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, consiste en 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 normopraxis 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.- Según la reclamante, su hijo P. J. R. S. falleció el día 2 de septiembre de 2002, a la edad de 28 años, a consecuencia de una leucemia que le fue diagnosticada sólo días antes de morir, a pesar de haber sido asistido y tratado en numerosas ocasiones en el Hospital Virgen de la Arrixaca en los meses anteriores.

Así, según relata, su hijo acudió por primera vez al Hospital en fecha 22 de mayo de 2002 a causa de una erupción cutánea con lesiones irradiadas a las manos y al resto del cuerpo, quedando ingresado unos veinte días.

Posteriormente vuelve a ser ingresado en junio a causa de la persistencia de dolores y fiebre, continuando con este proceso de asistencias estériles hasta que fallece en septiembre de 2002. Considera que la causa del fallecimiento de su hijo fue la negligencia en la asistencia médica prestada.

La reclamante no efectúa valoración económica del daño, por lo que tampoco concreta su pretensión indemnizatoria.

SEGUNDO.- Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) se dicta Resolución de admisión a trámite, que es notificada a la Compañía de Seguros del Organismo Público y a la reclamante, a quien la instructora solicita que proponga los medios de prueba de que pretenda valerse, con apercibimiento de tenerle por desistida de su petición.

TERCERO.- Solicitada la historia clínica e informes médicos al Hospital Virgen de la Arrixaca en octubre de 2003, son remitidos el 19 de abril siguiente.

Los Dres. M. M. B., Jefe de Servicio de Medicina Interna, y G. P. C., especialista del mismo Servicio, emitieron informe relativo al ingreso hospitalario ocurrido en julio de 2002 en los siguientes términos:

“1. Ingresó en el Servicio de Medicina Interna por un cuadro de fiebre, diarreas, náuseas, vómitos y tos seca.

2. *En los múltiples datos analíticos practicados, tanto la hemoglobina (Hb 15) como el hematocrito (Hto 46%), leucocitos (leucos 13950-88% y 6%) y plaquetas, se encontraban dentro de los parámetros habituales en un proceso infeccioso agudo. En los hemogramas que se le practicaron durante el tiempo de su hospitalización, con fechas 8-7-02 y 15-7-02, las cifras de hemoglobina, hematocrito, leucocitos y plaquetas, no mostraron alteraciones en sus valores que permitieran sospechar otra causa de diagnóstico diferente de la que motivó su ingreso.*

3. *Durante su ingreso presentó infiltrados pulmonares bilaterales, por lo que tras realización de hemocultivos y otras exploraciones diagnósticas, se inició tratamiento antibiótico con levofloxacin, desapareciendo la fiebre, quedando asintomático y con mejoría de los infiltrados pulmonares, por lo que se le dio el alta citándolo para control ambulatorio en los 15 días siguientes.*

Posteriormente, con fecha 29-8-02, ingresó en el Servicio de Hematología”.

CUARTO.- Por la Instrucción se solicitó al Director Regional del Centro de Hemodonación informe valorativo sobre los hechos alegados por la reclamante, especialmente sobre la no detección de la enfermedad que condujo tan rápidamente al óbito del paciente.

Así mismo, se solicitó del Servicio de Hematología del Hospital Virgen de la Arrixaca informe sobre los hechos por los que se reclama, y específicamente la posibilidad porcentual, si ello era posible, de que aparezca repentinamente una Leucemia Mieloide Aguda (LMA) Megacariocítica con un desenlace fatal y tan rápido como en el presente caso, y que justifique su no detección durante el tiempo inmediatamente anterior que estuvo ingresado en ese Centro.

QUINTO.- Por el Director del Centro Regional de Hemodonación se emite informe, según el cual:

“1. El estudio clínico realizado ha sido completo, no existiendo evidencia clínica alguna de que el proceso que por entonces afectaba al paciente podía ser manifestación de una leucemia aguda. Los parámetros de laboratorio realizados y el estudio de imágenes (radiografías y ecografías) tampoco indican la existencia de una leucemia aguda.

2. El tratamiento y proceder clínico en ambas situaciones fue correcto.

3. El motivo de ingreso del paciente el 29 de agosto está ya claramente asociado a la presencia de una leucemia aguda, que fue sospechada en el momento de su entrada al hospital y confirmada rápidamente con las pruebas complementarias (hemograma, frotis de sangre periférica, inmunofenotipo, etc.)

4. Inmediatamente después del diagnóstico se inició tratamiento con poliquimioterapia según el esquema estandarizado y de uso común en la gran mayoría de Centros españoles (protocolo PETHEMA).

5. Las leucemias agudas son cuadros gravísimos y el período cercano a su diagnóstico, es una fase crítica que pueden aparecer complicaciones mortales. De lo que se desprende del historial clínico e informes realizados se puede establecer que no hay indicio alguno de mala praxis diagnóstica o terapéutica”.

SEXTO.- El Dr. M. L., Jefe del Servicio de Hematología-Hemoterapia del Hospital Virgen de la Arrixaca, por su parte, informa que:

“El paciente D. P. J. R. S., Hª X, ingresa el día 4 de julio del 2002 en el Servicio de Medicina Interna con cuadro clínico de fiebre y diarrea. Los datos clínicos solo mostraban discreta leucocitosis con reparto porcentual normal sin alteraciones morfológicas, las cifras de Hgb., y de plaquetas eran normales, así como la LDH. Con estos datos, no tenemos motivos para pensar en la existencia de una hemopatía maligna.

Los síntomas y signos de los pacientes con L. Aguda en las formas primarias, como en este caso, suelen tener un comienzo rápido, a veces agudo de pocos días de evolución (Adjunto fotocopia de la descripción que se hace en la Enciclopedia Iberoamericana de Hematología, en el Tomo II en el Capítulo de L. Aguda sobre el inicio de esta enfermedad).

Los pacientes con L. Aguda tienen un alto riesgo de mortalidad debido a la neutropenia prolongada que ocurre durante la inducción debido a las infecciones y cuadros hemorrágicos por la trombopenia.

Este paciente presentó un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda que podría haberse visto favorecida por la leucostasis.

Las medidas de soporte (transfusión de plaquetas, plasma y hematíes, así como antibiótico y sueroterapia) se iniciaron en el momento correcto y sin retraso, a pesar de todas las medidas, el paciente falleció en los días siguientes.

De los pacientes con L. Aguda, en un 70% se consigue la Remisión Completa, un 30% de ellos no se consigue la Remisión Completa y, por lo tanto, fallecen durante la fase de inducción, que suele durar alrededor de 2-3 meses. La mortalidad en la primera semana del diagnóstico, no es un hecho frecuente, pero tampoco raro, suele ocurrir entre un 5-10%.

En mi opinión, las medidas terapéuticas han sido correctas y no existió retraso en los tratamientos establecidos”.

En la bibliografía citada en el informe y aportada junto al mismo, hay un pasaje marcado del siguiente tenor: *“generalmente, en los pacientes con LMA ex novo, el comienzo de la enfermedad suele ser brusco, con un intervalo de escasos días o semanas entre los primeros síntomas y el diagnóstico. Esta presentación suele ser más insidiosa en los pacientes que desarrollan una LMA secundaria,...”.*

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, concluye:

“1. Durante los meses previos al fallecimiento se constatan múltiples visitas a los servicios sanitarios desde mayo a septiembre de 2002. Servicio de Urgencias, Servicio de Dermatología, Servicio de Medicina Interna, Servicio de Hematología.

2. Los síntomas que sucesivamente presenta el paciente se han descrito en pródromos de leucemia.

3. En una evaluación aislada los síntomas descritos son inespecíficos.

4. El diagnóstico de LMA no ofreció dudas cuando el paciente acude a urgencias en agosto. El tratamiento no fue tolerado y no hubo remisión”.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, la reclamante presenta alegaciones en las que se adhiere al informe de la Inspección Médica y se ratifica en sus pretensiones, en cuanto que su hijo falleció ante la falta de utilización de cuantos medios conocía la ciencia médica y estaban a disposición del profesional sanitario en el momento y en el lugar en que se produce la asistencia, sintetizando sus alegaciones en las siguientes:

“-Existencia de síntomas presentados por el paciente que se han descrito como pródromos de leucemia.

.-Búsqueda de asistencia médica por parte del paciente en los servicios sanitarios de la Sanidad Pública desde el mes de mayo.

.-Asistencia médica la prestada antes del diagnóstico de LMA en agosto del año 2002, sin utilizar todos los medios de la ciencia médica para llegar a un diagnóstico cierto en lugar de darle el alta con un diagnóstico incierto.

.-Posibilidad de remisión completa en más del 70% con un diagnóstico precoz y tratamiento adecuado”.

NOVENO.- Por la Compañía de Seguros se aporta Dictamen médico, que concluye:

“1. D. J. R. S. fue ingresado de forma correcta en el Servicio de Medicina Interna del Hospital Virgen de la Arrixaca por un cuadro de fiebre de más de una semana de evolución.

2. Se empleó una estrategia diagnóstica acorde a la recomendada en la literatura para estas situaciones que permitió llegar al diagnóstico de la causa de la fiebre, siendo esta la presencia de un proceso neumónico de probable naturaleza bacteriana.

3. El diagnóstico es correcto como lo demuestra la excelente evolución clínica, radiológica y analítica del paciente tras el inicio del tratamiento antibiótico. En base a dicha evolución y las pruebas complementarias disponibles no hay datos para poder realizar el diagnóstico de una enfermedad hematológica maligna en ese momento.

4. El paciente permaneció asintomático hasta 24 horas antes de su ingreso en Hematología, no constando que acudiese a los análisis y revisión en consulta que se había programado para pocos días después de su alta del Servicio de Medicina Interna.

5. Al mes de su alta del Servicio de Medicina Interna, el paciente ingresó con datos que sugieren la presencia de una patología hematológica tumoral realizándose el diagnóstico de forma inmediata, e iniciándose las medidas terapéuticas a la vez que se terminaba de filiar el tipo de tumor.

6. Pese a iniciar de forma inmediata el tratamiento quimioterápico la evolución del paciente fue desfavorable produciéndose el fallecimiento del mismo a los pocos días de su ingreso.

7. El fallecimiento del paciente no deriva de un supuesto retraso en el diagnóstico del enfermo que en nuestro criterio no existió, sino de la agresividad del proceso tumoral que le fue diagnosticado”.

DÉCIMO.- Remitido este informe a la reclamante, formula alegaciones en las que manifiesta su rechazo al mismo por ser contradictorio con el emitido por la Inspección Médica.

UNDÉCIMO.- El 25 de noviembre de 2005, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada, al considerar que no concurren en el supuesto los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el fallecimiento del paciente, pues no queda acreditada en el expediente la existencia de mala praxis médica.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el pasado 19 de diciembre.

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 decir ser madre del fallecido, ostentaría 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), en relación con el 31 de la misma Ley y con el 4.1 (RRP). No obstante, la condición materna no se acredita con la instancia, pero no es discutida por la instrucción, razón por la cual ha de tenerse en este estado procedimental por cierta.

La reclamación, interpuesta el 2 de septiembre de 2003, lo ha sido en el plazo de un año desde la manifestación del efecto pretendidamente lesivo (142.5 LPAC), siendo el *dies a quo* el 2 de septiembre de 2002, fecha del fallecimiento del paciente según el informe de alta por exitus contenido en el expediente, no el 6 de dicho mes y año como erróneamente se hace constar en la reclamación.

A la vista de la documentación emitida, puede afirmarse que, en lo sustancial, se han seguido los trámites exigidos para este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, aunque deben reiterarse diversas observaciones ya formuladas en anteriores Dictámenes:

a) Como ya hiciéramos en nuestros Dictámenes 189/2003 y 125/2004, ha de destacarse que el requerimiento efectuado por la instructora para que la interesada subsane la falta de proposición de prueba resulta improcedente, porque anudar a la falta de proposición de prueba el drástico efecto de tener por desistido al actor supone desconocer que el ordenamiento permite la aportación al procedimiento de documentos, justificaciones y, en definitiva, de cualesquiera medios probatorios a lo largo de la tramitación, sin quedar

constreñida dicha aportación o proposición al momento de presentar la solicitud de iniciación. A tal efecto, los artículos 84 LPAC y 11 RRP establecen que, una vez instruidos los expedientes e inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto a los interesados lo actuado, a fin de que los mismos puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, lo que supone el reconocimiento explícito de la facultad de aportar los medios de prueba que consideren convenientes para la defensa de sus intereses en un momento posterior al de la iniciación del procedimiento.

En definitiva, aun cuando el artículo 6.1 RRP parece caracterizar la proposición de prueba como elemento que, necesariamente, ha de constar en la reclamación de responsabilidad patrimonial, tal exigencia ha de interpretarse a la luz del principio antiformalista que inspira el procedimiento administrativo y que permite a los interesados desplegar una actividad probatoria que no se ciñe al concreto espacio temporal del trámite de prueba contemplado en los artículos 9 RRP y 80 y 81 LPAC. Sin olvidar, además, que pueden existir reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que, al tener la Administración por ciertos los hechos alegados o versar el procedimiento sobre una cuestión estrictamente jurídica, no fáctica, no será necesario efectuar prueba alguna, por lo que, exigir de forma imperativa que la reclamación viniera acompañada de una proposición de prueba, sería absurdo.

Por tanto, la ausencia de dicha proposición en la reclamación no debería configurarse como un defecto que impida la continuación del procedimiento, declarando desistida a la reclamante si no procede a la subsanación, sino que, ante dicha omisión, la instructora debería requerir a aquélla para que proponga las pruebas de que pretenda valerse, sin otro efecto, para el caso de desatender el requerimiento, que declararle decaído en su derecho al trámite, de conformidad con el artículo 76.2 y 3 LPAC.

En cualquier caso, a pesar de la no cumplimentación por la interesada de lo requerido, la instructora continuó la tramitación del expediente, por lo que ninguna consecuencia práctica tuvo el error cometido.

b) Ni con ocasión de la solicitud inicial ni posteriormente, en los dos trámites de audiencia concedidos, la reclamante cuantifica el daño alegado ni, en consecuencia, concreta su pretensión indemnizatoria, lo que debería haber movido a la instructora a requerir a la interesada la determinación de dicho extremo.

c) También debió requerirse a la interesada la subsanación de la falta de acreditación de la representación en cuya virtud interpone la reclamación. En efecto, al folio 3 del expediente consta que la solicitud inicial está firmada “P.O.” más una rúbrica ilegible, pero que en absoluto coincide con la de la interesada que sí obra a los folios 161 y 167. De conformidad con el artículo 32.4 en relación con el apartado 3 del mismo precepto, la falta de acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo.

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 de la Constitución (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, advirtiéndole 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 la reclamante la causa del daño se encuentra en el tardío diagnóstico de la leucemia que aquejaba a su hijo, dolencia que sólo fue descubierta cuando ya era muy tarde para conseguir su remisión. Dicha tardanza se debe a la “*falta de utilización de*

cuantos remedios conocía la ciencia médica y estaban a disposición del profesional en el momento y en el lugar en que se produce la asistencia". 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, durante las ocasiones en que acudió al Hospital en los meses anteriores a su fallecimiento, 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 recursos 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 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 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, consiste en 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 normopraxis 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”.

En consecuencia, la exigencia de aplicación de recursos materiales y humanos que incumbe a la Administración ha de ser valorada con relación al caso concreto y, más específicamente, atendiendo a los síntomas que presenta el paciente en cada caso, pues tales señales serán las que permitirán determinar el ajuste de la actuación asistencial a la “*lex artis ad hoc*”, no pudiendo requerir de la Sanidad pública un plus de esfuerzo diagnóstico más allá del que conforme a la ciencia médica sea exigible para la sintomatología y el cuadro clínico que en cada momento presenta el paciente. También la jurisprudencia ha venido interpretando el alcance de la obligación prestacional de la Administración en los términos expuestos en sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencia 68/2001, de 5 de febrero) y de las correspondientes Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sentencia de 20 de noviembre de 2002) y de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia (sentencia de 25 de febrero de 2002) y Cataluña (sentencia de 28 de enero de 2002), entre otras.

Delimitada así la cuestión, preciso será acudir a los diversos informes médicos existentes en el expediente para determinar si los síntomas que presentaba el paciente y su evolución secundaria a los tratamientos pautados aconsejaban o demandaban la realización de pruebas diagnósticas adicionales, más allá de las llevadas a cabo.

A tal efecto, adquiere una especial relevancia el informe de la Inspección Médica, a cuyas conclusiones se adhiere la reclamante, quien no aporta prueba pericial alguna en apoyo de sus alegaciones, ignorando así la carga que le impone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el referido 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 reúne, se describen las diferentes asistencias de que fue objeto el paciente en los meses anteriores a su fallecimiento. La valoración que de ellas efectúa la Inspección Médica en absoluto respalda las alegaciones de mala praxis efectuadas por la reclamante.

En efecto, como destaca la interesada, según la conclusión segunda del informe, los síntomas que sucesivamente presenta el paciente se han descrito en prodromos de leucemia, pero la Inspección también afirma que, en una evaluación aislada, los síntomas descritos son inespecíficos en cuanto a aportar datos para un posterior hallazgo de leucemia. Es decir, si bien las dolencias que aquejaban al paciente podían haber sido clínicamente interpretadas como signos o estados precursores del comienzo o aproximación de una leucemia, no existían otros que sí habrían orientado el diagnóstico de forma específica hacia el proceso linfoproliferativo. Así, como pone de manifiesto el informe aportado por la Compañía de Seguros, según el Jefe del Servicio de Hematología del Hospital Virgen de la Arrixaca, “*no había datos de alteraciones morfológicas en los leucocitos, que era el único parámetro analítico alterado, y cuyo ascenso encontraba perfecta explicación con el diagnóstico del proceso infeccioso pulmonar finalmente alcanzado*”; además, “*el paciente mejoró clínica, analítica y radiológicamente con tratamiento antibiótico. Esta*

respuesta no se habría producido si el cuadro presentado por el enfermo en ese primer ingreso hubiera sido leucemia”.

Adviértase que no existe la alegada contradicción entre los informes de la Inspección y el aportado por la mercantil aseguradora, pues ambos describen los mismos o similares síntomas como precursores de la leucemia (véase el folio 176 del expediente), afirmando en ambos casos que no había signos o indicios específicos de la enfermedad. Así mismo, la Inspección no concluye que exista mala praxis médica.

Tampoco encuentra indicios de mala praxis diagnóstica o terapéutica el Director del Centro Regional de Hemodonación, quien, en informe emitido a solicitud de la instructora, manifiesta que *“el estudio clínico realizado ha sido completo, no existiendo evidencia clínica alguna que el proceso que por entonces (julio de 2002) afectaba al paciente podía ser manifestación de una leucemia aguda. Los parámetros de laboratorio realizados y el estudio de imágenes (radiografías y ecografías) tampoco indican la existencia de una leucemia aguda. El tratamiento y proceder clínico en ambas situaciones fue correcto”.*

En definitiva, los síntomas del paciente son compatibles con el diagnóstico de enfermedad respiratoria (neumonía), reaccionando favorablemente al tratamiento instaurado que era el adecuado a dicha dolencia. La ausencia de síntomas específicos de la leucemia diferentes a los de la infección respiratoria e incompatibles con ésta, junto al hecho de que los análisis realizados no revelen las alteraciones morfológicas en los leucocitos que cabría esperar en el caso de una leucemia aguda, llevan a concluir que el diagnóstico efectuado no pueda considerarse contrario a la “lex artis”, no siendo exigible la realización de pruebas diagnósticas adicionales a las efectuadas, pues ni los síntomas del paciente las demandaban ni se encontraban previstas en los protocolos de actuación aplicables.

La reclamante destaca en sus alegaciones que no se practicaron dos pruebas (broncoscopia y PAAF -punción aspiración con aguja fina- de la masa que presentaba el paciente en un pulmón) cuya conveniencia fue ponderada en el mes de julio. Sin embargo, la interesada no argumenta, ni mucho menos acredita, en qué medida la realización de tales pruebas habría permitido diagnosticar la leucemia.

Todo lo expuesto impide apreciar la existencia de nexo de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, que aplicaron los medios diagnósticos que la ciencia médica aconsejaba para los síntomas y el cuadro clínico del paciente. Ello, a su vez, impide considerar el daño como antijurídico y, por tanto, resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial, que en el supuesto planteado ha de declararse inexistente.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no poder apreciar en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño sufrido.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 06/06.- Proyecto de Decreto por el que se regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas.

Consultante : Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 16/01/06

Extracto de Doctrina

El reconocimiento de la libertad personal a participar en los juegos de azar es una manifestación del postulado de libertad proclamado por la Constitución (artículos 1.1, 17 y 19) si bien, en materia de juego, la protección de la esfera privada debe ser compatible con el deber de tutelar los intereses que peligran por el ejercicio de esta actividad (protección de consumidores y usuarios y derecho a la protección de la salud).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de febrero de 2005, el titular de la Dirección General de Tributos remite al Secretario General de la Consejería de Economía y Hacienda el primer borrador del Proyecto de Decreto, por el que se regula el régimen de determinadas prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas (folios 9 a 13), en desarrollo de la Ley 2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 2/1995).

Acompaña la certificación del acuerdo de la Comisión del Juego y Apuestas de la Región de Murcia, de 11 de febrero de 2005, por el que se informa favorablemente, y la Memoria justificativa del Proyecto, que resalta el carácter de norma complementaria de las reglamentaciones en vigor, estableciendo, con carácter general, las distintas tipologías o supuestos de prohibición (autoprohibiciones, judiciales, administrativas o procedentes de otras Administraciones), así como el procedimiento de inscripción de las personas a las que se debe prohibir el acceso a los casinos, salas de bingo y salones de juego (“Prohibidos” en lo sucesivo) en la Sección Quinta del Registro General del Juego, y las transferencias de datos a los locales y salas de juego. Dicha Memoria singulariza en dos apartados (f y e) la ausencia de repercusión económica de la regulación propuesta, por cuanto las inscripciones ya se vienen realizando por la Administración regional, y de impacto de género, por no existir ninguna referencia discriminatoria.

SEGUNDO.- El 2 de marzo de 2005 emiten sendos informes favorables al Proyecto tanto el Servicio Jurídico de la Secretaría General como el Vicesecretario de la Consejería proponente, tras lo cual se recaba el Dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES), al estimar los precitados informes la especial protección que requieren los consumidores y usuarios de dichas actividades lúdicas, y por el grado de incidencia en el ámbito socioeconómico de los afectados por la norma en cuestión.

TERCERO.- El CES, en su sesión plenaria de 10 de mayo de 2005, valora positivamente el Proyecto de Decreto porque establece un sistema que permite dotar de mayor eficacia a las prohibiciones de acceso a los establecimientos de juego y apuestas, aplicando las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y comunicación, al

tiempo que concreta los procedimientos administrativos que servirán para la inclusión en la base de datos de personas que tienen prohibido el acceso a locales y salas de juego en función del origen de la prohibición, lo que se traducirá en una mayor seguridad jurídica y en una mayor garantía de los derechos de los ciudadanos en esta materia.

CUARTO.- Recabado el informe preceptivo de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, se emite con carácter favorable el 28 de julio de 2005 (registro de salida) con las siguientes observaciones sobre su contenido:

- El título del Proyecto debe ser expresivo de su contenido, por lo que debería ser sustituido por “Decreto por el que se regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a los locales y salas de juego y apuestas”.

- Incluir en el artículo 2 la referencia a que los locales y salas de juego son los previstos en la Ley 2/1995.

- Se propone una modificación a la redacción del artículo 3 para aunar la inscripción en el Registro del Juego y la inclusión en la base de datos de personas que tienen prohibido el acceso a locales y salas de juego recogida en la Orden de 11 de noviembre de 2003, por la que se crean y modifican ficheros de la Consejería de Economía y Hacienda.

- En los artículos 4 a 7 debe sustituirse “inscripción en la Base de Datos de personas que tienen prohibido el acceso” por “la inscripción en la sección correspondiente de personas que tienen prohibido el acceso a locales y salas de juego y apuestas del Registro General del Juego”. También en el artículo 11, apartados 1 y 2.

- En el artículo 7 debería aclararse que estas comunicaciones de autoprohibición van dirigidas a otras Administraciones con la voluntad de producir efectos en la Región de Murcia.

- En los artículos 3 y 8 es innecesaria la referencia a la Dirección General de Tributos.

- En el artículo 9 debe añadirse en “la Sección correspondiente del Registro General del Juego”.

QUINTO.- Como consecuencia de las observaciones formuladas por el Órgano preinformante, la Dirección General de Tributos revisa el texto e introduce las modificaciones pertinentes siendo remitido ulteriormente al titular de la Secretaría General el segundo borrador del Proyecto de Decreto, que constituye el texto sometido a consulta (folios 52 a 56).

SEXTO.- Con fecha 5 de octubre de 2005, 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 al tratarse de un Proyecto de Decreto que desarrolla la Ley regional 2/1995, en virtud de lo establecido

en el artículo 12.4 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Objeto del desarrollo reglamentario y su justificación.

El cambio del título del Proyecto de Decreto, por el que se regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas, a lo largo de su tramitación -inicialmente se denominó Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen de determinadas prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas-, suscita la cuestión de su alcance y en qué aspectos desarrolla la ley regional reguladora del juego y apuestas.

De acuerdo con su Exposición de Motivos, el reglamento proyectado tiene como objeto el establecimiento, con carácter general, de las distintas tipologías o supuestos de prohibición, así como el procedimiento de inscripción de los “Prohibidos” en la Sección Quinta del Registro General del Juego, y de las transferencias de datos a los locales y salas de juego, razón última de su existencia.

Sin embargo, como queda acotado en el artículo 1 (“Objeto”), el Proyecto tiene como finalidad específica regular la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego para hacer efectiva la limitación de entrada a estos establecimientos de determinados ciudadanos a petición propia, o como consecuencia de un procedimiento administrativo específico o resolución judicial. Podemos añadir, dentro de este objetivo general, que también se está creando formalmente (y por tanto legalizando) la Sección de Prohibidos en el Registro General del Juego que, según la Memoria, ya funcionaba con anterioridad (“Actualmente en el indicado Registro figuran 385 personas incluidas voluntariamente y 4 incluidas por resolución administrativa, no figurando ninguna inclusión por orden judicial”), aunque conviene recordar que los reglamentos autonómicos hacen referencia indistintamente al “Registro de Prohibidos” (artículo 26.2 del Decreto 26/1996, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), o Listado de Prohibidos (artículo 29 del Decreto 63/1997, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Bingo de la Región de Murcia), sustituyéndose estas referencias por la ahora “Sección de Prohibidos”, dentro del Registro General del Juego, frente a la opción elegida por otras Comunidades Autónomas que han creado específicamente un Registro de Prohibidos (Decreto 24/2005, de 22 de febrero, de la Generalidad de Cataluña o Decreto 410/2000, de 24 de octubre, de la Junta de Andalucía).

El Consejo Jurídico considera acertado y acorde con la Ley regional del juego (artículo 22) la creación de una Sección dentro del Registro General del Juego para los “Prohibidos”, sin perjuicio de considerar que previamente debería haberse desarrollado reglamentariamente el Registro General del Juego, pues carece en el ordenamiento regional de una regulación unitaria que recoja la estructura de dicho Registro, los asientos de inscripción, las normas de ordenación, modificación o certificación que se estimen oportunas, el procedimientos de cancelación, etc. (salvo en lo que concierne a las máquinas recreativas). Sirvan como motivación de la conveniencia de su regulación unitaria *ad futurum* las siguientes referencias dispersas existentes en el ordenamiento regional sobre dicho Registro:

- El artículo 11.4 de la Ley 2/1995 establece la creación y llevanza del Registro General del Juego que contendrá las modalidades registrales que se determinen reglamentariamente.

- El artículo 4,e) del Decreto 26/1996, ya citado, recoge, entre los requisitos de los titulares de casinos de juego, estar inscrito en dicho Registro en la modalidad Casinos de Juego. En el mismo sentido el artículo 9.3 del Decreto 63/1997, sobre el Bingo, también citado.

- El artículo 16.3 del Decreto 61/2001, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, que sí contiene una regulación sobre el Registro de Modelos, establece que en el Registro General del Juego existirán tres secciones correspondientes a las categorías de máquina, si bien la Orden anterior de 18 de diciembre de 1997 creaba especialidades dentro de la Sección correspondiente.

Por tanto, acotado el objeto del Proyecto (que se extiende a la creación de la Sección de Prohibidos en el Registro General ya citada, a la inscripción en dicha Sección, al procedimiento de inscripción, a los datos de los asientos y a las transferencias de datos a los locales y salas de juego), queda fuera de su ámbito de regulación, en contra de lo que podría interpretarse de la Exposición de Motivos, el establecimiento de las distintas causas o supuestos de prohibición, pues en este aspecto se limita a reproducir el origen de dicha prohibición, que puede ser voluntaria (artículo 4), por resolución judicial (artículo 5), por procedimiento administrativo específico (artículo 6), o por cooperación entre Administraciones, sin establecer nuevos supuestos; esta última consideración tiene importantes consecuencias en orden al principio de reserva de ley y a la omisión de algunas audiencias por las razones que posteriormente se indicarán.

Por último, la elaboración del presente Proyecto aparece plenamente justificado desde el punto de vista de protección del consumidor (“Prohibidos”), que es otro de los objetivos de los poderes públicos en materia de juego, frente a las posibles consecuencias individuales, familiares y sociales de la ludopatía (Dictamen núm. 149/2003 del Consejo Jurídico). Con esta finalidad, la Sección de Prohibidos es un instrumento a utilizar tanto para la prevención de las ludopatías como para contribuir a la rehabilitación de las personas afectadas, por alteraciones psíquicas, por la adicción al juego. Desde esta perspectiva, conviene resaltar las previsiones recogidas en el Proyecto, concretamente en el artículo 8, al contemplar la aplicación de los sistemas telemáticos para hacer efectivas inmediatamente las prohibiciones de entradas a los locales y salas de juego, y el artículo 10 para que las transferencias de datos a los citados establecimientos sea compatible con el principio de protección de datos.

TERCERA.- Habilitación legal.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencias exclusivas en materia de casinos, juegos y apuestas (excepto las apuestas y loterías del Estado) y, en ejercicio de aquellas competencias, le corresponde la potestad legislativa, reglamentaria y ejecutiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10. Uno. 22 del Estatuto de Autonomía (conforme a la redacción dada por la reforma introducida mediante Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio).

En desarrollo del precepto indicado, la Ley 2/1995 atribuye específicamente al Consejo de Gobierno la competencia para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la citada Ley (Disposición Final Primera), así como las modalidades registrales (artículo 11.4), encomendando específicamente al titular de la Consejería la competencia para la creación y llevanza del Registro General del Juego (artículo 11.4).

El rango de la disposición, llamada a aprobarse como Decreto, es el adecuado, ya que el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Consejo de Gobierno, cuyas disposiciones generales deben adoptar la forma de Decreto, según 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.

CUARTA.- Procedimiento de elaboración.

La Consejería consultante, en aplicación de lo previsto en el artículo 52 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, ha recabado los siguientes informes:

- De la Comisión de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia previsto en el artículo 4.1.a) del Decreto regional 27/1996, de 29 de mayo, que ha conocido el Proyecto, en su sesión de 11 de febrero de 2005.

- Del Vicesecretario de la Consejería proponente.

- Del CESRM, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.a) de la Ley 3/1993, de 16 de julio.

- De la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma conforme al artículo 7 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma.

No obstante lo anterior, han de realizarse las siguientes observaciones sobre el procedimiento de elaboración seguido:

Si bien se ha otorgado audiencia a los órganos que han de ser oídos preceptivamente, como la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia, en su calidad de órgano de estudio, asesoramiento y coordinación de las actividades relacionadas con el juego y apuestas, y al CES, en cuanto a la incidencia del Proyecto en materia socioeconómica y laboral, este Consejo, al igual que lo hizo en el Dictamen núm. 149/03, pone de manifiesto la conveniencia de oír en este tipo de Proyectos, por razón de la materia y desde la finalidad de protección del usuario, al Consejo Asesor Regional de Consumo, cuya tarea es informar los Proyectos de disposiciones generales que afecten a los consumidores y usuarios, así como promover la coordinación y el desarrollo de actividades de defensa de consumidores y usuarios entre diversas Consejerías (artículo 2,2 y 4 del Decreto 1/1995, de 20 de enero).

Por último, debe recordarse al departamento proponente la necesidad de otorgar audiencia a aquellas Consejerías que ostentan competencias que pudieran verse afectadas, pues se trata de un campo (las competencias en materia de juego) donde convergen una multiplicidad de aspectos y, en relación con las ludopatías, han de tenerse en cuenta las competencias de la Consejería de Sanidad, si bien la falta de audiencia en este caso tampoco aconseja la retroacción del procedimiento en tanto en cuanto el Proyecto no regula los supuestos de prohibición, sino los aspectos atinentes a la Sección de Prohibidos del Registro del Juego y la comunicación de datos, que entran de lleno en las competencias del órgano proponente. No obstante, para futuras reformas o desarrollos que pudieran tener tal incidencia, sí habrán de tenerse en cuenta dichas competencias transversales.

QUINTA.- Cuestiones suscitadas por el conjunto normativo.

I. Utilización de la potestad reglamentaria en la esfera de la libertad personal de jugar.

El reconocimiento de la libertad personal a participar en los juegos de azar es una manifestación del postulado de libertad proclamado por la Constitución (artículos 1.1, 17 y 19) si bien, en materia de juego, la protección de la esfera privada debe ser compatible con el deber de tutelar los intereses que peligran por el ejercicio de esta actividad (protección de consumidores y usuarios y derecho a la protección de la salud).

Como se ha indicado con anterioridad, el Proyecto de Decreto no regula los supuestos de prohibición, limitándose a clasificar los ya previstos en el ordenamiento regional por razón de su procedencia (autoprohibiciones, por resolución judicial, por procedimiento administrativo específico, o por cooperación entre Administraciones), haciendo una referencia sucinta al procedimiento de inscripción.

Dicha clasificación general ha conducido inexorablemente a un examen de las distintas causas de prohibición previstas en nuestro ordenamiento, sobre todo en los desarrollos reglamentarios, realizando las siguientes consideraciones:

1ª) De acuerdo con las previsiones legales (artículo 22 de la Ley 2/1995) las prohibiciones son las siguientes:

- Dirigidas a proteger la persona del jugador: los menores de edad, los mayores incapacitados, las personas que hayan sido declaradas pródigas o culpables de quiebra fraudulenta por decisión firme hasta su rehabilitación, así como los que voluntariamente lo soliciten.

- Por razones de orden público y seguridad ciudadana, está prohibido el acceso a personas que porten armas, habilitándose a los Reglamentos de desarrollo de los distintos juegos para que puedan establecer condiciones especiales para el acceso a los locales y salas de juego.

- Por razones de protección de los intereses de los establecimientos de juego, los empleados, directivos, accionistas y partícipes de empresas dedicadas a la gestión, organización y explotación del juego, así como sus parientes hasta el primer grado por consanguinidad o afinidad, no podrán participar como jugadores de los juegos y apuestas explotados por dichas empresas.

2ª) Sin embargo, los desarrollos reglamentarios de la Ley 2/1995 han incorporado algún supuesto de prohibición, que nos conecta con el principio de reserva de ley y las limitaciones reglamentarias del derecho de acceso a los locales de juego, pues, de acuerdo con la STS, Sala 3ª, de 21 de octubre de 2004, un reglamento ejecutivo no puede limitar los derechos de la Ley que desarrolla. También el Dictamen del Consejo de Estado núm. 55.737, de 30 de mayo de 1991, indica que los Reglamentos, como limitativos del principio de autonomía de la voluntad, sólo serían estrictamente admisibles “con un carácter marcadamente restrictivo y siempre supeditado a la específica habilitación legal y a las propias directrices establecidas en la norma legal”.

Ciertamente, no puede afirmarse que la Ley regional contenga una remisión en blanco a los reglamentos en este tipo de actuaciones limitativas de la libertad personal, vedado por la jurisprudencia constitucional, por cuanto, como se ha descrito anteriormente, se recogen unas causas legales concretas remitiéndose a los reglamentos para establecer, por razones de orden público, condiciones especiales para el acceso a los locales y salas de juego. Sin embargo, el Consejo Jurídico sí ha detectado la existencia de alguna causa que difícilmente puede ser encuadrable en los supuestos legales. Por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, el

artículo 26.1 c) del Decreto regional 26/1996, prohíbe la entrada a los casinos de las personas que se encuentren en situación de libertad condicional cuando la Ley 2/1995 no alude a este supuesto de prohibición (artículo 22), pudiendo incluso reputarse inconstitucional por infracción del principio de igualdad; también se puede citar como ejemplo de imprecisión y falta de concreción para configurar un supuesto limitador de la libertad de obrar del afectado reconducible a los supuestos legales, el artículo 29.2,b del Decreto 63/1997 (modificado por Decreto 78/1999, de 7 de abril): “Las personas respecto de las cuales, los titulares o, en su caso las empresas de servicios, hayan solicitado su inclusión por razones fundadas, tras evacuar el trámite de audiencia al interesado”.

También se percibe una cierta confusión en las disposiciones reglamentarias entre supuestos de prohibición y de expulsión de las salas y establecimientos de juego. De este modo, el artículo 26.1,d) del Decreto 26/1996, recoge como causa de prohibición “las personas que den muestras manifiestas de encontrarse en estado de embriaguez o de perturbar el orden” cuando, de tratarse de una actuación aislada (no resultado de un procedimiento administrativo sancionador), puede constituir más bien una causa de expulsión prevista en el artículo 28 del mismo Decreto, en el que, por cierto, se establece una sanción de inclusión en el listado de Prohibidos (conforme al Proyecto “Sección de Prohibidos”) de tres años, que tampoco figura en la Ley regional.

Además los supuestos de inclusión por un procedimiento administrativo específico no están definidos o claramente determinados en la Ley 2/1995. A este respecto no se ha previsto legalmente, en relación con las sanciones aplicables a los jugadores, la prohibición de acceder en función de la gravedad de la sanción.

Por todo lo expuesto, el Consejo Jurídico aconseja un mayor desarrollo legal en este punto, aprovechando una modificación o reforma de la Ley 2/1995, acorde con el principio de reserva de ley. Presupuesto de ello sería la elaboración de un estudio sobre las ludopatías en la Región, en colaboración con otras Consejerías integrantes de la Administración regional (consumo y sanidad) y con la participación de las organizaciones existentes de los afectados, como recomendamos en nuestro Dictamen núm. 149/2003.

II. Técnica normativa.

El Proyecto no va acompañado de una Disposición Derogatoria por cuanto, según se recoge en la Memoria, es complementario a la regulación existente, y no afecta a ninguna disposición vigente en la actualidad. No obstante la legalización de la Sección de Prohibidos dentro del Registro General del Juego viene a modificar las expresiones “Registro de Prohibidos o Listado de Prohibidos” que utilizan los reglamentos regionales anteriores, por lo que sería conveniente que se incluyera, al menos, en una Disposición Adicional, que dichas expresiones se entenderán sustituidas ahora por la “Sección de Prohibidos”, o bien “Sección correspondiente a personas que tiene prohibido el acceso a locales y salas de juego y apuestas del Registro General del Juego”, que es la denominación que utiliza el Proyecto a lo largo de su articulado.

Por otra parte debería preverse en una Disposición Transitoria que el listado existente se incorporará a dicha Sección creada ahora formalmente.

También que los títulos de los artículos deberían finalizar en un punto.

SEXTA.- Observaciones particulares.

- Exposición de Motivos.

1. En el primer párrafo la cita al artículo “10.1.22” del Estatuto de Autonomía debe sustituirse por “10.Uno.22”.

2. En el segundo párrafo debe suprimirse “Comunidad Autónoma” acorde con el título de la Ley 2/1995, “reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia”.

3. La finalidad del Proyecto de Decreto queda un tanto desdibujada en el párrafo tercero (sobre todo tras el cambio de denominación del Proyecto), pues la inscripción en el Registro (artículo 1) queda pospuesta respecto a la finalidad de establecer las distintas tipologías o supuestos de prohibición, cuando, como hemos indicado con anterioridad, no se establece ningún supuesto *ex novo*, ni se modifican los existentes, pues la inclusión por cooperación entre Administraciones es una plasmación del principio de cooperación y asistencia activa para el eficaz ejercicio de sus competencias conforme a lo previsto en el artículo 4.1.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Se enriquecería la Exposición de Motivos si se añadiera, al final del párrafo cuarto, la finalidad de contribuir a la rehabilitación de las personas.

- Artículo 1. Objeto.

Añadir delante de resolución judicial, “de una”.

- Artículo 2. Ámbito de aplicación.

El apartado d), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 2/1995, debe redactarse: “Establecimientos, locales y recintos específicos para la expedición de apuestas”.

- Artículo 3. Bases de datos de personas que tienen prohibido el acceso a locales y salas de juego y apuestas.

La necesidad de aunar el Registro General del Juego, Sección de Prohibidos, con las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuanto a los ficheros de titularidad pública con datos de carácter personal, requiere la remisión obligada en este artículo a la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 11 de noviembre de 2003, por la que se creó el fichero de “Prohibiciones acceso locales juego”, para integrarlo en la Sección de Prohibidos del Registro General del Juego sustentada en la correspondiente base de datos. Este es el sentido de la redacción modificada del Proyecto a sugerencia de la Dirección de los Servicios Jurídicos:

“La Dirección General de Tributos, previa tramitación del expediente oportuno, inscribirá en el Registro General del Juego a las personas que se detallan en los artículos 4 a 7 de este Decreto, a través de su inclusión en la base de datos de personas que tienen prohibido el acceso a locales y salas de juego y apuestas, descrita en la Orden de 11 de noviembre de 2003 de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se crean y modifican ficheros con datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Economía y Hacienda”.

Respecto a la redacción propuesta convendría añadir “(...) inscribirá en la Sección correspondiente del Registro General del Juego” (por cierto la palabra Sección aparece en minúscula y mayúscula a lo largo del articulado por lo que conviene que se unifique), así como podría eliminarse la duplicidad de citas al nombre de la Consejería que lo gestiona, sustituyendo la última referencia por “dicha Consejería”. Por último, aun cuando no se encuentra obstáculo para que permanezca en la redacción, sí conviene advertir que la inscripción en la Sección de Prohibidos del Registro no requiere en todos los supuestos la tramitación del expediente oportuno, pues conforme al artículo 11 del Proyecto en el caso de resoluciones judiciales la inscripción en la sección requiere únicamente la recepción de la resolución judicial firme.

- Artículo 4. Inclusión de las autoprohíbiciones.

Se ha omitido la conjunción “o” entre temporal e indefinido.

- Artículo 5. Inclusión por resolución judicial.

Se ha omitido la referencia a “la firmeza” de las resoluciones judiciales, que sí viene recogida en el artículo 22 de la Ley 2/1995. Del mismo modo debería recogerse en los casos de inclusión por procedimiento administrativo específico previsto en los artículos 6 y 11.3.

- Artículo 9. Datos de inscripción.

Parece que la base de datos y la Sección de Prohibidos se encontraran desgajados cuando, en realidad, la base de datos constituye el soporte de la Sección de Prohibidos del Registro General del Juego.

- Artículo 11. Procedimiento de inscripción.

No se ha previsto la solicitud de inscripción a instancia de terceras personas con intereses legítimos (cónyuges, hijos mayores de edad), siempre y cuando se otorgue un trámite de audiencia a la persona cuya inscripción se promueve, aunque en el caso de las autoprotecciones debería siempre contarse con el consentimiento del afectado.

Convendría que el centro directivo competente estudiara la conveniencia de establecer un plazo mínimo de duración de la inscripción para las autoprohíbiciones, al igual que se ha contemplado en otras normas similares de Comunidades Autónomas (por ejemplo, artículo 4.2 del Decreto 24/2005, de la Generalidad de Cataluña).

- Artículo 12. Cancelación.

Podría completarse este artículo con un apartado relativo a que las cancelaciones habrán de ser comunicadas a los establecimientos afectados.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se recomienda a la Consejería consultante que desarrolle reglamentariamente y de forma unitaria el Registro General de Juego por las razones que se recogen en la Consideración Primera. También se traslada la conveniencia de un mayor desarrollo legal en cuanto a los supuestos de prohibición en los términos indicados en la Consideración Quinta.

SEGUNDA.- Puede elevarse a la consideración del Consejo de Gobierno el Proyecto de Decreto por el que se regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas.

TERCERA.- Se consideran observaciones de índole esencial las orientadas a su plena adecuación a la Ley 2/1995, concretamente al artículo 2, d), y a la firmeza de las resoluciones (artículos 5, 6 y 11), así como las realizadas en el apartado de Técnica Normativa.

CUARTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico regional.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 07/06.- Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA).

Consultante : Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 23/01/06

Extracto de Doctrina

1. 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 disponga la Ley de creación.

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 n.º 23/98).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada el Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA), organismo autónomo adscrito a la Consejería de Agricultura y Agua, elabora un primer borrador de Proyecto de Decreto por el que se establece su estructura orgánica.

El Proyecto consta en el expediente acompañado de la siguiente documentación:

- Memoria justificativa de su oportunidad, elaborada por el Gerente del Organismo, que cita como ideas inspiradoras la especificidad de la actividad investigadora y el impulso de la investigación y el desarrollo tecnológico, que exigen contar con una estructura organizativa adecuada para alcanzar “*los objetivos de la política de investigación agraria del Gobierno regional*”.

- Memoria de repercusiones presupuestarias del Proyecto, según la cual éste no comporta variación alguna en los gastos de personal, corrientes y de capital.

- Informe sobre ausencia de impacto por razón de género.

- Certificación expedida por la Secretaria del Consejo del IMIDA, donde consta que el referido órgano aprobó el borrador del Proyecto sometido a consulta.

- Propuesta del Director del IMIDA al Consejero de Agricultura y Agua para la tramitación del borrador como Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Organismo.

- Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de adscripción del Instituto, cuyas observaciones serán asumidas e incorporadas, en su mayor parte, al Proyecto, lo que debió de conllevar la elaboración de un segundo borrador que, sin embargo, no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

SEGUNDO.- Una vez remitido lo actuado a la Consejería de Economía y Hacienda, se llevan a efecto las siguientes actuaciones:

- Negociación del Proyecto en el seno de la Mesa Sectorial de Administración y Servicios, en su sesión de 21 de julio de 2005. No consta el resultado de dicha negociación en la certificación que, expedida por el Secretario del referido órgano, obra en el expediente.

- Informe favorable del Consejo Regional de la Función Pública.

- Informe del Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Función Pública, que se limita a efectuar un análisis de corte competencial y procesal. En él consta que, con anterioridad al Proyecto que ahora se tramita, se elaboró un “*Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de organización, estructura y funcionamiento del IMIDA. En el informe que con carácter preceptivo emitió la Dirección de los Servicios Jurídicos (nº 1/2005, de 9 de febrero), se indicó que se devolvía el expediente “para que, por el órgano directivo competente, se elabore nueva propuesta, bien de Decreto de estructura orgánica, bien de decreto de adaptación a las previsiones de la Ley 7/04, de 28 de diciembre*”.

- Informe del Servicio Jurídico de la Consejería, de Economía y Hacienda, igualmente limitado a aspectos competenciales y procedimentales.

- Informe de la Vicesecretaría de la referida Consejería que concluye manifestando la procedencia de remitir el expediente a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a este Consejo Jurídico con carácter previo a su elevación a Consejo de Gobierno.

TERCERO.- Por la Dirección de los Servicios Jurídicos se emite informe favorable al Proyecto, aunque advierte de la omisión en el expediente de un trámite preceptivo, cual es el informe de la Junta Asesora del Instituto. El defecto será subsanado mediante la incorporación al expediente de una certificación de la Secretaria del referido órgano colegiado, en la que se hace constar su parecer favorable al Proyecto.

La Dirección de los Servicios jurídicos efectúa, además, diversas observaciones en cuanto al contenido de los Estatutos, que serán asumidas e incorporadas al texto, de conformidad con el informe que, sobre dichas consideraciones, consta a los folios 80 y siguientes del expediente.

Finaliza la referida Dirección precisando que la propuesta al Consejo de Gobierno ha de ser efectuada no por la Consejera de Economía y Hacienda, sino por el titular del Departamento de adscripción del Organismo, a quien corresponde también solicitar el Dictamen del Consejo Jurídico.

CUARTO.- Consta en el expediente Propuesta de Acuerdo que formula el Consejero de Agricultura y Agua al Consejo de Gobierno para que se apruebe el Decreto de los Estatutos del IMIDA y se adaptan a las previsiones de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre.

QUINTO.- El texto definitivo del Proyecto consta de una parte expositiva innominada, dos artículos, dos disposiciones adicionales y dos finales, constituyendo los Estatutos el contenido de un Anexo dividido en cuatro Títulos (Disposiciones Generales; De la Estructura Organizativa, que a su vez presenta una división en cuatro capítulos; Del Personal; Del Régimen de Contratación, Patrimonial, Presupuestario y de Control).

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 30 de noviembre de 2005.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Según el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), éste debe ser oído, con carácter preceptivo, antes de la aprobación por el Consejo de Gobierno de proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional, o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado. El Proyecto sometido a consulta, en tanto que regula los Estatutos del organismo autónomo creado por Ley 8/2002, de 30 de octubre, de creación del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (en adelante Ley 8/2002), requiere nuestro Dictamen preceptivo, al ser su objeto el desarrollo reglamentario de las previsiones allí contenidas.

SEGUNDA.- Habilitación legal.

De conformidad con la Disposición Final segunda de la Ley 8/2002, el Reglamento del Instituto debía ser aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, lo que tuvo lugar el 1 de abril de 2003, de conformidad con lo establecido en su Disposición Final tercera.

El transcurso en exceso del plazo concedido por la Ley para proceder a su desarrollo normativo no afecta a la validez del reglamento aprobado con posterioridad al término de aquél pues, como indica el Consejo de Estado de forma reiterada, *“el incumplimiento del plazo expresamente fijado por la Ley y dentro del que se ordena al Gobierno hacer uso de la habilitación legal específica de la potestad reglamentaria, no priva al Gobierno de dicha potestad ni impide que el Gobierno actúe su potestad transcurrido el repetido plazo (salvo que otra cosa resulte nítidamente de la naturaleza del plazo y de la habilitación conferida al Gobierno). La fijación legal de un plazo testimonia la voluntad del legislador de que la norma de cuya reglamentación se trata sea puesta en ejecución sin dilaciones. Los principios de legalidad y jerarquía normativa, erosionados inicialmente por el incumplimiento del plazo, amparan, sin embargo, la interpretación más acorde con la voluntad legalmente manifestada, y corresponde mejor a esa voluntad la promulgación, aun tardía, de la norma reglamentaria que la cancelación de la posibilidad misma de que tal norma sea promulgada”* (por todos, Dictamen 495/2000). Ahora bien, debería haberse incorporado al expediente la justificación de tal demora con respecto a las previsiones de la Ley.

La remisión reglamentaria contenida en la referida disposición legal cabe entenderla efectuada hoy, tras la promulgación de la Ley 7/2004, a los Estatutos del organismo autónomo, concebidos éstos como el complemento indispensable de la Ley de creación de aquél, como se desprende del contenido propio y mínimo de dichos estatutos que enumera el artículo 41 de la misma Ley 7/2004 y, sobre todo, de la exigencia contenida en el artículo 40.3, de acompañar todo anteproyecto de ley de creación de un organismo público que se eleve al Consejo de Gobierno, de una propuesta de estatutos.

Al margen de la ya citada remisión reglamentaria general, la Ley 8/2002 también contiene otras llamadas al reglamento para el desarrollo de específicos extremos precisados de regulación. Es el caso de los artículos 12, letras d) -normas complementarias para la determinación de los representantes del personal del Instituto en la Junta Asesora- y e) -fijación de los Departamentos o unidades estructurales de investigación-; 14 (representación del personal científico y técnico del Instituto en la Comisión Científica); Disposición Adicional segunda (condiciones para la contratación temporal de Investigadores Asociados y Visitantes) y Disposición Transitoria segunda (forma de nombramiento de los Jefes de Departamento).

Estas remisiones reglamentarias tienen su correspondiente reflejo en el Proyecto sometido a consulta, a excepción de la efectuada por el artículo 12, e), que deja al Reglamento del Instituto el establecimiento de los Departamentos. Contrariando el precepto legal, el artículo 15.7 del Proyecto de Estatutos remite la determinación del número de Departamentos a una futura orden del Consejero de adscripción. Con esta sola previsión, y dado que ninguna otra norma se contiene en el Proyecto acerca del establecimiento de los Departamentos, no puede entenderse cumplida la remisión reglamentaria efectuada por la Ley.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

El artículo 41 de la Ley 7/2004 atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para aprobar los estatutos mediante Decreto, a propuesta del titular del departamento de adscripción y previo informe de las Consejerías competentes en materia de organización administrativa y hacienda.

De conformidad con la previsión legal, la futura norma se ha tramitado como Proyecto de Decreto, constando la propuesta del titular de la Consejería de adscripción del organismo (Consejería de Agricultura y Agua) al Consejo de Gobierno. 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, si bien existen numerosos informes emanados de dicho Departamento (Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Función Pública, Servicio Jurídico de la Secretaría General, y Vicesecretario), pues la tramitación que inicialmente siguió el Proyecto fue la propia de las estructuras orgánicas, no consta ninguno cuyo contenido permita entender materialmente satisfecha la exigencia de informe de la Consejería competente en materia de hacienda, para lo cual sería preciso contar con el informe de la Dirección General de Presupuestos, el cual, si bien en la relación de documentos que encabeza el expediente se afirma que ha sido recabado e incorporado al mismo, no obra entre la documentación finalmente aportada. En consecuencia, si bien formalmente puede entenderse cumplimentado el trámite de informe de la Consejería competente en materia de hacienda, atendidos los numerosos informes emanados de unidades dependientes de la misma, sería conveniente recabar uno que atendiera a las implicaciones presupuestarias de los futuros estatutos.

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 insuficiente, cuando no inexistente, justificación técnica de las concretas determinaciones normativas propuestas.

Asimismo, se han cumplido las prescripciones que sobre la tramitación de los estatutos en el seno del propio organismo contiene la Ley de creación.

CUARTA.- Sobre la adaptación del régimen del organismo autónomo a la Ley 7/2004.

La Disposición Transitoria primera, apartado 2, de la Ley 7/2004, establece la necesidad de adaptar el régimen de los organismos públicos existentes a la entrada en vigor de dicha Ley a sus nuevas prescripciones. Como ya advertimos en nuestro dictamen 128/2005, la citada Disposición pretende establecer un régimen transitorio que permita una gradual adecuación de los entes que a la entrada en vigor de la Ley conforman la Administración instrumental de la Comunidad Autónoma, para permitir su paso de una regulación a otra sin las brusquedades e incertidumbres que se producirían si se declarara sin más la vigencia del nuevo régimen, lo que obligaría a considerar derogado todo aquello que resultara incompatible con el mismo en virtud del aforismo "*posteriora derogant prioribus*".

La referida adecuación debe realizarse de una forma reflexiva y completa, mediante la comparación del régimen propio de cada organismo, definido por su Ley de creación,

con el que la Ley 7/2004 establece para el tipo de organismo público en que aquél queda encuadrado, debiendo tender a evitar, en aras de un elemental principio de seguridad jurídica, las posibles antinomias y dificultades interpretativas que derivan de la sucesión de regímenes. Así, a modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, las disposiciones de la Ley 8/2002 acerca de la extinción del organismo autónomo (21.3) y del límite cuantitativo de las facultades de contratación que se atribuyen al Director del Instituto (artículo 6, letra f), no se ajustan plenamente al régimen general que sobre dichos extremos contiene la Ley 7/2004. La adaptación del régimen del organismo a las nuevas prescripciones legales de general aplicación a los organismos autónomos, debería determinar la oportunidad y necesidad bien de mantener las peculiaridades del IMIDA, bien de ajustarse plenamente al régimen ordinario de los organismos autónomos regionales, y no limitarse a un particular aspecto de dicha regulación como es el organizativo.

Si se considera, además, que la Disposición Transitoria primera de la Ley 7/2004 responde a una intención homogeneizadora de las formas y regímenes jurídicos que corresponden a los diversos entes que constituyen la denominada Administración instrumental, lo más acertado sería que la adecuación del régimen del IMIDA al diseñado por la nueva Ley de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional se realizara después de un detenido análisis de la normativa particular del organismo para, tras su comparación con las disposiciones generales a todos los organismos autónomos, proceder a adecuar aquélla a ésta, utilizando la norma del rango adecuado (ley o decreto), según se pretenda incorporar o no peculiaridades respecto del referido régimen general, en materia de personal, contratación y régimen fiscal.

A este respecto, debe advertirse que la adecuación del régimen del Instituto a las previsiones contenidas en la Ley 7/2004 no se realiza propiamente a través de la mera declaración contenida en el artículo 2 del Proyecto de decreto, sino a través de los Estatutos, dado que es en ellos donde se recogen las normas que plasman esa adaptación. Y es también en los Estatutos donde el Proyecto introduce especialidades en materia de personal que se separan de la regulación que del personal de los organismos autónomos efectúa la Ley 7/2004 (artículo 44). En efecto, según dicha Ley, aquél quedará sujeto al régimen aplicable al personal al servicio de la Administración regional, sin perjuicio de las peculiaridades que puedan establecerse en su ley de creación. Ésta, por su parte, dedica su Título II a regular el personal del Instituto, que queda sometido al régimen aplicable al del resto de la Administración regional (artículo 16.2), para proceder a continuación a establecer diversas peculiaridades acerca de los tipos de puesto de trabajo, carrera administrativa y selección de personal temporal. Por tanto, atendida la remisión que el régimen general hace a la Ley de creación del organismo, a efectos de aplicar la Disposición Transitoria primera de la Ley 7/2004, no puede calificarse como incorporación de peculiaridades aquellas que ya vengan recogidas en la Ley 8/2002, o que constituyan su desarrollo reglamentario.

Ahora bien, nada establece la Ley en materia retributiva del personal investigador, pese a lo cual el artículo 18.6 del Proyecto prevé la percepción de un concepto retributivo que denomina “*sexenios de actividad investigadora*”, como un componente del complemento de productividad y que tiene la finalidad declarada de “fomentar” la carrera investigadora de este personal. Es decir, se pretende introducir una modificación retributiva en el régimen del personal del organismo, que supone una peculiaridad tanto respecto de las normas contenidas en el régimen general de los organismos autónomos

como en la Ley 8/2002. Si bien dicha peculiaridad se inserta en una norma, el artículo 18, que, a diferencia de otros del mismo Proyecto -el artículo 2 del Decreto aprobatorio y el 6 de los Estatutos-, no efectúa manifestación expresa de dictarse en cumplimiento de la Disposición Transitoria primera de la Ley 7/2004, lo cierto es que, materialmente, sí introduce una peculiaridad en el régimen de personal del Instituto que no tiene cobertura ni en la Ley de creación del organismo ni en la de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Región de Murcia.

En consecuencia, por aplicación de la tantas veces repetida Disposición Transitoria, el rango de la norma en que se inserte dicha modificación ha de ser legal, resultando insuficiente a tal efecto su previsión en un reglamento como los estatutos del organismo.

A mayor abundamiento, el referido concepto retributivo tiene su precedente claro en el componente especial del complemento de productividad del personal docente universitario, previsto por el artículo 2.4 del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario. Este complemento fue extendido, ese mismo año, mediante Resolución del Secretario de Estado de Hacienda de 28 de diciembre, al personal investigador del Centro Superior de Investigaciones Científicas (C.S.I.C.). En ambos casos, la percepción de este complemento se condiciona a la obtención de una evaluación positiva de la actividad investigadora, aspecto éste que no se contempla en el Proyecto sometido a consulta. No es cometido del Consejo Jurídico enjuiciar la extensión del ámbito subjetivo de aplicación del complemento retributivo efectuada en la esfera estatal, pero sí ha de hacerlo en el ámbito que le es propio, el ordenamiento jurídico regional. A tal efecto, este Órgano Consultivo considera que resulta inapropiado incluir en el complemento de productividad, que, cabe recordar, viene legalmente destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo (artículo 68.1, letra c, del Texto Refundido de la Ley de La Función de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de marzo, en adelante TRLFP), la retribución de lo que debe ser el objeto principal de la prestación laboral del personal a que viene referido el nuevo concepto: la actividad investigadora.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera procedente la supresión del artículo 18.6 del Proyecto de Estatutos dado el insuficiente rango normativo de éste, atendida la reserva legal efectuada por la Disposición Transitoria primera de la Ley 7/2004.

Asimismo debe advertirse que el establecimiento del concepto retributivo en los términos expresados en el Proyecto no tiene cabida en ninguno de los legalmente establecidos, por lo que habría de crearse un nuevo complemento retributivo. A tal efecto, y dada la limitación establecida por el artículo 66 TRLFP que impide retribuir a los funcionarios por conceptos diferentes a los incluidos en los artículos 67 y 68 del mismo texto, sería necesario acudir a una norma de rango legal para obviar tal restricción. A este respecto, cabe recordar que el artículo 1.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, permite dictar normas específicas para adecuar la normativa general de Función Pública a las peculiaridades del personal investigador.

QUINTA.- Sobre la distribución de los contenidos organizativos entre los Estatutos del organismo y su Decreto de estructura orgánica.

La regulación que de los extremos relativos a la organización de los organismos públicos efectúa la Ley 7/2004 ha llevado a los órganos preinformantes 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 disponga 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.

SEXTA.- Sobre la técnica normativa.

1. La denominación del Proyecto.

El Título de la disposición ha de ser suficientemente expresivo de su contenido y ello no se consigue con el que encabeza el proyecto, pues omite uno de los extremos objeto de regulación como es el relativo a la integración del personal investigador en las Escalas y Opción creadas por la Ley 8/2002.

2. El Anexo.

La utilización del Anexo para regular uno de los contenidos esenciales, cuando no el principal, de la norma no es una técnica correcta. Dado que el objeto central de la disposición en proyecto es, precisamente, los estatutos del organismo, no resulta adecuado desplazar el contenido esencial de la norma a un Anexo, cuya naturaleza es, propiamente, la de un complemento de la regulación principal, como queda claramente expresado en las directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, y que resultan de aplicación supletoria en nuestro ordenamiento ante la ausencia de directrices regionales en la materia. Así, mientras la directriz 46 determina cuál es el contenido propio de los anexos, la número 47 establece de manera expresa que *“no deberá considerarse ni denominarse anexo, tal como se define en estas directrices, el texto refundido o articulado, el reglamento, estatuto, norma, etc., que se aprueba mediante la disposición, aunque aparezca en el mismo lugar que el anexo”*.

3. La reiteración de contenidos legales.

Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico que cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias preceptos que son reproducción de la Ley que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se da cuenta de los contenidos meramente reglamentarios y se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia (Dictamen n.º 23/98).

SÉPTIMA.- Observaciones al texto del Proyecto de Decreto aprobatorio.

1. Como ya se indicó en la Consideración Cuarta de este Dictamen, la adaptación del régimen del Instituto a la establecida en la Ley 7/2004 no se realiza tanto por el artículo 2 del Proyecto, sino por los Estatutos, que es donde se contienen las normas que materialmente hacen efectiva dicha adecuación. En consecuencia, esta circunstancia debería quedar reflejada en el artículo 2, mediante una redacción similar a la siguiente: *“El IMIDA, a través de sus Estatutos, se adecua...”*.

2. La Disposición Adicional primera regula la integración del personal investigador en las Escalas y Opción creadas por la Ley 8/2002. Para ello, fija los requisitos que habrán de reunir y el procedimiento a través del cual aquélla se hará efectiva.

El precepto habría de comenzar con una referencia a la Disposición Transitoria primera de la Ley de creación del organismo, pues es el precepto que ahora se pretende desarrollar. De hecho, esta Disposición constituye un límite para su ulterior desarrollo normativo, pues éste, so pena de incurrir en un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin el correspondiente amparo legal no puede establecer requisitos adicionales (Disposición Adicional primera del Proyecto, apartado 1, letras b) y c)) a los exigidos por la Ley para poder acceder a la integración, ni debe excluir del derecho a ella a quienes la Disposición Transitoria primera, apartado 3 se lo reconoce (DA primera del Proyecto, apartado 1, letra a)).

3. Al igual que se hace con el resto de artículos y disposiciones, la Disposición Adicional segunda debería intitularse.

4. Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición Final primera del Proyecto, 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), 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.

5. 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.

OCTAVA.- Observaciones al texto de los Estatutos.

1. Artículo 1. Naturaleza, clasificación y determinación del objeto de la norma.

a) De conformidad con las directrices de técnica normativa antes referidas, cada artículo debe contener un tema (directriz 26), lo que aconsejaría escindir el apartado 3 para constituir un nuevo artículo, el 2. Ello obligaría a reenumerar el resto de preceptos.

b) En la definición del objeto de la norma (apartado 3), se incurre en reiteración al disponer que persigue establecer “la estructura organizativa” y “la organización” del Instituto. Debería suprimirse el término organización, bastando con la mención a la estructura organizativa, expresión contenida en el artículo 41.1, c) de la Ley 7/2004 como contenido mínimo de los Estatutos.

c) El citado artículo 41.1 establece como contenido mínimo, siendo por tanto de obligatoria inclusión en los estatutos de los organismos autónomos, la regulación de las competencias del organismo, lo que se ha omitido no sólo en la descripción del objeto efectuada por el artículo 1.3, sino también en el conjunto del Proyecto, que carece de normas relativas a las competencias del IMIDA.

De hecho, el objeto de la norma descrito en el artículo 1.3 del Proyecto, debería ajustarse a la enumeración de contenidos mínimos efectuada por la Ley 7/2004.

2. Artículo 2. Régimen jurídico.

La enumeración de las disposiciones que rigen el Instituto sufre una alteración en el Proyecto respecto de las establecidas por el artículo 21 de la Ley 8/2002 que debe ser corregida. No sólo porque, en aplicación de un elemental principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE), el reglamento no puede contrariar lo dispuesto en la Ley que desarrolla, sino también porque la Ley resulta más precisa en la determinación de

la legislación aplicable que el proyectado precepto reglamentario, cuyo inciso final “y por aquellas otras que resulten de aplicación” nada añade al ordenamiento jurídico, dado que las normas a que se refiere resultarán aplicables no porque así lo disponga el futuro Decreto, sino por la fuerza de obligar que les sea propia.

3. Artículo 4. Adscripción.

La adscripción del Organismo ya queda regulada en el artículo 1.1 del Proyecto, por lo que procede la supresión del artículo 4.

4. Artículo 5. Sede.

Establecer en los Estatutos la sede con referencia a una dirección postal no parece adecuado, atendida su contingencia, lo que se cohonestaría mal con la perdurabilidad en el tiempo de la norma reglamentaria.

5. Artículo 7. El Consejo del Instituto.

La remisión a la Ley de creación que efectúa el apartado 5 debería ser completada incluyendo “, su extracción,” entre las expresiones “número de vocales” y “y las funciones del Consejo”.

6. Artículo 8. Régimen de funcionamiento del Consejo.

De conformidad con el artículo 21.2 de la Ley de creación, los órganos colegiados de gobierno, entre los que se encuentra el Consejo del Instituto, quedan sometidos al régimen de los órganos colegiados establecido en la LPAC. En consecuencia, el artículo 8.1 del Proyecto ha de adaptarse a dicho régimen, según el cual, al Presidente del órgano sólo le corresponde acordar la convocatoria y fijar el orden del día (artículo 23.1, letra b), si bien quien efectúa la convocatoria es el Secretario (artículo 25.3, letra b).

Para conseguir una redacción más acorde con el régimen general de los órganos colegiados y dado que éste será aplicable en todo lo no previsto en el Proyecto, en aras de la siempre deseable economía normativa, sería procedente suprimir la referencia relativa a la convocatoria del órgano, de forma que el precepto quedara redactado en términos similares a los siguientes: “El Consejo del Instituto se reunirá en sesión ordinaria una vez cada seis meses,…” Los anteriores razonamientos pueden hacerse extensivos al artículo 12.1 del Proyecto, regulador de la convocatoria de la Junta Asesora.

El mismo principio de economía normativa aconsejaría eliminar los apartados 4 y 5, en tanto que reproducen preceptos de la LPAC que resultan directamente aplicables en virtud de la remisión efectuada por el artículo 21.2 de la Ley de creación al régimen de los órganos colegiados establecido por la referida Ley estatal.

7. Artículo 11. La Junta Asesora.

El apartado 2, letra e) reproduce el artículo 12, letra e) de la Ley de creación, al establecer como miembros del órgano asesor a “los Jefes de los Departamentos de Investigación y los de las Unidades Estructurales que se establecen en los presentes Estatutos”. Si bien la Ley 8/2002 hacía mención a la posibilidad de que los Estatutos del organismo establecieran Departamentos de Investigación o Unidades Estructurales de Investigación, cuyos jefes formarían parte de la Junta, lo cierto es que los Estatutos sometidos a consulta ya optan por la denominación de Departamento de Investigación,

sin que conste el establecimiento de Unidad Estructural de Investigación alguna. En consecuencia, el artículo 11.2, letra e) del Proyecto debería reflejar dicha opción y señalar como miembros de la Junta Asesora a los Jefes de Departamento de Investigación, suprimiendo la mención a las Unidades Estructurales.

8. Artículo 13. La Comisión Científica.

a) El apartado 2, letra c) no se ajusta a la Ley de creación en materia de designación de los vocales correspondientes al personal del Instituto. En efecto, el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley establece que serán vocales de la Comisión “*seis miembros designados por el colectivo del personal científico y técnico del Instituto*”; sin embargo, el Proyecto elimina la mención al personal técnico, dejando la designación de los vocales tan sólo al colectivo científico del Instituto, colectivo al que asimismo se limita la elegibilidad, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del mismo artículo 13, pues sólo serán elegibles quienes desempeñen puestos de trabajo de naturaleza investigadora, con omisión de los puestos de carácter técnico, definidos unos y otros en el artículo 18 del Proyecto.

Procede en consecuencia adecuar el Proyecto a la Ley de creación, incluyendo al colectivo técnico en la designación de los seis vocales del personal del Instituto.

b) En el mismo apartado 2, letra c), debería precisarse más dónde se establecen las reglas para la designación de los vocales allí contemplados, mediante la sustitución de la expresión “en este Decreto” por “en los apartados 3 y 5 de este artículo”.

9. Artículo 15. Departamentos de Investigación.

a) El apartado 5 prevé la existencia de coordinadores de equipos de investigación. Los términos en que se expresa el precepto parecen indicar la necesaria presencia de estos coordinadores. Sin embargo, en el artículo 18.2 del proyecto se regula este tipo de puestos como de existencia potestativa (“se podrá configurar”, dice el precepto), al tiempo que se regulan diversos extremos de sus cometidos y requisitos para la provisión del puesto. En buena técnica normativa debería unificarse la regulación de esta figura, actualmente dispersa en dos artículos del Proyecto, con lo que se evitarían antinomias como la expuesta. Sistemáticamente, parece más adecuado trasladar la regulación del artículo 15.5 al 18.2 del Proyecto.

b) El apartado 7 deja la determinación del número de Departamentos y los equipos de investigación que los integran a la decisión del Consejero de adscripción del organismo, cuando de los artículos 12, letra e) de la Ley de creación y 11.2, letra e) del Proyecto parece desprenderse que el establecimiento de los Departamentos ha de efectuarse en los Estatutos del Instituto. Dicha interpretación aparece reforzada por la configuración de los Departamentos como responsables de la actividad científico-técnica del Instituto (artículo 15.1 del Proyecto), que los caracteriza como unidades funcionales claves para estructurar la labor que constituye la razón de ser misma del organismo. Resulta, por tanto, esencial para poder considerar que los Estatutos contienen la estructura organizativa del Instituto (artículo 41.1, letra a) de la Ley 7/2004) que en ellos queden ya establecidos los Departamentos, como división funcional primaria de la actividad investigadora.

Procede, por tanto, que sea el Proyecto sometido a consulta el que determine el número de Departamentos, pudiendo habilitar al Consejero de Agricultura y Agua para la determinación de los equipos de investigación que integran cada Departamento.

10. Artículo 19. Investigadores Asociados e Investigadores Visitantes.

La Disposición Adicional segunda de la Ley 8/2002 meramente prevé la posibilidad de contratar este tipo de personal, remitiendo al ulterior desarrollo reglamentario la determinación de las condiciones que habrían de regir dicha contratación.

Como ya se indicó con ocasión del análisis de la Disposición Final primera del Proyecto de Decreto aprobatorio de los Estatutos, las habilitaciones reglamentarias a los Consejeros han de efectuarse por norma de rango legal, lo que impide que los Estatutos apoderen a la Consejera de Economía y Hacienda para regular el procedimiento específico de selección del personal investigador temporal. En consecuencia, el establecimiento de este procedimiento, así como la determinación de otros extremos relativos a la contratación de este personal (pues la remisión efectuada por la Ley no se limita sólo al procedimiento de selección), debería llevarse a cabo en los Estatutos sometidos a consulta y no remitir a una posterior actuación normativa de un Consejero, cuya habilitación para dictar reglamentos no corresponde otorgar al Consejo de Gobierno.

11. Artículo 22. Régimen presupuestario y de control.

En materia de control de la actividad del organismo, debería completarse el precepto con una referencia al control de eficacia establecido por el artículo 50 de la Ley 7/2004.

12. Refrendo del futuro Decreto.

De conformidad con el artículo 37.1, letra c), de la Ley 6/2004, corresponde a los Consejeros proponer y presentar al Consejo de Gobierno los proyectos de decreto relacionados con las materias de su competencia y su refrendo una vez aprobados. Por ello, y dado que la propuesta al Consejo de Gobierno corresponde al Consejero de adscripción del organismo, también a él le compete el refrendo del Decreto una vez aprobado.

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, correspondiendo su refrendo al Consejero de Agricultura y Agua.

SEGUNDA.- Tienen carácter de esenciales las observaciones relativas a los siguientes preceptos:

- Al artículo 18.6, en cuanto al insuficiente rango normativo de los Estatutos y la necesidad de una norma con rango legal.

- Al contenido de la Disposición Adicional primera.

- Al artículo 1.3, en cuanto a la necesaria inclusión de las competencias del organismo y la preceptividad de su regulación en los Estatutos.

- Al artículo 2.

- Al artículo 13, en el sentido de incluir al colectivo de personal técnico en la designación de los vocales correspondientes en la Comisión Científica.

- Al artículo 15.7, en el sentido de no poder remitir la determinación del número de Departamentos a una Orden del Consejero de adscripción.

- Al artículo 19.

TERCERA.- El resto de observaciones efectuadas, de incorporarse, mejorarían técnicamente el Proyecto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 08/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. B. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 23/01/06

Extracto de Doctrina

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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 3 de septiembre de 2004 D. A. B. S. interpuso ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, solicitando una indemnización por importe que determinaría posteriormente, en concepto de resarcimiento por daños sufridos por el vehículo de su propiedad marca Renault Laguna, matrícula X, cuando, según expresa en su escrito, dicho vehículo circulaba el 23 de agosto de 2004 por la autovía del noroeste C-415, e impactó con un jabalí, por lo que se ocasionaron desperfectos en su parte frontal, quedando imposibilitado para seguir circulando. Adjunta fotografías de los daños que dice sufridos por el vehículo y fotocopia compulsada de las diligencias instruidas por la Guardia Civil, subsector de Murcia, el 23 de agosto de 2004, a lo que añade escrito presentado por el mismo interesado el 29 de septiembre de 2004, en el que solicita que

se adjunte a lo anterior copia del atestado completo del accidente, así como fotografías tomadas por él mismo de diversos posibles pasos de animales por debajo de la valla de protección en un entorno que va desde unos pocos metros del lugar del accidente, a unos 300 ó 400 metros del mismo.

SEGUNDO.- El procedimiento se instruyó con los siguientes trámites:

1) La Guardia Civil, en diligencias practicadas el día siguiente al del accidente, indica que en el lugar del mismo, Km. 53,075, sentido Alcantarilla, se observa una mancha de sangre en el carril izquierdo y restos orgánicos en el derecho, y un jabalí de 30 kilos de peso, aproximadamente, semienterrado en la cuneta derecha. Se procedió, continúan las diligencias, a recorrer el tramo desde el kilómetro 52 al 54, al objeto de localizar una posible rotura de alambrada, que no se advirtió. Añade que observaron huellas de patas de animal en el talud existente en el kilómetro 53,040, del tamaño de las del animal atropellado, por lo que es posible que el mismo se introdujera al interior de la autovía desde el margen de la derecha, deslizándose por el espacio existente entre el suelo y la alambrada, que es de 0,30 metros, suficiente para ello.

2) Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, no consta que lo emitiese; sí un informe de la empresa concesionaria de la explotación y conservación de la autovía (27 de octubre de 2004), según el cual *“de la declaración de la Guardia Civil, en la que se indica la ausencia de rotura en el cerramiento y la presencia de huellas de paso de un animal por una escasa abertura entre dicho cerramiento y el suelo, se podría deducir que el animal accedió efectivamente por dicho espacio escarbando bajo la valla. Ante este comportamiento, innato en este tipo de animales, resulta prácticamente imposible evitar la intrusión de los mismos en la autovía”*, por lo que considera que no debe imputarse responsabilidad ni a la Administración ni a la empresa concesionaria; reconoce la realidad del accidente, por cuanto el vehículo fue atendido por personal de la empresa; indica que se realizó una revisión exhaustiva de la valla en el tramo del accidente, sin que aparecieran desperfectos. Como consideración general estima que en autovías o carreteras convencionales se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma traspasando el vallado, utilizando sus cualidades naturales, siendo introducidos por un tercero o a través de los nudos de entrada y salida de vehículos, existiendo dos cercanos al lugar del accidente, uno en el Km. 53,7 y otro en el 51, 3.

3) A solicitud del servicio instructor, el 7 de marzo de 2005 remite informe la Oficina de Supervisión de Proyectos, en el que se indica expresamente que *“estas cunetas al intersectarse con la valla de cerramiento, deben mantener intacta su capacidad de drenaje, por lo que la valla debe pasarse por encima del revestimiento de hormigón horizontalmente, dejando la sección en V de la cuneta libre para el paso del agua y de los posibles arrastres que lleve consigo. La valla de cerramiento de la autovía debe llegar hasta unos 2-5 cm. del suelo para evitar el contacto del suelo húmedo con la malla, pero en el caso de los desagües de las cuentas, debe dejarse el hueco de la sección de la cuneta para que funcione correctamente. En el Pliego de Cláusulas Técnicas para la adjudicación de la Autovía del Noroeste y en el Proyecto de Explotación del Concesionario, se indica que la reparación de las vallas de cerramiento se realizará cuando surja y de modo inmediato, pero no se indica una periodicidad en la revisión. Únicamente, en el art. 9.1, se indica que anualmente se procederá al arreglo y reparación de los taludes, terraplenes y entorno de la carretera.”*

4) En fase de prueba el reclamante aportó una factura de 4.021,12 euros, como evaluación de los daños cuya indemnización reclama; presentó alegaciones indicando que, de acuerdo con las fotografías por él aportadas y las obrantes en las diligencias de la Guardia Civil, el paso de los jabalíes se produjo por el hueco que existe entre la alambrada y el suelo en el desagüe de la cuneta existente en el lugar donde ocurrió el accidente, que es incluso mayor de los 30 centímetros a que se refiere la Guardia Civil, lugar en el que, además, la valla está anormalmente levantada y retorcida hacia arriba. Termina solicitando la práctica de diversas pruebas de informe y testificales, para el caso de duda de la Administración sobre el lugar por donde entraron los animales y estado de la valla.

5) El Parque de Maquinaria informó de que el valor venal del vehículo en la fecha del accidente era de 2.786 euros y que el costo de la reparación que recoge la factura aportada por el reclamante resulta acorde con la realidad.

TERCERO.- Finalizada la instrucción y conferido trámite de audiencia al reclamante sin que conste que realizara alegaciones, se redactó la propuesta de resolución (18 de noviembre de 2005), que concluye en la procedencia de estimar la reclamación ya que, según se dice, 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, obliga a la Administración regional a mantener dicha carretera en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, deber coincidente con el señalado por el artículo 20 de la Ley 9/90, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia. Se indica que el accidente ha sido causado por la ineficaz colocación de la valla de protección de la autovía y, dado que la Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada, este deber es el que establece el nexo causal entre la actuación u omisión administrativa y las consecuencias dañosas, que han disminuido las condiciones mínimas de seguridad que aquélla está obligada a garantizar. Por tanto, no constando en el expediente negligencia o conducta culposa por el reclamante, ni acontecimiento generador de daño que pueda calificarse de fuerza mayor, al existir un obstáculo de grandes dimensiones y sin señalar en la calzada y, siendo reconocido expresamente por la Dirección General de Carreteras el derecho del interesado a que se le indemnizen los daños ocasionados, la Administración no puede exonerarse de la responsabilidad legalmente establecida.

CUARTO.- Tras ello, confeccionados el extracto de secretaría y la copia del expediente, fue éste remitido al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el día 25 de noviembre de 2005.

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.

1) El reclamante acredita la titularidad del vehículo siniestrado (folios 8 y 9), gozando

por tanto de la condición de interesado a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha del accidente (23 de agosto de 2004), ha sido ejercitado dentro del plazo anual (artículo 4.2 RRP).

2) Si bien se ha procurado respetar las previsiones del RD 429/1993, de 29 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (RRP), y se ha conseguido tal objetivo en términos generales, 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.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto en relación con el servicio público viario.

En reiterados Dictámenes viene sosteniendo el Consejo de Estado lo que se sintetiza en el de 8 de febrero de 2001 (expediente 75/2001), que se transcribe a continuación:

“Según la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (artículo 2.3), son autopistas las carreteras que están especialmente proyectadas, construidas y señalizadas para la exclusiva circulación de automóviles y que reúnen las características de no tener acceso las mismas a las propiedades, no cruzar a nivel ninguna otra senda, vía de comunicación o servicio de paso alguno, y, finalmente, constar de distintas calzadas para cada sentido de circulación separadas entre sí, salvo en puntos singulares o con carácter temporal, por una franja de terreno no destinada a la circulación, denominada mediana, o, en casos excepcionales, por otros medios. Sin embargo, el hecho de que esta modalidad viaria se caracterice por no tener acceso a las propiedades colindantes, no implica que se trate de una construcción hermética, cuyas vallas de cerramiento tengan que ser obligatoriamente infranqueables.

Así lo puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen nº 49.159, de 8 de mayo de 1986, en el que manifestó que “el hecho de que se exija la falta de acceso a la Autopista desde las propiedades colindantes no hace responsable a la concesionaria en modo alguno por la existencia de animales en la carretera...”. “La concesionaria se obliga a separar debidamente, e impedir, el acceso normal entre la autopista y las propiedades colindantes, pero no a hacer aquélla hermética. Por tanto, los conductores de vehículos que circulen por autopistas deben hacerlo con la máxima precaución, como siempre obliga a los conductores el Código de la Circulación”.

Por ello, como ha venido manteniendo este Alto Cuerpo Consultivo de forma reiterada (dictámenes nº 1.453/93, de 3 de febrero de 1994; 1.867/94, de 3 de noviembre de 1994; 1.360/95, de 22 de junio de 1995; 1.809/95, de 27 de julio de 1995; 1.869/95, de 5 de octubre de 1995; 2.672/95, de 30 de noviembre de 1995; 2.587/96, de 18 de julio de 1996; 2.907/96, de 19 de septiembre de 1996; 2.846/96, de 17 de octubre de 1996; 1.687/99, de 17 de junio de 1999; 1.710/99, de 17 de junio de 1999; 1.452/99, de 8 de

julio de 1999; entre otros), la presencia incontrolada de animales en autopistas no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viarias, que enerva la relación de causalidad exigible para generar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada. 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 autopistas, habida cuenta que 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.

Por todo cuanto queda razonado, el Consejo de Estado considera que no cabe apreciar en el caso examinado la necesaria vinculación causal entre el evento lesivo invocado por la reclamante y el funcionamiento del servicio público viario...”

El Consejo Jurídico comparte tal criterio, trasladable perfectamente a 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”.

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto y la legislación especial sobre animales silvestres.

El artículo 30.1 de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de normativa reguladora de animales silvestres, caza y pesca fluvial, establece que “serán indemnizables por la Comunidad Autónoma, previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños, los ocasionados por especies cinegéticas de los espacios naturales protegidos, de las reservas de caza y de las áreas de protección de la fauna silvestre, de acuerdo con el régimen establecido en los planes de ordenación o conservación correspondientes”, añadiendo el apartado 6 que las indemnizaciones de daños causados por la fauna silvestre se pagarán en un plazo no superior a tres meses desde la comunicación de los daños.

En consecuencia con las precedentes consideraciones, aunque procede desestimar la presente reclamación, se debe también dar traslado de la misma a la Consejería de Industria y Medio Ambiente, a los efectos de que se instruya el expediente referido por el

mencionado artículo 30.1 de la Ley 7/1995, lo que se debe comunicar al interesado con el fin de que comparezca ante la misma en defensa de sus derechos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede desestimar la presente reclamación, dando traslado de la misma a la Consejería de Industria y Medio Ambiente, a los efectos de que se instruya el expediente del artículo 30.1 de la Ley 7/1995, lo que se debe comunicar al interesado con el fin de que comparezca ante la misma en defensa de sus derechos.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 09/06.- Modificación del contrato administrativo de las obras denominadas “Construcción de Biblioteca Municipal”.

Consultante : Alcalde del Ayuntamiento de San Javier

Fecha: 30/01/06

Extracto de Doctrina

La aportación de la doctrina del Consejo de Estado en este punto es la de advertir que tanto en la noción de “interés público” presente en el citado artículo 101.1 (y en los precedentes artículos 18 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y 149 de su Reglamento de desarrollo), como en el concepto de “necesidades nuevas” a que también se refiere dicho precepto, debe incluirse otro elemento de necesaria valoración, también dimanante del hecho contractual, como es la exigencia de no defraudar la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación de los contratos administrativos mediante la modificación contractual; y ello no sólo en beneficio de los particulares interesados en la contratación pública, sino también, e incluso de modo preferente, de la propia Administración, en cuanto la lícita competencia entre empresas puede beneficiar el interés público, tanto desde una perspectiva general (confianza en el actuar objetivo de la Administración), como en el caso concreto de que se trate.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 11 de diciembre de 1998, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento

de San Javier dictó acuerdo de adjudicación definitiva del contrato de ejecución de las obras de la Biblioteca Municipal, en los siguientes términos:

“Primero.- Declarar de urgencia el asunto, a los efectos establecidos en el artículo 82 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales a fin de comenzar las obras en el más breve plazo de tiempo.

Segundo.- Declarar válido el acto de licitación.

Tercero.- Adjudicar el contrato de obras denominadas “Biblioteca Pública Municipal” a la mercantil U. S.A. en la cantidad de 115.954.000 pesetas (IVA incluido).

Cuarto.- Devolver las garantías provisionales a todos los licitadores excepto al adjudicatario, que deberá ser requerido para la constitución de la garantía definitiva dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación.

Quinto.- Facultar al Sr. Alcalde-Presidente en la amplitud precisa, para la firma del oportuno contrato administrativo.

Sexto.- Que el presente acuerdo se notifique a los licitadores, y se comuniqué al Negociado de Contratación y a la Intervención Municipal a sus efectos correspondientes”.

SEGUNDO.- El 13 de enero de 1999 se formalizó el correspondiente contrato, del que se destacan sus Cláusulas Tercera a Sexta, del siguiente tenor:

“Tercera. Las obras deberán ser entregadas dentro del plazo de dieciocho meses siguientes a la formalización del contrato y realización del replanteo. El incumplimiento de tal plazo será sancionado a tenor de lo establecido en el artículo 96 de la LCAP.

Cuarta. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la obra antedicha y de este contrato, la empresa adjudicataria, deja afecta, en concepto de fianza, la cantidad de 4.732.800 pesetas.

Quinta. Se fija en un año, a contar de la recepción positiva, el plazo de garantía de las obras objeto de este contrato.

Sexta. Dada la duración del contrato no es aplicable al mismo la revisión de precios, conforme al artículo 104 de la LCAP”.

TERCERO.- El 15 de noviembre de 1999 se levanta acta favorable de comprobación del replanteo de las obras.

CUARTO.- El 16 de febrero de 2005, el Arquitecto Municipal formula un escrito de solicitud de modificación del contrato, indicando a tal efecto lo siguiente:

“Que a requerimiento del equipo de gobierno del Ayuntamiento de San Javier, debido a la aparición de necesidades calificadas como nuevas:

-La creación de una mediateca en el (sic) que se pueda facilitar el acceso a los vecinos a las nuevas tecnologías, como puede ser la herramienta de internet.

-La realización de un centro municipal de información, comunicación e investigación, para ampliar la oferta socio-cultural.

Esta búsqueda de nuevos usos para el edificio, implica la modificación de la estructura de hormigón del edificio para ampliar la segunda planta del edificio, un

refuerzo en la cimentación del mismo, una redistribución de las dependencias con mayor número de salas para los distintos usos que se pretenden y la realización de dos salas de instalaciones en los casetones de las cubiertas.

Existen, por lo tanto, razones de interés público que justifican la modificación del contrato de obras referenciado. Por lo expuesto se solicita autorización para proceder a la modificación del proyecto de obras, modificación que se considera urgente por estar paralizadas las obras durante mucho tiempo y estando enclavada la biblioteca municipal en unas instalaciones provisionales de reducido espacio.

Dicha modificación se realizaría sobre las partidas y capítulos de obras que se consideran nuevas e imprevistas respecto al proyecto original y a los precios de mercado aplicándoles la baja ofertada por el adjudicatario”.

QUINTO.- A propuesta del Alcalde, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 16 de febrero de 2005, previa declaración de su urgencia “*por el gran interés que para el municipio supone el reinicio de las obras, que se encuentran paralizadas largo tiempo*”, dictó Acuerdo del siguiente tenor:

“Primero.- Autorizar a D. M. B. G., director facultativo de las obras denominadas “Construcción de Biblioteca Municipal”, para iniciar expediente para la modificación del proyecto de dichas obras, con la finalidad de, si procede, acordar la modificación del contrato de las mismas adjudicado a la mercantil U., S. A..

Segundo.- Notifíquese el presente acuerdo al director facultativo de la obra y a la mercantil adjudicataria, a los efectos procedentes”.

SEXTO.- A propuesta del Alcalde, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 2 de marzo de 2005, previa declaración de su urgencia por las mismas razones antes expresadas, aprobó el proyecto modificado de las obras de referencia, por un importe total de 1.507.175’05 euros, lo que suponía un incremento de 810.277’47 euros en el precio de las obras sin aplicar el porcentaje de baja ofrecido por el adjudicatario del proyecto original (1’99 %); aplicando éste, es decir, en la hipótesis de que la ejecución del proyecto modificado se adjudicase a aquél (que ya había hecho constar su conformidad al mismo al pie de los documentos del proyecto, fechados el 25 de febrero de 2005), el incremento adicional líquido del contrato sería de 780.139’10 euros, es decir, de un 111’94 % sobre el precio del contrato originario. Notificado dicho Acuerdo al contratista el 25 de marzo de 2005, el 25 de abril siguiente presentó escrito manifestando su conformidad con el referido proyecto modificado.

SÉPTIMO.- Mediante escrito registrado el 28 de junio de 2005, el Alcalde del Ayuntamiento de San Javier solicitó de este Consejo Jurídico la emisión de Dictamen con carácter preceptivo, acompañando diversa documentación. Mediante Acuerdo de 29 de junio siguiente, el Consejo Jurídico requirió al consultante la subsanación de determinadas deficiencias; en síntesis, la necesidad de remitir el expediente foliado, con su extracto e índice reglamentarios, el proyecto modificado de las obras de que se trata, los preceptivos informes de Secretaría e Intervención y la formal propuesta de modificación del contrato, a formular por el órgano municipal competente.

OCTAVO.- Mediante escrito registrado el 27 de diciembre de 2005, el Alcalde Accidental del Ayuntamiento de San Javier solicita nuevamente el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente, foliado y con el extracto e índice requeridos, añadiendo a la documentación inicialmente presentada la siguiente: a) el

proyecto modificado de obras; b) informe nº 181/05, de 15 de diciembre, de la Interventora municipal, en el que, junto a consideraciones de índole estrictamente presupuestaria, señala que *“las modificaciones en los contratos sólo deben obedecer a razones de interés público, y a necesidades nuevas e imprevistas, lo que debe quedar acreditado en el expediente. En el presente supuesto, y dada la importante repercusión económica que tiene la modificación del contrato al suponer un elevado incremento del precio del mismo, dado también el tiempo transcurrido desde la adjudicación del contrato, deberían de acreditarse especialmente las razones de interés público, así como las necesidades nuevas e imprevistas que justifican la modificación del contrato”*; c) informe del Secretario Municipal, de 19 de diciembre de 2005, en el que señala que, aprobado el proyecto modificado, otorgado trámite de audiencia al contratista, que manifiesta su conformidad al mismo, procede requerir preceptivamente Dictamen al Consejo Jurídico, al implicar la eventual modificación del contrato un incremento superior al 20 % de su precio original y ser éste superior a 100 millones de pesetas (601.012'10 euros); d) propuesta del Alcalde Accidental del Ayuntamiento de San Javier, a elevar a la Junta de Gobierno Local como órgano de contratación, de fecha 19 de diciembre de 2005, en los siguientes términos:

“Primero.- Modificar el contrato de las obras correspondientes al proyecto denominado “Construcción de Biblioteca Municipal”, adjudicándolas a la mercantil U., S. A., adjudicataria de la obra principal.

Segundo.- Autorizar un gasto, por importe de 780.139,10 euros, para hacer frente a las obligaciones económicas derivadas de la modificación del contrato.

Tercero.- Aprobar el nuevo programa de trabajo de las obras contratadas, así como las anualidades que se deducen de aquél, siendo las siguientes: 1.197.943,57 euros, con cargo al ejercicio de 2006 y 165.556,00 euros con cargo al ejercicio de 2007.

Cuarto.- Condicionar la ejecución de los gastos correspondientes al ejercicio de 2007 a la existencia de crédito adecuado y suficiente en dicho presupuesto.

Quinto.- Requerir a la adjudicataria la constitución de la garantía complementaria, por importe de 31.205,56 euros, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación”.

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 20 % de su precio inicial, siendo éste superior a 601.012'10 (cien millones de pesetas); en concreto, y según se dijo en el Antecedente Sexto, se trata de una propuesta de modificación contractual que supone un incremento de 111'94 % sobre el precio de la adjudicación inicial. Concorre así el supuesto previsto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Ello ha de entenderse, además, sin perjuicio de lo que en las siguientes Consideraciones se dirá sobre la alteración sustancial del proyecto.

SEGUNDA.- Cuestiones formales.

El procedimiento tramitado para la modificación contractual que se pretende aprobar ha seguido formalmente los trámites establecidos en el artículo 146 y concordantes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (en adelante, TRLCAP) y antes en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, aplicable al contrato que nos ocupa.

TERCERA.- Límites materiales y formales a la potestad de modificación de los contratos administrativos. Distinción entre modificación del proyecto de las obras y modificación del contrato de obras originario.

Conforme con la más autorizada doctrina científica sobre el particular, y con la que se desprende de numerosos Dictámenes del Consejo de Estado emitidos en su función consultiva de carácter preceptivo sobre propuestas de modificación contractual análogas a la que nos ocupa, en estos supuestos es necesario distinguir y analizar separadamente dos clases de potestades administrativas que se ven implicadas y, a veces, confundidas:

A) De un lado, la potestad de la Administración contratante de una obra pública (a ejecutar o en ejecución) para modificar las características de la misma. Esta potestad, que se instrumenta mediante la modificación del proyecto de obras que en su día sirvió de base a la adjudicación del correspondiente contrato, no tiene más límites materiales que la de tener que estar fundada en acreditadas razones de interés público, lo que incluye sin duda un eventual cambio en la voluntad de la Administración sobre la oportunidad o los fines de la infraestructura de que se trate. En estos supuestos, obedeciendo la modificación de la obra a un cambio de criterio en el enfoque y fines de la misma, la discrecionalidad de la Administración es muy amplia, en tanto se trata de una opción propia de las facultades de dirección y administración de los asuntos públicos de su competencia. Desde una perspectiva formal, tal potestad no tiene más límites que el de tener que motivar adecuadamente las razones de interés público que justifican el indicado cambio de criterio, y seguir los trámites establecidos al efecto, es decir, el procedimiento para la modificación del proyecto de las obras de que se trate.

B) Distinta de la anterior es la potestad de la Administración de modificar un contrato cuya ejecución (su objeto) ha devenido inadecuada por la precedente circunstancia. Esta específica cuestión, la modificación del contrato, es lo único a que, en rigor, se refiere el artículo 101 TRLCAP, al establecer en su número 1 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 debidos a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*. Es decir, se refiere a la potestad de modificar el vínculo obligacional con el contratista, y aunque tiene como lógico presupuesto el ejercicio de la potestad de modificación de la obra, está sujeta a unos límites jurídicos distintos y más rigurosos, pues el interés público a que se refiere el citado precepto consiste en que, con la modificación contractual, la obra modificada deba ser ejecutada también por el mismo contratista. La existencia de un contrato ya adjudicado es lo que provoca que, a los específicos efectos de este artículo, el significado o alcance del concepto de *“interés público”* aquí empleado sea distinto al que debe valorarse en el plano o momento previo de decisión administrativa a que antes nos hemos referido. Que ello es así lo demuestra el hecho de que mientras la Administración puede modificar la obra (el proyecto) sin más límites

que el de motivar las razones de interés público que sustentan tal variación, no puede modificar el contrato (y por tanto, obligar al contratista a ejecutarlo en los términos de la obra modificada) si, implicando las modificaciones en la obra una alteración de cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, el contratista se opone a ello y ejercita su derecho a resolver el contrato originario. Es decir, aparece aquí un condicionante que tiene su origen en el contrato celebrado, y que alcanza sólo al *ius variandi* contractual.

La aportación de la doctrina del Consejo de Estado en este punto es la de advertir que tanto en la noción de “*interés público*” presente en el citado artículo 101.1 (y en los precedentes artículos 18 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y 149 de su Reglamento de desarrollo), como en el concepto de “*necesidades nuevas*” a que también se refiere dicho precepto, debe incluirse otro elemento de necesaria valoración, también dimanante del hecho contractual, como es la exigencia de no defraudar la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación de los contratos administrativos mediante la modificación contractual; y ello no sólo en beneficio de los particulares interesados en la contratación pública, sino también, e incluso de modo preferente, de la propia Administración, en cuanto la lícita competencia entre empresas puede beneficiar el interés público, tanto desde una perspectiva general (confianza en el actuar objetivo de la Administración), como en el caso concreto de que se trate. Así, en su Dictamen 79/1993, de 1 de abril, el Consejo de Estado señala que la previsión normativa de que las modificaciones contractuales deban ser consecuencia de necesidades nuevas “*no permite ser concebida de una manera tan amplia que permita cualquier variación, incluso cuando entrañe una alteración sustancial del objeto del contrato*”, añadiendo el Dictamen 3357/2003, de 20 de noviembre, que “*cuando la modificación es sustancial, el ius variandi ha de interpretarse como una excepción al principio de libre concurrencia en la licitación, y como tal debe ser entendida de modo restrictivo, interpretándose la Ley en la forma y sentido más rigurosos*” (dictamen del Consejo de Estado número 3.062/98, de 10 de septiembre de 1998). *Un uso indiscriminado de dicha potestad de modificación de los contratos, concluía el Consejo de Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas*”.

En esta línea, en el Dictamen 4350/1997, de 6 de noviembre, el Alto Órgano Consultivo estatal afirmaba: “*por lo que se refiere a los perjuicios y efectos contraproducentes que al interés público pudiese haber ocasionado el hecho de ser necesaria la adjudicación de un nuevo contrato, previa resolución del anterior, debe señalarse que tales perjuicios o efectos contraproducentes son connaturales a la propia Ley de Contratos del Estado y justifican un beneficio especial que la Ley trata de tutelar, como es el de la libre y pública licitación en los contratos administrativos*”. Asimismo, de su doctrina se desprende que estos beneficios sólo han de ceder excepcionalmente (y, en consecuencia, que deba continuar las obras el contratista originario) cuando se acredite cumplidamente que, aun tratándose de alteraciones sustanciales en la obra, dicha continuidad en su ejecución es necesaria o muy conveniente por razones de interés general de mayor rango, normalmente cifrados en las siguientes circunstancias: a) por el carácter esencial del servicio público a que la obra está destinada y la urgencia de su prestación (señaladamente, carreteras, abastecimiento de agua, seguridad pública), o b) por razones técnicas y, en señalados casos, económicas, que justifiquen la especial conveniencia de que el citado contratista realice la totalidad de las obras de que se trate.

De esta manera se concilia la posibilidad legal de que las alteraciones sustanciales en el proyecto de obras (y, por ende, del contrato) no impongan siempre y en todo caso la resolución contractual (así se desprende de la ausencia de mención a las alteraciones sustanciales del proyecto en el primer párrafo del artículo 112.2 TRLCAP, dedicado a tasar las causas de preceptiva resolución contractual, y así lo ha admitido el Consejo de Estado en Dictámenes como el 4350/97 citado, o el 1820/00, de 15 de junio), con el carácter marcadamente excepcional de los supuestos en que, produciéndose esta clase de alteraciones, es posible acordar la modificación del contrato vigente. Tal conclusión se ratifica al advertir que en el segundo párrafo “*in fine*” de este artículo se hace referencia a la “*posibilidad*” de la Administración de resolver el contrato si introduce en el proyecto un aumento o reducción de obras por importe superior al 20 % del precio originario, pero no contempla expresamente tal posibilidad si aprueba una “*alteración sustancial del proyecto*” (que en los artículos 149, e) y 150.1 TRLCAP se configura como un supuesto de resolución distinto del anterior, en cuanto se define como la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial o la sustitución de unidades de obra que afecten, al menos, al 30 % del precio primitivo del contrato, IVA excluido). Si la omisión del supuesto de “*alteración sustancial*” en el párrafo dedicado a la resolución contractual obligatoria permite aceptar que no se trata de una causa de necesaria resolución, su omisión en el siguiente párrafo lleva a considerar que su carácter facultativo es, al menos para la Administración pública, marcadamente excepcional, y requiere, por tanto, de muy sólidas y acreditadas razones de interés público que sean prevalentes sobre la regla general de resolver el contrato vigente y proceder a una nueva y pública licitación.

Por último, debe advertirse que las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas por el hecho de que, en la práctica, la decisión administrativa de variar los fines y, sobre todo, las características de una obra pública, tenga muy en cuenta la posición del contratista de la obra originaria, señaladamente en lo que atañe a las calidades y precios de las nuevas unidades de obra en que deba plasmarse la modificación del proyecto, recabando su conformidad en la fase de elaboración del proyecto modificado (que se suele plasmar al pie de los documentos de éste, y no como las alegaciones u “*observaciones*” a las que se refiere el artículo 146.2 TRLCAP). Ello es explicable en tanto la experiencia demuestra que las modificaciones no sustanciales en el proyecto de una obra pública ya contratada suelen concluir normalmente en la modificación del contrato vigente (e incluso también en los supuestos de modificaciones sustanciales, pues así lo pretende usualmente -pero no siempre con corrección jurídica, según el Consejo de Estado- la Administración). Pero se insiste en que ello no sólo no es obligado, sino que en ocasiones no procede tal modificación contractual.

CUARTA.- Las modificaciones del proyecto de la obra y del contrato objeto de Dictamen.

La aplicación de las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa arroja las siguientes conclusiones:

I. Sobre la modificación del proyecto de las obras.

Por lo que se refiere a la decisión municipal de variar parcialmente los fines de la obra (de simple Biblioteca pasa a ser Biblioteca, Mediateca y Centro de Información, Comunicación e Investigación), nada puede objetarse al respecto más allá de la escasa motivación aducida (“*facilitar el acceso a los vecinos a las nuevas tecnologías, como*

puede ser la herramienta de Internet” y “ampliar la oferta socio-cultural”), expresada en la solicitud de autorización para la iniciación de la modificación del proyecto, presentada en su día por el Arquitecto municipal (Antecedente Cuarto).

No obstante lo anterior, resulta claro que el Ayuntamiento tiene competencia para acordar lícitamente el cambio de las características y fines de la obra inicialmente contratada, lo que no prejuzga lo que proceda acordar en lo tocante a la ejecución de la obra tal y como aparece definida en el proyecto de modificación aprobado.

II. Sobre la modificación del contrato adjudicado a U..

Como se indicó en la Consideración anterior, los presupuestos legales de la modificación de un contrato administrativo son distintos y más rigurosos que los que rigen la decisión de modificar las características y fines de la obra contratada. Cuando se trata de modificar un contrato regulado por el TRLCAP (antes, LCAP), ha de estarse a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo.

Si se parte del ya citado artículo 101 de dicho cuerpo legal como norma básica al efecto, hemos de indicar que, para valorar si concurre un verdadero motivo de *“interés público”* para modificar el contrato en cuestión, es necesario examinar una serie de circunstancias, referidas tanto a la obra modificada como a la obra originaria ya ejecutada; su análisis permitirá luego concluir si, conforme se indicó en la precedente Consideración, existen acreditadas razones de interés público para que la obra siga ejecutándose por el mismo contratista o, por el contrario, deba resolverse el contrato que se tiene suscrito con éste, proceder a la liquidación de lo ejecutado y a una nueva licitación de lo que reste por construir. La primera de las soluciones, de proceder, habría de considerarse excepcional en el supuesto que nos ocupa, en tanto no cabe duda de que nos encontramos ante una alteración sustancial de la obra contratada, en los términos del citado artículo 150.1 TRLCAP; y ello, ya por implicar una modificación de los fines básicos de la obra inicial (se amplían notablemente, al pasar de simple biblioteca pública a biblioteca, mediateca, centro de información, comunicación e investigación), ya por sustituirse unidades de obra que afectan a más del 30 % del precio primitivo del contrato, con exclusión del IVA. Aun cuando este último dato no se expresa en el proyecto remitido, se deduce inequívocamente de las magnitudes de la modificación, según cabe inferir de sus características, según más adelante se detallará. Estas circunstancias o elementos de necesaria valoración se analizarán separadamente.

A) Sobre las *“necesidades nuevas”* como circunstancia justificativa de la modificación contractual.

En primer lugar, cabe indicar que la ampliación de los fines y funciones o servicios públicos a que debe servir la obra modificada no puede considerarse como una *“necesidad”* nueva a las que se refiere el citado artículo 101 TRLCAP, es decir, a los concretos y específicos efectos de habilitar una modificación contractual. En línea con lo dicho en la Consideración precedente, si desde la perspectiva de la potestad municipal para variar el criterio inicial sobre el destino público de una obra en construcción puede hablarse de que la Corporación ha considerado *“necesaria”* la ampliación de los fines a que tal infraestructura debe servir (aun cuando más propiamente habría que hablar ya en este plano de que tal ampliación la ha considerado *“conveniente”* u *“oportuna”* para el mejor disfrute de los vecinos), desde la perspectiva que ahora se analiza (artículo 101.1 TRLCAP) no puede haber duda de que el contrato inicial no ha de modificarse por necesidad. Ciertamente, la

praxis administrativa demuestra la existencia de un cierto margen de apreciación en este punto, con una interpretación a veces laxa de este requisito, pero se trata, en la mayoría de los casos, de supuestos en los que se considera razonable y proporcionado subsumir en este concepto una serie de modificaciones que tienen como finalidad perfeccionar la obra, aun cuando, en rigor, estas alteraciones no sean técnicas o funcionalmente necesarias, pero sirven para que la obra preste su finalidad básica (que no se altera) de la mejor manera posible. (Así, por ejemplo, cuando se introducen modificaciones que permiten una mayor seguridad o rendimiento de la obra, aun cuando estas modificaciones no vengan impuestas de modo obligatorio por normativa técnica o jurídica de obligado cumplimiento). Este no es el caso de las modificaciones que nos ocupan, que van mucho más allá de perfeccionar la obra, pues son el sustrato físico para posibilitar nuevos fines y utilidades no contemplados en la licitación de la obra contratada. Conforme con lo anterior, procedería afirmar ya, sin más, la improcedencia de modificar el contrato, al tratarse de alteraciones sustanciales en la obra contratada que no responden a necesidades nuevas que obliguen a encomendar su ejecución al contratista de la obra originaria.

Sin perjuicio de lo anterior, una valoración de todas las circunstancias concurrentes permite reforzar la conclusión de que, en el caso que nos ocupa, no existen justificadas razones de interés público en que la obra modificada deba ser ejecutada por dicho contratista.

B) Sobre la ejecución del contrato vigente.

En lo que se refiere estrictamente a las vicisitudes de la ejecución del contrato vigente, cabe señalar que ni en el expediente remitido a este Consejo ni en el proyecto de modificación de la obra se hace más referencia que la de que las obras están paralizadas, sin indicar si la causa de ello es una orden administrativa de suspensión de la ejecución o un incumplimiento del contratista del plazo establecido en el contrato (18 meses a contar desde la comprobación del replanteo, efectuado de conformidad el 15 de noviembre de 1999, según acta incluida en el epígrafe 1.2.1. - "*documentos administrativos*" - del proyecto de modificación). Este dato es necesario para valorar el alcance de una eventual resolución del contrato, dados los diferentes efectos que tiene una u otra causa de resolución (incremento superior al 20 % del precio primitivo y alteración sustancial del objeto por parte de la Administración o incumplimiento del contratista). En principio, cabría estimar que, de no acreditarse la existencia de una orden de suspensión de la ejecución de las obras, se estaría en presencia de un incumplimiento del plazo por parte del contratista, de la suficiente entidad como para fundar la resolución contractual por causa imputable a éste, pues la solicitud del Arquitecto municipal para redactar un proyecto de modificación es de febrero de 2005, y las obras debían concluir en mayo de 2001.

C) Sobre la urgencia de las obras.

Por lo que se refiere a la urgencia en la ejecución de las obras como causa justificativa de la adjudicación del proyecto modificado al contratista originario, y a la vista de lo expresado sobre este aspecto en la Consideración precedente, resulta claro que no estamos en presencia de un servicio público esencial cuya puesta en funcionamiento no pueda demorarse el tiempo necesario para proceder a una nueva licitación (incluso por la vía de urgencia prevista en el TRLCAP).

A los efectos que aquí interesan, debe distinguirse claramente entre razones objetivas

de urgencia, que se refieren a las características del servicio público a que la obra se ha de destinar, de razones que entran más propiamente en el ámbito de lo subjetivo, como pueden ser las referentes a la “necesidad” (mejor en este caso, la conveniencia) de que la obra se ponga al servicio de los vecinos lo más pronto posible. Estas razones, unidas al hecho de haberse resuelto previamente el contrato sobre las obras originarias, sí justifican que se trate de un nuevo contrato “*cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público*”, a los específicos efectos de utilizar el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 71.1 TRLCAP.

D) Por lo que se refiere a la ejecución del contrato vigente y su relación o conexión con las características de la modificación de las obras que se desprende del proyecto remitido, cabe indicar que no se advierten circunstancias que hagan especialmente difícil o inconveniente la liquidación de lo realizado y la continuación de las obras por otro eventual contratista. Ya se ha indicado que consta ejecutada la estructura del edificio, lo que permitiría una fácil valoración de lo realizado que sea de recibo y la prosecución en su día de las nuevas obras. En estos supuestos, el Consejo de Estado viene reiterando que una vez recibidas las obras de conformidad, procede liquidarlas, con renuncia por parte de la Administración a su plazo de garantía (sin perjuicio, eso sí, de lo establecido en el artículo 148 TRLCAP sobre responsabilidad por vicios ocultos), y proceder a nueva licitación por la vía de urgencia, en los términos indicados con anterioridad.

E) Por lo que se refiere al coste de las nuevas obras como factor de valoración concurrente a la hora de justificar una modificación contractual frente a una nueva licitación, debe recordarse, de principio, que no es un factor que por sí solo pueda determinar la actuación de la Administración.

No obstante se ha de analizar esta cuestión, debiendo comenzar por poner de manifiesto la discordancia existente sobre el alcance de las modificaciones entre lo que se expresa en el apartado 3 del epígrafe 1.1. del proyecto remitido y en la solicitud de modificación del proyecto originario anteriormente mencionada. En el primero se indica que cambian la distribución y el contenido interior del edificio; en la segunda se añade, además, que se modifica la estructura de hormigón para ampliar la segunda planta, se refuerza la cimentación y se proyecta la realización de dos salas de instalaciones en los casetones de las cubiertas. Estas salas se advierten efectivamente en los planos incluidos en el proyecto remitido; sin embargo, en lo que se refiere a trabajos en estructura y cimentación del edificio, no se contempla obra nueva alguna en el programa de trabajos obrante en el epígrafe 1.2.4. del proyecto.

Asimismo, en el epígrafe 4.5 (“*Adicional líquido de proyecto modificado*”) se consigna como “*valoración líquida de las obras ejecutadas*” la cantidad de 1.477.036’65 euros, cuando lo cierto es que no corresponde a lo ejecutado (la estructura), sino que es el precio total líquido del contrato si se aprobase su modificación, según se indica en el párrafo segundo de los antecedentes de la propuesta objeto de Dictamen. No consta realmente una valoración de lo ejecutado hasta la iniciación de la redacción del proyecto modificado.

Por otra parte, no se comprende cómo en el epígrafe 3 (“*Pliego de Condiciones Técnicas Particulares*”) del proyecto remitido se indica que “*todas y cada una de las unidades contempladas en la presente Modificación de Obras N° 1 (...) están previstas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del Proyecto Vigente, por lo cual no*

se hace preciso su desarrollo en este documento”, y, sin embargo, se incluya también un acta (epígrafe 1.2.3.) y un cuadro (epígrafe 4.2.2.) de precios contradictorios, documentos que, por imperativo legal (artículo 146.2 TRLCAP), sólo pueden corresponder a unidades de obra no comprendidas en el proyecto, es decir, de características distintas a las que fueron objeto de la adjudicación. Asimismo, y a pesar de que en la citada acta se indica que los precios de estas unidades de obra se han calculado conforme a lo establecido en la Cláusula nº 80 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado aprobado por Decreto 3854/70, de 31 de diciembre (en realidad se trata de la nº 60, pues no hay Cláusula nº 80), lo cierto es que ello no pasa de ser una mera manifestación, pues no se incluye el oportuno desglose de conceptos y referencias que han de motivar el cálculo de dichos precios, cuya exigencia viene refrendada, y elevada de rango normativo, en el artículo 158.1 del Reglamento de desarrollo de la LCAP, antes citado: *“Cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el proyecto, la propuesta del director de la obra sobre los nuevos precios a fijar se basará, en cuanto resulte de aplicación, en los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación”*. A nadie puede escapar que la finalidad del último inciso de este precepto es evitar que con las nuevas unidades de obra se produzcan incrementos inmoderados en el precio de las modificaciones de estos contratos. Y es de advertir que esta exigencia normativa se contrapone con lo manifestado por el director de la obra en su escrito de solicitud de redacción del proyecto de modificación, en el que indicó que la modificación se realizaría *“a los precios de mercado aplicándoles la baja ofertada por el adjudicatario”*.

Además de lo anterior, si consideramos que los precios que rigieron al contrato vigente fueron calculados en 1998 (en el PCAP obrante en el epígrafe 1.2.1 del proyecto remitido se expresa que el proyecto adjudicado fue aprobado por el Ayuntamiento el 23 de julio de ese año) y que en el mismo no cabe revisión de precios (Cláusula XVIII de dicho Pliego), resulta difícil que el contratista hubiera podido aceptar para las nuevas unidades de obra unos precios que tuvieran como base unos costes correspondientes a 7 años antes (incluso se hace difícil aceptar que le fuera económicamente viable en estos momentos la ejecución de la obra tal y como fue adjudicada, al no contemplarse la indicada revisión de precios para las unidades de obra originarias). Lo anterior se confirma a la vista de las magnitudes de la modificación: si se considera que se ha ejecutado ya la estructura (a precios de 1998) y que el incremento en el precio del contrato, de aprobarse la modificación, sería del 111'94 % sobre el precio de adjudicación (más del doble de éste, a pesar incluso de la minoración que a tal efecto pudiera producir la supresión de unidades de obra originarias), parece lógico deducir que el precio de las nuevas unidades de obra se corresponde íntegramente con costes de 2005. La imposibilidad de aplicar revisión de precios a las unidades de obra originarias permite deducir, pues, que el extraordinario incremento del precio que se propone corresponde, si no en su integridad, sí en una parte muy sustancial a las nuevas unidades de obra, calculadas a precios de mercado de 2005, razón por la que el contratista presta su conformidad.

Como se dijo en la Consideración precedente, el ahorro económico para la Administración como motivo de interés público prevalente sobre el de garantizar la concurrencia pública en la adjudicación de obras afectadas por alteraciones sustanciales, además de tener que acompañarse de objetivas razones de urgencia en la ejecución de la obra pública que aquí no concurren, requiere de una cumplida justificación sobre

la existencia de tales economías y de su estimada magnitud. En el presente caso, no se ha aducido justificación alguna en este sentido, e incluso pudiera sostenerse que la competencia entre empresas a la hora de presentar ofertas en una nueva licitación minoraría notablemente el precio de adjudicación respecto del que se contiene en la propuesta objeto de Dictamen en lo que atañe a las nuevas unidades de obra, que constituyen, dada la alteración del proyecto, una parte importante de lo que resta por ejecutar, y de las que cabe deducir que son responsables en buena medida del elevado incremento del precio sobre el de adjudicación. En este sentido, cabe advertir también que el porcentaje de baja sobre el precio de licitación ofrecido en su día por el adjudicatario (el 1'99 %), porcentaje que de aprobarse la modificación habría de ser aplicado también a los precios de las nuevas unidades de obra, es tan reducido que no puede considerarse un factor especialmente relevante en términos de ahorro económico para la Administración.

Quiere decirse con ello que no se advierten razones económicas de la magnitud exigida por la doctrina del Consejo de Estado para que la Administración pueda utilizar esta circunstancia para apartarse de la regla general de proceder a una nueva licitación, cuando se trata de ejecutar una obra que ha sufrido alteraciones sustanciales en sus fines básicos y que se traduce, además, en una incorporación de nuevas unidades de obra que superan con mucho el 30 % del precio primitivo del contrato, IVA excluido (art. 150.1 TRLCAP, ya citado).

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo anterior, conviene concluir este punto refiriéndonos a una eventual hipótesis de cálculo que estimase los perjuicios económicos que causaría al Ayuntamiento una posible indemnización al contratista por el 6 % del valor de las obras dejadas de ejecutar del proyecto original -cantidad que no sería excesiva si se considera que ya se ha ejecutado la estructura- y que sólo procedería reconocer si no existiera otra causa de resolución del contrato que hubiera que aplicar preferentemente y que no conllevara tales consecuencias indemnizatorias. Si tales perjuicios económicos no hubieran de ser compensados por las posibles bajas ofrecidas en la nueva licitación, ello sería una consecuencia "*connatural*" (como dice el Consejo de Estado) o inherente al obligado respeto a los principios de publicidad y concurrencia que presiden los ordenamientos jurídicos comunitario y español de la contratación pública.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A la vista de la documentación remitida, valorados los presupuestos y requisitos legales que permiten excepcionalmente la modificación de los contratos administrativos de obras cuando se pretende variar sustancialmente los fines y/o características de la obra adjudicada, este Consejo Jurídico considera que no concurren motivos de interés público ni necesidades nuevas que justifiquen la modificación del contrato que es objeto de la propuesta sometida a Dictamen. En consecuencia, procede resolver el contrato vigente, practicar la liquidación de las obras ejecutadas que sean de recibo, con renuncia al plazo de garantía de las mismas sin perjuicio de la responsabilidad del contratista por vicios ocultos, y proceder, por el trámite de urgencia, a una nueva licitación del proyecto modificado de las obras de referencia, que deberá ser adaptado para recoger lo ya ejecutado y diferenciarlo de las obras nuevas a contratar; todo ello por

las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia con lo anterior, la propuesta objeto del presente Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 10/06.- Proyecto de Decreto por el que se establece la estructura orgánica del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA).

Consultante : Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 30/01/06

Extracto de Doctrina

El contenido del Proyecto sometido a consulta es el fruto de la potestad de autoorganización que corresponde a toda Administración pública para diseñar las estructuras organizativas que den soporte a sus actividades y que, en lo que afecta a la Administración regional, viene consagrada en el artículo 51 del Estatuto de Autonomía, atribuyendo a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de su propia Administración pública, dentro de los principios y normas básicas del Estado, fijando en su apartado 2 los principios a que deberá ajustarse esa organización.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada el Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA), Organismo Autónomo adscrito a la Consejería de Agricultura y Agua, elabora un primer borrador de Proyecto de Decreto por el que se establece su estructura orgánica.

El Proyecto consta en el expediente acompañado de la siguiente documentación:

- Memoria justificativa de su oportunidad, elaborada por el Gerente del Organismo, que cita como ideas inspiradoras la especificidad de la actividad investigadora y el impulso de la investigación y el desarrollo tecnológico.

- Memoria de repercusiones presupuestarias del Proyecto, según la cual éste no comporta variación alguna en los gastos de personal, corrientes y de capital.

- Informe sobre ausencia de impacto por razón de género.

- Certificación expedida por la Secretaria del Consejo del IMIDA, donde consta que

el referido órgano aprobó el borrador del Proyecto sometido a consulta.

- Manifestación de conformidad de los componentes de la Junta Asesora del IMIDA respecto a un “borrador de Reglamento del IMIDA”.

- Propuesta del Director del IMIDA al Consejero de Agricultura y Agua para la tramitación del borrador como Proyecto de Decreto de estructura del Organismo.

- Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de adscripción del Instituto, cuyas observaciones serán asumidas e incorporadas, en su mayor parte, al Proyecto, lo que debió de conllevar la elaboración de un segundo borrador que, sin embargo, no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

SEGUNDO.- Remitido lo actuado a la Consejería de Economía y Hacienda, en el seno de dicho Departamento se llevan a efecto las siguientes actuaciones:

- Informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas que, con base en la memoria justificativa de las repercusiones presupuestarias de la aprobación de la nueva estructura (que no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico), que prevé la supresión del puesto de Director del CIDA (Centro de Investigación y Desarrollo Agrario) y de una sección, creando un servicio y tres secciones, cifra el coste de la modificación organizativa en 84.313 euros, existiendo crédito suficiente para acometerla.

- Informe favorable del Consejo Regional de la Función Pública.

- Informe del Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Función Pública, que se limita a efectuar un análisis de corte competencial y procesal.

- Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda, igualmente limitado a aspectos competenciales y procedimentales.

- Informe de la Vicesecretaría de la referida Consejería que concluye manifestando la procedencia de remitir el expediente a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a este Consejo Jurídico, con carácter previo a su elevación a Consejo de Gobierno.

TERCERO.- Por la Dirección de los Servicios Jurídicos se emite informe favorable al Proyecto, aunque se advierte de la incorrecta realización del preceptivo trámite de informe de la Junta Asesora del Instituto, defecto que será subsanado mediante la incorporación al expediente de una certificación de la Secretaria del referido órgano colegiado, en la que se hace constar su parecer favorable al Proyecto.

CUARTO.- El texto definitivo del Proyecto consta de una parte expositiva innominada, cinco artículos divididos en dos Capítulos (Disposiciones Generales, y Del Gerente del Instituto), una Disposición adicional, una transitoria y dos finales.

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 30 de noviembre de 2005.

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. El Proyecto sometido a consulta, en tanto que desarrolla la estructura orgánica del organismo autónomo creado por Ley 8/2002, de 30 de octubre, de creación del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (en adelante Ley 8/2002), requiere nuestro Dictamen preceptivo.

SEGUNDA.- Habilitación legal y procedimiento.

La Disposición Final primera de la Ley 8/2002 autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias en desarrollo y aplicación de dicha Ley.

Por su parte, el artículo 14.2 de la Ley 7/2004, atribuye al Consejo de Gobierno, a iniciativa de los Consejeros afectados, previo informe de la Consejería de Hacienda, y a propuesta del Consejero competente en materia de organización administrativa, el establecimiento o modificación, por Decreto, de la estructura orgánica de cada Consejería y sus organismos públicos, de acuerdo con lo que disponga su Ley de creación.

El procedimiento general establecido por el precepto legal, ha de ser complementado con las normas específicas que, en materia de procedimiento de elaboración de la estructura del IMIDA, establece la Ley 8/2002. En particular, lo dispuesto en sus artículos 10 (atribución al Gerente de la elaboración de la propuesta de estructura) y 8 (que deja al Consejo del Instituto la aprobación de dicha propuesta).

Asimismo, en tanto que la estructura orgánica adopta la forma de Decreto, su tramitación ha de sujetarse a las normas que para 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.

A la vista de las actuaciones realizadas, cabe formular un juicio general favorable acerca del cumplimiento de las normas aplicables al procedimiento de elaboración del Proyecto, si bien debe advertirse de la insuficiente motivación técnica de las opciones normativas plasmadas en el Decreto.

TERCERA.- Alcance del Dictamen.

El contenido del Proyecto sometido a consulta es el fruto de la potestad de autoorganización que corresponde a toda Administración pública para diseñar las estructuras organizativas que den soporte a sus actividades y que, en lo que afecta a la Administración regional, viene consagrada en el artículo 51 del Estatuto de Autonomía, atribuyendo a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de su propia Administración pública, dentro de los principios y normas básicas del Estado, fijando en su apartado 2 los principios a que deberá ajustarse esa organización. Por su parte, el artículo 52 remite a una Ley la determinación del régimen jurídico de la referida Administración pública regional. Dicha Ley, en lo que se refiere a los organismos autónomos, y hasta tanto entre en vigor la normativa que sobre los mismos contiene la Ley 7/2004, no es otra que la 1/1988, a los que dedica el Capítulo II de su Título VI.

El respeto a la citada potestad autoorganizativa ejercitada por el órgano competente para ello, así como la naturaleza y funciones de este Consejo Jurídico, determinan que el presente Dictamen deba ceñirse a efectuar un juicio de legalidad del Proyecto sometido a consulta, mediante su contraste con las normas indicadas y con la normativa sectorial aplicable, sin perjuicio de realizar también aquellas observaciones que, desde la óptica de la técnica normativa, puedan contribuir a la mejora del texto.

CUARTA.- Observaciones al texto.

1. La división de la norma en Capítulos.

Parece innecesario efectuar una división en Capítulos cuando no lo exige ni la extensión ni la estructura interna de la norma, siendo suficiente para garantizar el orden del Decreto con la división en artículos, debidamente intitulados.

2. Artículo 1. Naturaleza, clasificación y objeto de la norma.

Un elemental principio de economía normativa aconseja suprimir los apartados 1 y 2 del artículo 1, en tanto se limita a reproducir preceptos de la Ley de creación del Organismo sin introducir innovación alguna. En consecuencia, debería limitarse el artículo 1 a establecer el objeto de la norma.

3. Artículo 3. El Gerente.

Las denominaciones o títulos que encabezan cada artículo deben ser suficientemente expresivos de su contenido y ajustarse al mismo. No cumple esta máxima el artículo 3 cuyo título anuncia que su objeto de regulación es el Gerente, cuando lo realmente establecido es la dependencia de las unidades orgánicas que se crean en el Decreto.

4. Artículo 4. Servicio de Gestión Económico-Administrativa.

Si al Servicio se le encomienda la gestión patrimonial del Instituto (artículo 4.1, letra c), cuando a la Sección de Gestión Presupuestaria se le atribuye tan sólo la función de Inventario (artículo 4.2, letra b), queda indeterminado a quién corresponde el resto de la gestión patrimonial del IMIDA, pues no parece que el competente sea el Jefe del Servicio, en tanto que a éste le corresponden únicamente labores de “*planificación, coordinación y control*”, sobre las funciones competencia del Servicio, pero no gestoras o ejecutivas sobre dichas materias.

5. Artículo 5. Oficina de Transferencia de Resultados de la Investigación.

a) La descripción efectuada por el apartado 2 del responsable de la Oficina debería completarse con la indicación del rango o nivel jerárquico que le corresponde dentro de la estructura del IMIDA, siendo innecesario, por el contrario, establecer los Cuerpos a que se abre la provisión del puesto de trabajo correspondiente, extremos que deberían remitirse a los que establezca la relación de puestos de trabajo del Organismo, como requisito para su provisión.

b) La Ley 3/2000, de 7 de enero, de Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales, modificada por Ley 3/2002, de 12 de marzo, para aplicar en dicho ámbito la doctrina constitucional emanada de la STC 103/1999, de 3 de junio, acerca de la distribución de competencias que, en materia de propiedad industrial, corresponde al Estado y las Comunidades Autónomas, deja al Estado no sólo las competencias legislativas, sino también la titularidad de un Registro nacional, el de Variedades Vegetales Protegidas, al tiempo que atribuye a las Comunidades Autónomas la tramitación de las

solicitudes dirigidas a la obtención de títulos de obtención vegetal.

De forma acorde con esta distribución, el artículo 5.3, letra d) del Proyecto atribuye a la Oficina “la tramitación de Patentes y Registro de Variedades Vegetales”. Considera el Consejo Jurídico que la función enumerada en la letra d) ganaría en precisión y rigor técnico si se sustituyera la mención al Registro de Variedades Vegetales Protegidas por la del título que la inscripción en dicho registro otorga, es decir, un título de obtención vegetal.

6. Las disposiciones de la parte final de las normas (adicionales, transitorias y finales) también han de ser intituladas o epigrafiadas, para informar de su contenido.

7. Disposición Final primera.

a) La adscripción del organismo autónomo es a la Consejería, no a su titular, como parece indicar el texto de la Disposición.

b) Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición Final primera del Proyecto, cabría entender incluida en la facultad de desarrollo (como acepción del término ejecución) 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, ámbito este último en el que se movería cualquier desarrollo normativo del Decreto de estructura orgánica. 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.

8. 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 la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente el Proyecto de Decreto sometido a consulta, si bien la incorporación de las observaciones y sugerencias efectuadas en este Dictamen

contribuirían a la mayor perfección técnica de la futura norma.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 11/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 30/01/06

Extracto de Doctrina

Que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sea objetiva no implica que, en todo caso, deba responder de todos los daños que se produzcan en los centros sanitarios públicos, sino únicamente de aquellos que sean 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 7 de agosto de 2003, el Sr. P. S. presentó una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración regional, solicitando una indemnización de 15 euros que hubo de satisfacer por acudir a la consulta particular de un ayudante técnico sanitario, al no extraerle sendos tapones de cerumen de sus dos oídos en el Centro de Salud de Águilas el 19 de agosto del año 2002, ya que, según indica, la doctora le dijo que ni ella ni los enfermeros del Centro de Salud se los iban a extraer, por lo que debía acudir a una clínica privada; añade que la Coordinadora del Centro confirmó que ni la doctora ni los enfermeros del centro iban a realizar la extracción. Con anterioridad había presentado una reclamación ante la Gerencia de Atención Primaria de Lorca, que fue contestada el 9 de septiembre de 2002 indicando que quizás existiese un error en la información que recibió en el Centro de Salud, ya que no existe acuerdo alguno con clínica privada para la extracción de tapones, la cual debe hacerse por especialista en otorrinolaringología o por personal de enfermería bajo la vigilancia de un médico de dicha especialidad, debido a la posibilidad de complicaciones posteriores.

SEGUNDO.- En la instrucción del procedimiento constan las actuaciones

siguientes:

1) Un informe de la Coordinadora médica del Centro de Salud de Águilas, confirmando la información ya recogida en la contestación a la reclamación, a lo que añade que no puede confirmar ni desmentir la información dada al paciente por la doctora que lo atendió.

2) Un informe de ésta, según el cual no le indicó que acudiese a una clínica privada ni a la consulta de un ATS, sino que le informó de que debía derivarlo a otorrinolaringología, hecho que no aceptó el reclamante, que insistió en que le extrajeran los tapones en el Centro de Salud.

3) Un informe de la Inspección Médica, según el cual no existe una normativa específica sobre a quien corresponde la extracción de tapones de cerumen, aunque no se puede afirmar que sea una actividad específica de atención primaria, ya que en el caso de sospechar alguna complicación, como puede ser la alteración de la membrana del tímpano, hay que derivar al especialista en otorrinolaringología; añade que una complicación que se puede producir es la perforación de la membrana timpánica, razón por la que se requiere un adiestramiento por parte del personal que realiza la extracción.

TERCERO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante, no consta que realizara alegaciones, tras lo cual, elaborados el extracto de secretaría y demás documentación, se formula por la instructora propuesta de resolución desestimatoria, remitiéndose el expediente a este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 28 de diciembre de 2005.

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.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta dentro del año siguiente a ser producido el hecho lesivo, plazo 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 asistencia sanitaria a la que se imputa el daño se produce el 16 de agosto de 2002 y la reclamación fue interpuesta el 7 de agosto de 2003.

El reclamante, al sufrir los perjuicios que imputa a la actuación administrativa, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas de la LPAC y del RRP aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, aunque el Consejo Jurídico no puede dejar de observar

que en su sustanciación se ha superado ampliamente el plazo máximo de resolución y notificación, que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Bajo una pretensión indemnizatoria formalmente basada en la existencia de una negativa médica a la asistencia, formula en realidad el reclamante una solicitud de reembolso de gastos médicos realizados fuera del sistema nacional de salud a causa de la imposibilidad de utilizar sus medios, prevista en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, que requiere la concurrencia de “urgencia vital”. No obstante, el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria obliga a tramitar el procedimiento y a dictar la resolución que en Derecho proceda.

Que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sea objetiva no implica que, en todo caso, deba responder de todos los daños que se produzcan en los centros sanitarios públicos, sino únicamente de aquellos que sean 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 el reclamante fue atendido correctamente en el Centro de Salud. Como afirma la Coordinadora Médica del mismo y confirma la Inspección, la actuación más prudente en evitación de riesgos para el paciente, tales como perforación de la membrana timpánica, es que la extracción de los tapones de cerumen se realice por personal cualificado, cualidad que ostenta el perteneciente al servicio de otorrinolaringología.

II. También se desprende de lo instruido que los gastos realizados responden a una decisión particular del reclamante, ya que el servicio público dispuso los medios suficientes para atenderle en su necesidad de extracción de tapones de cerumen y, además, la situación no estaba calificada de “urgencia vital”. Según el artículo 5.3 del Decreto 63/1995, de 20 de enero, *“en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”*. Está descartado que concurriese esa urgencia vital y que no fuera posible utilizar los medios públicos, ya que el paciente fue derivado a un servicio de otorrinolaringología y, por otra parte, no fue remitido por la doctora que lo atendió a consulta privada alguna, según ella afirma (folio 15 del expediente). Por tanto, tampoco la indemnización por los motivos del reembolso puede merecer una conclusión favorable.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al

no apreciarse relación de causalidad ni antijuridicidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 12/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. R. S. Z., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. S. L., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 30/01/06

Extracto de Doctrina

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 2099/2000). Del mismo modo, también se sostiene dicha ausencia de nexo causal cuando los daños se producen a consecuencia de un golpe accidental propinado por un compañero en el momento de entrada a clase (Dictamen 2901/2001). En este mismo sentido se ha manifestado también este Órgano Consultivo entre otros en los Dictámenes números 193/2002 y 146/2003.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Director del Colegio Público Joaquín Tintero, de Águilas (Murcia), envía a la Consejería de Educación y Cultura reclamación suscrita por R. S. Z., en nombre y representación de su hijo menor de edad y alumno de dicho centro escolar, M. S. L., 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 el menor como consecuencia de un accidente escolar ocurrido el día 29 de enero de 2004, cuando a la salida del centro un compañero le dio un golpe involuntario, ocasionándole la rotura de dos dientes. Acompaña a su solicitud la siguiente documentación: a) parte de la asistencia sanitaria recibida en el Centro de Salud, en el que se señala que el menor presenta traumatismo bucal con rotura de dos dientes incisivos; b) informe-presupuesto de una clínica dental de Águilas, en el que se indica que el paciente M. S. precisa la reconstrucción de dos piezas dentarias (21 y 22), con un coste aproximado de 110 euros, y con la posible

desvitalización en el plazo de unas semanas de alguna de las piezas con un coste de 60 euros cada una; c) fotocopia de la hoja del Libro de Familia en el que figura la inscripción del nacimiento de M.; d) fotocopia del DNI del reclamante.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de fecha 6 de febrero de 2004, aquél solicitó, el día 3 de octubre de 2005, el preceptivo informe del centro.

Dicho requerimiento fue cumplimentado mediante escrito remitido el día 5 de octubre de 2005, indicando el Director lo siguiente:

“A la salida de los alumnos, al terminar la jornada escolar y en el porche del centro, otro alumno, compañero de curso del accidentado, lanzó su cartera al aire impactando en su caída en la boca de M., causándole las lesiones descritas en el parte de accidente anteriormente remitido.

En el momento del accidente los maestros/as se encontraban controlando la bajada de los alumnos desde la 1ª planta y el accidente fue presenciado por el Director y el Conserje, procediendo a atender al herido y a llamar e informar a sus padres, así como a los padres del alumno causante del accidente fortuito, pues en ningún momento tuvo intención manifiesta de agredir”.

TERCERO.- El instructor notificó al interesado la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Tras haber dejado de prestar sus servicios en la Consejería de Educación y Cultura el instructor del expediente, D. P. J. V. C., con fecha 21 de diciembre de 2005, el Secretario General de dicha Consejería procedió a designar nueva instructora, dando traslado al reclamante a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a la recusación del aquélla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 en relación con el 28 LPAC.

CUARTO.- El día 10 de enero de 2006 fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno 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 17 de enero 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.

La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal del menor, circunstancia que, respecto del reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

Por lo que se refiere al procedimiento, en términos generales se ha cumplido lo establecido en el RRP. No obstante, es preciso señalar que se ha superado ampliamente el plazo máximo de resolución y notificación que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses. Especialmente reprochable resulta el período de tiempo tan dilatado (veinte meses) transcurrido entre el nombramiento del instructor y la petición por éste del informe del centro escolar, sin que, aparentemente, concorra circunstancia alguna que lo justifique, lo que colisiona frontalmente con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa.

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 3582/2001, 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 2099/2000). Del mismo modo, también se sostiene dicha ausencia de nexo causal cuando los daños se producen a consecuencia de un golpe accidental propinado por un compañero en el momento de entrada a clase (Dictamen 2901/2001). En este mismo sentido se ha manifestado también este Órgano Consultivo entre otros en los Dictámenes números 193/2002 y 146/2003.

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 el golpe se produce sin intencionalidad alguna, al tirar al aire la cartera un compañero del alumno, 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 el menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 13/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. R. V., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en centro escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 01/02/06

Extracto de Doctrina

1. La variedad de pronunciamientos sólo viene a confirmar la dificultad para determinar cuáles sean exactamente los límites temporales de la responsabilidad en los centros docentes, lo que obliga a analizar y ponderar las concretas circunstancias que se presentan en cada caso, comprobando si concurren los requisitos legalmente establecidos para declarar o no la existencia de nexo causal.

2. Cuando las víctimas de los daños son ajenas a la prestación del servicio público docente se produce una acusada objetivación del régimen de la responsabilidad patrimonial, que es posible apreciar con facilidad tanto en la jurisprudencia como en la actividad de los diversos órganos consultivos, no constituyendo una excepción este Consejo Jurídico (Dictamen 226/2002, que afirma el derecho a ser indemnizada de una abuela quien, al acudir al colegio a recoger a su nieto, sufre lesiones como consecuencia del choque con una menor en el patio del centro). Dicha objetivación se aprecia cuando ante circunstancias fácticas similares -por ejemplo, choques o balonazos fortuitos-, se alcanzan conclusiones diferentes en orden a la existencia o no de responsabilidad, según que el dañado sea otro alumno o un tercero ajeno al servicio público docente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 1 de septiembre de 2004, D. J. R. V., de 39 años de edad en el momento del incidente, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Educación y Cultura, por las lesiones sufridas el 17 de marzo de 2004 en el Colegio Público “Manuel Fernández Caballero”, de Murcia. Relata así lo sucedido:

“El pasado 17.03.2004, a las 12:33 horas, me encontraba en el Colegio Público Manuel Fernández Caballero, cuando un niño alumno de este centro acometió en carrera contra mí cuando se hallaba corriendo en compañía de otros menores. El impacto fue violentísimo, pues lo produjo un niño en plena carrera con un peso considerable, ya que cuenta con una edad aproximada de 12 años, contra el costado de mi persona, que me encontraba detenida y en bipedestación, sin posibilidad de prevenir lo que se avenía. De esta forma, perdí el equilibrio, caí al suelo y resulté gravísimamente lesionada.

De las lesiones sufridas fui atendida de urgencias y por primera vez en el Hospital Universitario Morales Meseguer, en el que se me diagnosticó una fractura transcervical del cuello de fémur-cerrada, tras comprobar la existencia de fractura subcapital de fémur, Garden II/III, Pauwels III en exámenes complementarios. Que en la actualidad estoy en tratamiento médico por fractura de cadera, con la prescripción de pleno reposo en cama, en la que me encuentro desde la fecha del siniestro”.

En su reclamación designa representación letrada y acompaña una copia del informe médico de alta hospitalaria que, en la copia unida al expediente remitido a este Consejo Jurídico, resulta ilegible.

SEGUNDO.- Por resolución de la Secretaría General de la Consejería se admite a trámite la reclamación y se nombra instructora del expediente.

El 13 de octubre de 2004, se requiere a la reclamante, conforme al artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), para que aporte cuantos “informes médicos” obren en su poder, así como los documentos acreditativos de la cuantía del daño, cuya valoración no efectúa en la reclamación.

TERCERO.- El 8 de noviembre de 2004, contesta la interesada que *“es imposible en estos momentos determinar con certeza cual va a ser el alcance de los días de incapacidad, secuelas y grado de invalidez que va a tener que sufrir ya que depende de una evolución que, insisto, científicamente es imposible de anticipar”*. En otro momento refiere que aún no ha sido dada de alta, estando pendiente *“el alta de su traumatólogo”*.

Manifiesta también que para realizar la valoración del daño habría que contemplar dos supuestos hipotéticos distintos, uno: *“partiendo de la posibilidad optimista”* sobre la evolución médica de la damnificada, cuyo *damnus* cuantifica, por diferentes conceptos que se recogen en el escrito, en un total de 84.840,52 euros; y, otro supuesto, que se titula con la expresión *“posibilidad pesimista”*, en el que se alcanzaría la cantidad total de 127.979,85 euros. Como parámetro para efectuar la cuantificación del daño se acoge expresamente *“al baremo de tráfico publicado por Resolución de 9 de marzo de 2004 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones”*.

En el mismo escrito anuncia la proposición de prueba documental médica *“para probar el alcance de las lesiones de mi cliente, sus secuelas y el grado de invalidez”* y, al tiempo, solicita que se practiquen un total de diez pruebas (cinco documentales, cuatro testificales y una pericial médica) con la finalidad de acreditar que la interesada *“se fracturó la cadera como consecuencia de la acometida del niño en el C.P. Manuel Fernández Caballero, por negligencia de los funcionarios públicos o por inexistencia de vigilantes o cuidadores que garanticen los actos de los escolares, y, en cualquier caso, por mal funcionamiento de un Servicio Público”*.

Al escrito de alegaciones se acompaña un informe médico pericial de fecha 3 de noviembre de 2004, que recoge en diferentes apartados la patología actual de la reclamante y las conclusiones médico-legales de los daños sufridos y las secuelas, puntuadas de la siguiente forma:

- 1- Coxalgia..... 5 puntos
- 2- Limitación de la movilidad a la rotación interna..... 3 puntos
- 3- Material de osteosíntesis..... 4 puntos
- 4- Cicatriz de 6 cm. (perjuicio estético leve) 3 puntos

El informe concluye afirmando que: *“Existe limitación funcional para desarrollar actividades que requieran bipedestación o deambulacion prolongada, siendo esta situacion equiparable a la de invalidez permanente total/parcial.”* Se prescriben revisiones periódicas a la paciente.

CUARTO.- Tras cambiar de instructora, ésta requiere a la Dirección del centro

escolar su preceptivo informe sobre los hechos.

El 20 de mayo de 2005 fueron incorporadas al expediente copias de los siguientes documentos que obraban en la Dirección General de Enseñanzas Escolares: a) Informe del accidente escolar, emitido el 26 de marzo de 2004 por quien era Directora del centro en el momento de los hechos; y b) escrito de la misma Directora dirigido a la Inspección Educativa, donde relata: *“Me pongo en contacto con usted para comunicarle lo acaecido en el Centro esta mañana. Sobre las 12, 45, unos niños de los que hacen uso del servicio de comedor, y atendidos por su monitora, estaban corriendo por el porche que da acceso al Centro, con tan mala fortuna que uno de ellos ha empujado a una persona que venía a recoger a un alumno, cayendo esta al suelo. Ante el dolor que manifestaba y por temor a no hacer con ella lo correcto se ha llamado a una ambulancia que la ha trasladado al Hospital Morales Meseguer...”*

El 20 de mayo de 2005 contesta la Directora a la petición de informe, limitándose a remitir el que en su momento dirigió a la Inspección, aunque añade, como información complementaria, que el alumno implicado en los hechos se encontraba matriculado en 4º de primaria, por lo que su edad era en ese momento de 9/10 años.

QUINTO.- Con ocasión del trámite de audiencia, el letrado de la interesada comparece ante la instructora y propone nuevas pruebas, al tiempo que reitera su petición de que se practiquen algunas de las propuestas en su escrito inicial de solicitud, insistiendo en que tales pruebas son necesarias para determinar tanto el nexo causal como las personas responsables de los hechos.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a la empresa con la que la Consejería tiene contratado el servicio de catering del comedor, se incorporan al expediente tanto el contrato que rige la gestión de dicho servicio como los correspondientes pliegos de cláusulas y de prescripciones técnicas.

SÉPTIMO.- El 15 de junio de 2005 la instructora remitió, tanto a la Jefa de Estudios del centro como a la monitora contratada por la empresa de catering, una relación de preguntas con la pretensión de aclarar las circunstancias del accidente.

En contestación a los pliegos de preguntas facilitados por la instructora, la Jefa de Estudios indica que:

“Ese día se había convocado un Claustro en la sala de profesores a las 12,30, que es cuando termina el período lectivo de la mañana y en hora de dedicación exclusiva del profesorado. Todos los maestros al terminar las clases fueron a dicha sala, la Directora y la Jefa de Estudios que estaban en los despachos, al pasar por la puerta de salida hacia la sala de profesores, vieron un revuelo en el patio y acudieron a ver qué sucedía. Por tanto puedo decir que:

-No fui testigo visual de lo ocurrido.

-No hubo profesores que presenciaran el hecho ya que todos estaban esperando el inicio del Claustro en la sala de profesores, en este horario los maestros no tienen intervención directa con los alumnos. Los niños han salido ya del Centro y los que utilizan el servicio de comedor están con los monitores en el patio.

La hora de salida de los alumnos era las 12:30 y una de las normas es que a partir de ese momento los alumnos que no utilizan el servicio de comedor no deben permanecer en el recinto del patio ya que es cuando el monitor se hace responsable del grupo que tiene

asignado. El alumno implicado en el hecho se encontraba jugando en el patio ya que él si se quedaba a comedor. Está dentro de lo correcto y lo normal que los niños estén jugando en esa zona. El alumno implicado iba corriendo y mirando hacia atrás ya que otro niño lo perseguía cuando tropezó, sin querer, con la señora.

La señora iba caminando hacia la puerta de entrada al edificio, cuando tropezaron y, posiblemente, no se daría cuenta y no lo podría esquivar. No conozco a la señora, porque no era madre de ningún alumno, parece ser que estaba contratada por los padres para recoger a un alumno de 5º de Primaria. A las 12:45 no debe ya haber nadie en esa zona del patio excepto los niños que se quedan a comedor, con sus monitores.

En el momento que sucedió había una vigilancia adecuada y en una zona que los alumnos en sus momentos de esparcimiento utilizan para sus juegos. No conozco ningún otro incidente de este tipo en el Centro. El niño tiene un comportamiento normal y su carácter habitual no es agresivo ni desordenado más bien es un alumno tranquilo, educado y respetuoso. Este niño es de constitución normal para su edad”.

La monitora, por su parte, informa lo siguiente:

“El incidente se produjo sobre las 12:45h., después de la salida habitual de los niños, en el patio, en la zona del porche que da la sombra. Es un lugar de paso desde la puerta de entrada del patio a la puerta de entrada al colegio; tratándose de un porche en forma de pasillo, y con bancos a los lados, lugar de paso a las horas de entrada y salida de los niños.

En el momento del tropiezo de la señora con el niño fui testigo porque estaba en mi punto de vigilancia y control de los niños, fue un tropiezo accidental, el niño es un menor de 10 años, con un comportamiento normal y responsable como el resto.

A la señora en cuestión no la había visto nunca, el niño salía deprisa, hacia el punto de encuentro en el patio, cuando ocurrió el incidente.

Todo estaba dentro de lo habitual y lo correcto, ese accidente podía haber pasado en cualquier lugar público vigilado, ya que fue un tropiezo...(en el momento del accidente) era responsable del grupo de mayores, de 12 o 15 niños. Los niños de este grupo juegan en las áreas exteriores del edificio, menos con el balón que lo hacen en la pista...”

OCTAVO.- En cumplimiento del trámite de audiencia concedido, el representante legal de la empresa concesionaria del servicio comparece y manifiesta que el “*incidente fue totalmente fortuito lo que no da lugar a exigencia de responsabilidad alguna a S., SA*”, añadiendo que la reclamante se encontraba en un “*lugar de paso de los niños, no de estancia de personas ajenas al colegio*”. Añade información sobre la compañía aseguradora y la póliza de responsabilidad civil por los riesgos en el servicio de catering contratados, manifestando que ha sido advertida del caso.

La Compañía Aseguradora de la empresa, por su parte, remite escrito a la instructora, en el que manifiesta que “*analizada toda la información de la que disponemos, entendemos que tanto por parte de nuestro asegurado, como por parte del Colegio “Manuel Fernández Caballero”, sus actuaciones fueron en todo momento correctas, no existiendo responsabilidad alguna en el incidente ocurrido el pasado 17 de marzo de 2004.*

Tanto de las declaraciones de la monitora de nuestro Asegurado como de la jefa de estudios,

se desprende que la zona en la que ocurrió el accidente es una zona utilizada por los alumnos de manera habitual para sus juegos. Asimismo, se indica que la Sra. J. R. V. se encontraba en una zona en la que no debía estar, ya que el accidente ocurrió a las 12:45, cuando en esa zona según declaración de la jefe de estudios, es una zona que a partir de las 12:30 es cerrada al público, puesto que es el horario en el que salen los niños del colegio y ya sólo deben quedar en el interior del mismo aquellos niños que se quedan al servicio de comedor”.

NOVENO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a la interesada, su representante solicita la práctica de más pruebas testificales, en orden a aclarar los hechos, al tiempo que solicita se requiera al centro escolar que precise mediante informe diversos extremos necesarios para poder practicar los interrogatorios solicitados.

Con fecha 7 de noviembre de 2005, en oficio dirigido a la Jefa de Estudios, la instructora acordó dar curso a la práctica de prueba testifical solicitada por la reclamante, por lo que le remitió un nuevo bloque de preguntas sobre aspectos puntuales, que serán contestadas por la Directora.

Del resultado de dichas actuaciones se dio traslado a la interesada para que, en el plazo de diez días formulara alegaciones, lo que no hizo.

DÉCIMO.- Con fecha 11 de enero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada, con fundamento en la inexistencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público docente en que se inserta la actividad del centro en que se produjo el accidente y los daños alegados por la actora.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, V.E. remitió el expediente al Consejo Jurídico en petición de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 18 de enero 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.- Requisitos previos: legitimación y plazo para el ejercicio de la acción. Procedimiento.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, también lo es que, para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos, el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen

del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

Entre estos requisitos debe examinarse, en primer lugar, si la reclamación de responsabilidad patrimonial ha sido interpuesta dentro del plazo de un año de producido el hecho, según establece el artículo 142.5 LPAC, constatándose que, ocurrido el suceso el 17 de marzo de 2004, la solicitud de indemnización, presentada el día 1 de septiembre del mismo año, fue deducida en el plazo legalmente previsto.

La reclamación ha sido interpuesta por la persona que sufrió el daño, contando por tanto con legitimación activa para ello en su condición de interesada (artículos 31.1, letra a y 139.1 LPAC).

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura la competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el Colegio Público donde se produjeron los hechos.

Por lo demás el procedimiento se ha atendido, en términos generales, a lo establecido en el RRP, sin perjuicio de destacar los siguientes defectos formales apreciados en el trámite de prueba:

1. De las pruebas propuestas y no practicadas.

No consta que se hayan practicado todas las pruebas propuestas por la interesada, ni que se haya dictado resolución motivada por la instructora rechazándolas por ser manifiestamente improcedentes o innecesarias (artículo 80.3 LPAC y 9 RRP).

Como ya advierte el Consejo Jurídico en Dictamen 165/2003, el derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento no es omnímodo. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su doctrina relativa al artículo 24.2 de la Constitución Española (que establece, entre otros, el derecho de todos a “*utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”) y que el mismo Órgano ha hecho extensiva a cualquier tipo de proceso, al ser inseparable del derecho mismo a la defensa. En sentencia 71/2003, de 9 de abril, con cita de la 168/2002, de 30 de septiembre, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, siendo un “*derecho fundamental que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (...)* entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*”. Exige además esta doctrina, para considerar vulnerado el referido derecho, que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “*decisiva en términos de defensa*”. El mismo Alto Tribunal, en Auto 14/1999, de 25 de enero, con ocasión de un recurso de amparo por vulneración del aludido derecho en un procedimiento judicial, declara que “*sólo podrá revisar esta actividad jurisdiccional en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación, o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente arbitraria*”.

o irrazonable”, por lo que, sensu contrario, no cabrá apreciar indefensión con relevancia constitucional “cuando la inadmisión de la prueba se ha producido debidamente” o cuando “aun concurriendo en la inadmisión de la prueba alguna irregularidad procesal, no existe o no se demuestra en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas”.

Esta construcción sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes se encuentra enraizada en el derecho a la defensa y, por tanto, es claramente extensible a los procedimientos contradictorios como el administrativo en general y el de exigencia de responsabilidad patrimonial en particular. Así lo ha entendido el legislador en el artículo 80.3 LPAC, al posibilitar al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, pero, por su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el 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. Adviértase, además, que en el supuesto sometido a consulta, ni siquiera se procede a efectuar una formal apertura del período de prueba.

La ausencia de una 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.

No obstante, dadas las conclusiones a que llega este Dictamen acerca de la existencia de responsabilidad patrimonial, no se considera necesario retrotraer las actuaciones en orden a dar cumplimiento a las normas que regulan la prueba.

2. Sobre la práctica de la prueba testifical.

Como reiteradamente ha venido señalando el Consejo Jurídico (Memorias correspondientes a los años 1999 y 2000), cuando se admita como prueba la declaración testifical debe practicarse bajo la intermediación del instructor y conforme al principio de oralidad, siguiendo las reglas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que remite el artículo 80 LPAC. Debería haberse comunicado a la interesada el momento de practicar la prueba testifical en orden a permitirle asistir a su desarrollo (artículo 81.1 y 2 LPAC).

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

Para determinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas han de concurrir los siguientes requisitos, previstos en los artículos 139 y 141.1 LPAC:

a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Acreditada la realidad del daño conforme a los diversos informes de obrantes en el expediente (de la Directora y de la Jefa de Estudios del Centro, así como el de la monitora de comedor) y al informe de valoración del daño personal, y acreditado que éste se produjo como consecuencia del impacto de un alumno sobre la interesada, queda por determinar si aquél es imputable a la Administración regional y, por ende, si existe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

Habiendo finalizado las clases a las 12:30, los hechos ocurrieron fuera de la jornada escolar y más concretamente en ese período de tiempo intermedio situado entre el momento de finalización de las clases y aquél en el que los padres recogen a sus hijos. Es frecuente que, tanto antes del comienzo de las clases como al término de éstas, los centros escolares permanezcan abiertos y que en su recinto se concentren los niños a la espera de incorporarse a las aulas en el primer caso, y a ser recogidos por sus mayores o pasar al comedor en el segundo. La cuestión que se plantea es si en estos “tiempos intermedios” la responsabilidad sigue correspondiendo al centro docente.

Como ya quedó dicho en el Dictamen del Consejo Jurídico 226/2002, la jurisprudencia recaída sobre esta cuestión ha sido oscilante. Así, el Tribunal Supremo ha afirmado, entre otras varias, en la sentencia de su Sala 1.^a de fecha 3 de diciembre de 1991, que el momento en el que el centro escolar acaba su obligación de guarda, *“no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría, con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabadas las clases, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande”*. Añade que *“si es habitual en el centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva, antes de ser recogidos o trasladarse a su domicilio, es obligado deducir que los padres cuentan con que hasta entonces están en el centro y vigilados por su personal...distinto hubiera sido si el centro tuviera establecido como norma el cierre inmediato de sus instalaciones acabada la jornada, pues entonces si estaban los padres obligados a prever el hecho”*.

A sensu contrario, el Alto Tribunal, en su sentencia de 4 de junio de 1999, dictada en el proceso seguido como consecuencia de los daños que sufre una niña cuando se encontraba jugando en el recinto exterior del colegio a la espera del comienzo de las clases, dice, desestimando la demanda, que la responsabilidad de los centros docentes se halla condicionada temporalmente al comienzo y al fin de la jornada escolar. Añade que no había quedado acreditado que los hechos se produjeran cuando el personal del centro había asumido ya las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendados.

Por otro lado, el Consejo de Estado, con carácter general rechaza que la diligencia exigible a los servidores públicos de los colegios incluya un cuidado total sobre las personas que se encuentren en el servicio y sobre las conductas, del tipo que sean, que se desarrollen en él (Dictamen 289/94), habiendo precisado otros órganos consultivos autonómicos que los accidentes escolares producidos en actividades espontáneas de

los alumnos, fuera de los horarios lectivos, a la salida del horario escolar, no pueden imputarse a la Administración, al no existir nexo causal (entre otros, Dictamen 4/1999 del Consell Consultiu de les Illes Balears). Más específicamente se ha pronunciado el Consejo de Estado, en un supuesto en el que un niño al salir de clase, siendo las trece horas, recibe un empujón de un compañero estando dentro del recinto escolar, pero como consecuencia del empujón, las gafas cayeron a la calle que está separada del recinto por una valla de poca altura, donde fueron aplastadas por un vehículo que pasaba en ese momento, afirmando el órgano consultivo que las circunstancias que concurrían en el accidente permitían apreciar la ausencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración *“ya que el daño –la rotura de las gafas- se produjo fuera del horario de clase, cuando ya no estaban bajo la vigilancia de los profesores”* (Dictamen 2.587/2001, de 11 de octubre).

Esta variedad de pronunciamientos sólo viene a confirmar la dificultad para determinar cuáles sean exactamente los límites temporales de la responsabilidad en los centros docentes, lo que obliga a analizar y ponderar las concretas circunstancias que se presentan en cada caso, comprobando si concurren los requisitos legalmente establecidos para declarar o no la existencia de nexo causal. Pues bien, en el supuesto objeto de dictamen el accidente ocurrió a las 12:45, es decir en un momento muy cercano al final del horario lectivo (12:30 horas), lapso de tiempo en el que, según la doctrina del Tribunal Supremo señalada anteriormente, se puede entender, en una interpretación flexible del concepto de jornada escolar, que el centro tiene la guarda de los menores.

Finalmente, siguiendo la construcción jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual para que el daño soportado por el ciudadano sea antijurídico basta que el riesgo inherente al funcionamiento del servicio público *“haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, no existiendo entonces deber del perjudicado de soportar el menoscabo y consiguientemente la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”* (entre otras, Sentencia de 28 de octubre de 1998), cabe afirmar que la damnificada fue víctima de un daño que emana del funcionamiento normal o anormal de aquél, cuya gravedad pone de manifiesto que el riesgo soportado excedió de los parámetros socialmente aceptables y de los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles.

Resulta necesario advertir que, cuando las víctimas de los daños son ajenas a la prestación del servicio público docente, se produce una acusada objetivación del régimen de la responsabilidad patrimonial, 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. 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.

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.

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.

Al respecto, y volviendo al supuesto sometido a consulta, se afirma en los informes de la Jefa de Estudios que, en el momento del accidente, en el patio no debía permanecer nadie que no fueran los alumnos que esperaban para asistir al comedor o sus monitores. Sin embargo, nada consta en el expediente acerca de que tales normas hubieran sido puestas en conocimiento de los padres o cuidadores de los niños o que hubiera algún cartel que avisara de la restricción de accesos al centro en dichas horas, ni mucho menos existía un recinto para que los padres o cuidadores pudieran recibir a los niños al final de la jornada escolar, separado de la zona de juegos. En consecuencia, en tanto que la interesada ingresó al colegio por lugar habilitado para ello y se mantuvo en una zona de paso donde fue alcanzada por el niño, cabe afirmar que su estancia en el interior del recinto pone de manifiesto una infracción del deber de vigilancia en el control de los accesos al colegio que incumbe a la Administración y que permitió que se desencadenara la situación de riesgo que finalmente derivó en los daños sufridos. Ello, al tiempo, exonera a la concesionaria del contrato de comedor y a los monitores o cuidadores, dependientes del orden establecido por la Administración.

Por lo expuesto, al no existir prueba alguna de que el accidente pudiera ser imputable a la víctima, no cabe considerar que tenía el deber jurídico de soportar los daños

producidos, los cuales, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, han de ser considerados como lesión indemnizable.

CUARTA.- 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 y el modo de la indemnización. Para ello es preciso examinar cada uno de los conceptos en los que la reclamante desglosa la indemnización solicitada. Como cuestión previa debemos abordar la procedencia de aplicar en la cuantificación de las lesiones corporales (tal como propone la interesada), las reglas de baremación contenidas en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuestión sobre la que este Consejo considera que no existe obstáculo que impida aceptar los patrones de evaluación mencionados, siempre que se empleen con el carácter orientativo que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha establecido la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril 2000).

Sentada la anterior premisa y ante la ausencia de actividad instructora que permita conocer el parecer de la Consejería consultante, el Consejo Jurídico, teniendo siempre como norte el principio de indemnidad que debe regir la labor de cuantificación del daño, de forma que la compensación que se ofrezca a la damnificada consiga la reparación de los causados en sus justos términos, sin excesos ni defectos, considera que han de utilizarse para su determinación los siguientes criterios que se detallan a continuación:

A) Sobre las denominadas “previsiones de evolución”.

Afirma la reclamante que en el momento de efectuar la reclamación resulta imposible precisar cuál va a ser el alcance de los días de incapacidad, secuelas y grado de invalidez, pues depende de la evolución personal de la paciente, que es imposible anticipar. Por ello plantea dos posibilidades o escenarios, uno optimista, para el caso de que no se desarrolle en la cadera afectada por la caída una necrosis avascular de cabeza femoral, y otro pesimista, para el supuesto de que la referida complicación tuviera lugar.

Debe advertirse en este punto que el daño indemnizable es el efectivo, sin que pueda ser objeto de resarcimiento aquel meramente posible o futuro, que carece de la nota de certeza exigible para su indemnización. Por tanto, cabe descartar el denominado escenario pesimista, sin perjuicio del derecho de la interesada a reclamar por el daño que tal complicación puede suponer en el instante en que aquélla se haga realidad, si es que llega ese momento, pero no antes.

Situados por tanto en el escenario “optimista”, que responde a las lesiones actuales y, por tanto, efectivas, que presenta la interesada, la indemnización habrá de atender a los siguientes conceptos y criterios:

1) Indemnización por secuelas.

Aun resultando ilegible el informe médico de alta del Hospital Morales Meseguer, al menos en la copia remitida a este Consejo Jurídico, la interesada aporta un informe de valoración del daño corporal que, no habiendo sido discutido por la instructora, puede ser considerado como referencia para determinar el estado de las lesiones.

En cuanto a las secuelas, valoradas conforme al sistema de puntos al que se somete expresamente la interesada para la cuantificación de la indemnización, según el referido informe de parte serían las siguientes:

- Coxalgia.....5 puntos
- Limitación de la movilidad a la rotación interna.....3 puntos
- Material de osteosíntesis.....4 puntos
- Cicatriz de seis cm. (perjuicio estético leve).....3 puntos

Atendido el momento en que se produce el siniestro, el 17 de marzo de 2004, resulta de aplicación el baremo contenido en la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. La valoración en puntos de cada secuela se sitúa en los valores medios del rango posible para cada una de ellas, pudiendo ser considerada como moderada y prudente.

De conformidad con la Resolución de 9 de marzo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2004, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, el importe de cada punto, atendido el total de 15 establecidos por el informe médico de valoración, asciende a 867,217024 euros, para una indemnización total por este concepto de 13.008,25 euros.

El factor de corrección alegado por la interesada, del 10 %, tiene carácter abierto en su aplicación y consta como límite máximo, cuando no se hubieran acreditado ingresos de la víctima y ésta se encuentre en edad laboral. En atención a dicho carácter facultativo, se considera precedente la aplicación de un factor corrector del 5% sobre el importe de las secuelas.

2. La incapacidad temporal.

De conformidad con la valoración económica efectuada por la interesada en su escrito de alegaciones (folio 14 del expediente) y de los datos extraídos del informe médico de parte, resultan los siguientes hechos:

a) La interesada estuvo hospitalizada durante cuatro días (del 17 al 20 de marzo de 2004), de lo que deriva una indemnización de 225,54 euros (56,384386 euros por día de hospitalización).

b) El 15 de junio de 2004 la interesada comienza tratamiento rehabilitador, afirmando que ya pudo moverse sin ayuda de terceras personas. Ello permite considerar que, desde el alta hospitalaria hasta esa fecha, los días serían improductivos, determinando una indemnización de 3.848,34 euros (45,813548 euros por 84 días -desde el 21 de marzo hasta el 14 de junio de 2004-).

c) No constando fecha de alta médica, y dado que en la cuantificación del daño que elabora la propia interesada, sitúa como último día indemnizable por incapacidad temporal el del final de la rehabilitación a la que fue sometida, el cálculo de los días no improductivos no debe llegar más allá de dicha fecha (20 de septiembre de 2004), correspondiendo en tal concepto un total de 2.393,17 euros (24,671873 euros por 97 días).

No obstante lo expuesto, y aunque las fechas indicadas son compatibles con la gravedad de las lesiones sufridas por la interesada, con carácter previo al abono de la indemnización correspondiente por este concepto de incapacidad temporal, debería acreditar la realidad de tales fechas.

3. La invalidez permanente.

No resulta suficientemente acreditada la realidad de esta situación de incapacidad por el informe médico, siendo necesaria la aportación de la correspondiente resolución administrativa de reconocimiento de invalidez para poder ser considerada, lo que no consta que se haya producido. En consecuencia, ninguna indemnización procede conceder por este concepto.

En definitiva, la suma total de la indemnización a abonar a la interesada sería la siguiente:

- Por secuelas.....13.008,25 euros
 - Factor de corrección (5%).....650,41 euros
 - Por la incapacidad temporal.....6.467,05 euros
- TOTAL.....20.125,71 euros

Dicha cantidad habrá de actualizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, y como quiera que la resolución, de ser aprobada de acuerdo con este Dictamen, implicaría la generación de un gasto para la Administración, con carácter previo deberán cumplimentarse las actuaciones que la normativa vigente exige en tales casos.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al ser imputables al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional los daños sufridos por la interesada.

SEGUNDA.- La indemnización a percibir por la reclamante puede calcularse con los criterios que se señalan en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 14/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. B. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. B. H., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 01/02/06

Extracto de Doctrina

Para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC, habiendo precisado la doctrina del Consejo de Estado 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.- D. F. B. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad T. B. H., presenta el 11 de marzo de 2005 una reclamación por daños y perjuicios (80 euros) contra la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por las lesiones sufridas por su hijo, el 9 de marzo de 2005, en el Instituto de Enseñanza Secundaria “Sangonera La Verde” del municipio de Murcia. Acompaña la factura de un odontólogo y copia del libro de familia acreditativo del parentesco entre el reclamante y el menor.

SEGUNDO.- El Director del IES de “Sangonera La Verde” remite comunicación de accidente escolar del alumno afectado, de 1º de ESO, con el siguiente relato de los hechos:

“El alumno T. B. H., bajaba de la 1ª planta para salir al recreo, jugando con su compañero M. R., resbaló y se golpeó en la boca, rompiéndose 2 dientes de la mandíbula inferior. La escalera tiene pasamanos a ambos lados y tiras antideslizantes”.

TERCERO.- Con fecha de 25 de octubre de 2005, 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 reclamante el 2 de noviembre siguiente.

CUARTO.- El órgano instructor solicita informe del Director del Centro sobre todas aquellas circunstancias que concurrieron en el accidente (concreción y características del lugar, testimonio de algún compañero, condiciones de la escalera y barandilla, etc.).

La Dirección del centro emite dos informes; el primero trasladando la primera versión del alumno accidentado, que manifiesta lo siguiente: “ T. B. H., alumno de integración que pertenecía al grupo 1º D de la E.S.O., el 9 de marzo del presente año, una vez terminada su clase, se dispuso a salir al recreo (...) para lo cual utilizó la escalera más próxima a la Sala de Profesores. Iba hablando y jugando (según él) con su compañero de clase M. R. F., y otros alumnos de su clase (...) cuando tropezó con un escalón y cayó golpeándose la boca. Como consecuencia del golpe se fracturó dos dientes de la mandíbula inferior. En ese instante no bajaba ningún profesor... Tal y como contaba el propio alumno la caída se podría catalogar de fortuita.

La escalera tiene barandillas a un lado y pasamanos en el otro, además los escalones cuentan todos ellos con bandas antideslizantes.

Inmediatamente el alumno y su compañero acudieron a mí, como Director... Vimos que la rotura había sido limpia y procedimos a buscar los trozos de dientes afectados, encontrando solo uno, rápidamente tomé mi vehículo y lo llevé a su casa (...) previamente

habiendo avisado a su madre (...) manifesté que debería llevarlo lo antes posible a una Clínica Dental y también me ofrecí a llevarles si no disponían de medio de locomoción.

Este informe fue redactado el 10 de noviembre, sin embargo, con fecha 16 siguiente, se vuelve a redactar otro complementario al anterior recogiendo el testimonio de M. R. F., compañero del alumno accidentado, quien manifiesta lo siguiente:

“Ese día, T. B. H. llevaba un pito negro de árbitro.

Que al subir del recreo lo llevaba en la boca y él le dijo que se lo quitara que alguien podría darle un golpe.

T. le dijo que no pasaba nada, e incluso le invitó a que él le golpease, lo que hizo con la palma de la mano y al darle le rompió los dientes.

M. asustado, le pidió que no contara la verdad, y se inventaron que había sido un golpe en la escalera”.

El Director del centro manifiesta en este último informe que, al cambiar totalmente la versión primera de lo ocurrido, volvió a llamar al alumno accidentado y delante de su compañero le pregunté de nuevo cómo se había roto los dientes, insistiendo el alumno en su versión primitiva, si bien, al contarle el relato de su compañero, manifestó que ocurrió como había contado M., y que tuvieron miedo de contar la verdad, y se inventaron la versión anterior.

QUINTO.- Con fecha 1 de diciembre de 2005 (registro de salida), se otorga un trámite de audiencia al reclamante, sin que conste que haya formulado alegaciones.

SEXTO.- La propuesta de resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no existir nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

SÉPTIMO.- Con fecha 18 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 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.

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 del 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 IES “Sangonera La Verde”, donde ocurrió el accidente.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

1) De las actuaciones practicadas puede afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona la misma, no se advierte que concurran en el accidente sufrido por el alumno 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 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, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

En el presente supuesto el reclamante no efectúa una imputación expresa del daño a una determinada acción u omisión del centro público, por lo que cabe deducir que su reclamación se basa en el hecho de que el accidente se produjo en un centro de titularidad pública.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, 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).

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, ya que, con independencia de que el accidente ocurriera según la primera versión (“jugando con un compañero resbaló y se golpeó la boca”), o según la última del alumno accidentado y de su compañero (“el alumno llevaba un pito negro de arbitro, y al subir del recreo lo llevaba en la boca, por

lo que el compañero le dijo que se lo quitara que alguien podría darle un golpe, a lo que contestó que no pasaba nada e invitó al compañero a que le golpease, lo que hizo con la palma de la mano, y al darle le rompió los dientes”), se debió a un lance puramente fortuito, que es absolutamente imprevisible e inevitable, resultando imposible evitar las consecuencias que estas actividades de esparcimiento conllevan, salvo que las mismas se prohibiesen totalmente, lo que llevaría al absurdo de impedir la libre expansión de los alumnos en el tiempo pensado y dedicado precisamente a esta finalidad.

Además tampoco concurren elementos generadores de riesgo, como defectos en las instalaciones, pues la escalera tiene pasamanos a ambos lados y tiras antideslizantes.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, viene señalando 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).

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 o por el mal estado de las instalaciones (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), siendo ésta también la doctrina establecida por este Consejo Jurídico (Dictámenes 130/2002 y 216/2002, entre otros muchos).

Así pues, 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.

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 el alumno y la prestación del servicio público

educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 15/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. E. Q., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. E. Q., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 01/02/06

Extracto de Doctrina

La jurisprudencia recaída acerca de cuándo se acaba la obligación de guardia del centro escolar no ha sido siempre constante (SSTS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 1991 y 4 de junio de 1999), y otros órganos consultivos habían precisado que los accidentes escolares fuera de los horarios lectivos no pueden imputarse a la Administración, al no existir nexos causales. Sin embargo, en el entorno temporal propio de las entradas del centro pueden producirse agresiones entre escolares, hechos cuyo tratamiento también puede encuadrarse en el deber de vigilancia y custodia que corresponde a la Administración educativa, como se reconoció en el Dictamen núm. 79/2003, en el que se consideró que la presencia disuasoria de un profesor hubiera minorado los efectos de una agresión.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Don A. E. Q., en nombre y representación de su hijo menor de edad, presentó reclamación por daños patrimoniales, que concreta en los gastos de reparación de una lesión dental (370 euros); según expone, el día 18 de noviembre de 2003, “*día de lluvia, el alumno dentro del recinto escolar recibe un paraguazo de otro alumno de su nivel, esperando entrar en el aula de música.*”

Acompaña factura expedida por un clínica bucodental, de 27 de noviembre de 2003, por un total de 70 euros, en concepto de “*reconstrucción composite de 2.1*” y “*radiografía periapical de 2.1*”. También se acompaña un informe realizado por dicha clínica de 18 de noviembre de 2003, que señala que dentro de 10 años necesitará una carilla de porcelana para aumentar la estética de dicha pieza dental, con un presupuesto de 300 euros. Finalmente acompaña fotocopia compulsada del libro de familia.

SEGUNDO.- Consta un informe de accidente escolar, de 20 de octubre de 2004, del Director del CEIP “Santiago el Mayor” de Murcia, que se pronuncia en los mismo

términos que la reclamación sobre los hechos ocurridos, si bien especifica que el accidente se produjo a las 8 horas, 40 minutos.

TERCERO.- El 24 de noviembre de 2004, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura dictó resolución por la que admite a trámite la reclamación, y designa instructora del expediente, siendo notificada al reclamante el 26 de noviembre siguiente (registro de salida).

CUARTO.- Solicitado por la instructora el informe preceptivo del centro escolar acerca del accidente ocurrido el 18 de noviembre de 2003, es emitido por el Director del centro, el 14 de octubre de 2005, en el siguiente sentido:

El día 18 de noviembre, siendo aproximadamente las 8 horas cincuenta y cinco minutos, los alumnos entraron en el vestíbulo del edificio debido a que estaba lloviendo. Los alumnos de 3º B, que tenían música, entraron corriendo al aula de música, situada junto al vestíbulo en la planta baja. Al llegar a la puerta y en el forcejeo por colocarse los primeros un alumno, R. T. F., empujó a otro A. E. Q., golpeándose éste último en el pomo de la puerta, sufriendo los daños físicos que se aportaron en su momento en el informe médico. Todo esto ocurrió antes de que el profesor pudiera llegar a la puerta para abrirla, ya que entraron unos cinco minutos antes de la hora de entrada debido a la lluvia. Este informe se redacta siguiendo las indicaciones de los alumnos, y de las averiguaciones que realizó el profesorado, ya que ningún adulto, padre o profesor, pudo ver lo ocurrido.”

QUINTO.- Con fecha 8 de noviembre de 2005 se acordó conceder trámite de audiencia al reclamante (recibido el 12 de noviembre de 2005) con el fin de que, pudiera tomar vista de lo actuado en le expediente, y alegar y presentar la documentación que en apoyo de su pretensión creyera oportuno, sin que hasta la fecha conste que aquél haya hecho uso de su derecho.

SEXTO.- La propuesta de resolución desestima la reclamación, por no existir nexo causal entre el funcionamiento público educativo y el daño alegado.

SÉPTIMO.- Con fecha 13 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 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.

Ante todo hay que señalar que 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, el reclamante es padre del alumno lesionado y, al ser éste menor de edad, le corresponde ejercitar su representación legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que 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 CEIP de Santiago el Mayor del municipio de Murcia.

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, 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 se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial.

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, ocasionan 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 destacado que la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática de cuantos hechos lesivos sucedan 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.

En el presente supuesto el accidente escolar se produjo fuera de la jornada escolar, pero dentro del centro escolar y antes del comienzo de las clases, es decir, lo que denominamos en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2003 como “tiempos intermedios”, que suscitan la problemática de si la responsabilidad de vigilancia corresponde al centro docente. En la precitada Memoria expusimos, con cita del Dictamen núm. 226/2002, que la jurisprudencia recaída acerca de cuando se acaba la obligación de guardia del centro escolar no ha sido siempre constante (pusimos como ejemplo las SSTs, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 1991 y 4 de junio de 1999), y que otros órganos consultivos habían precisado que los accidentes escolares fuera de los horarios lectivos no pueden imputarse a la Administración, al no existir nexo causal. Sin embargo, también indicamos que en el entorno temporal propio de las entradas del centro pueden producirse agresiones entre escolares, hechos cuyo tratamiento también puede encuadrarse en el deber de vigilancia y custodia que corresponde a la Administración

educativa, como se reconoció en el Dictamen núm. 79/2003, en el que se consideró que la presencia disuasoria de un profesor hubiera minorado los efectos de una agresión.

Así las cosas, resulta preciso, tal como ha señalado el Consejo de Estado, entre muchos otros, en su Dictamen número 3582/2001, analizar y ponderar las circunstancias que concurren en el presente caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan la responsabilidad patrimonial, legalmente establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC.

La propuesta de resolución desestimatoria se fundamenta en las siguientes razones:

- La causa de que el menor se golpee con el pomo de la puerta y sufriera los daños físicos tiene su origen en el comportamiento alborotado de los alumnos en el momento previo a la entrada del aula de música, con la intención de colocarse el primero ante la puerta.

- Aunque no existía presencia ni vigilancia de un adulto, profesor o padre, debe ponderarse que se trataba de un día especial, en el que los menores adelantaron la entrada al edificio por estar lloviendo, circunstancia que produce una situación de desconcierto por inhabitual, sin que resulte exigible al centro un turno de profesores que se haga cargo del alumnado cuando se produce este fenómeno atmosférico.

- La edad de los menores hace que sea normal también que los padres no se vean obligados a dejarlos con mayor celo y específicamente a cargo de un determinado profesor, y la presencia de un adulto no supone que el suceso se pudiera evitar.

Sin embargo, en el presente supuesto, concurren una serie de circunstancias que determinan que el accidente se produjera dentro del contexto propio de la actividad educativa (en sentido amplio) por las siguientes razones:

1ª. El accidente se produjo minutos antes de comenzar las clases (según el informe del Director a las 8,55 horas), es decir, en un momento muy cercano al principio del horario lectivo (9 horas), lapso de tiempo que, según indicamos en nuestro Dictamen núm. 226/2002, se puede entender, en una interpretación flexible, que el centro tiene la guardia de los menores. En este mismo sentido, el Consejo de Estado ha señalado que no es imprescindible, para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración titular del centro educativo, que las lesiones se produzcan durante el estricto desarrollo de las clases, sino que es posible llegar a dicha declaración de responsabilidad cuando el accidente se produce dentro del recinto escolar y fuera de la actividad educativa en sentido estricto (Dictamen núm. 3825/1997).

2ª. El propio centro reconoce que ningún adulto, padre o profesor pudo ver lo ocurrido, pues todo ocurrió antes que el profesor pudiera llegar a la puerta para abrirla, sin que la edad de los alumnos (8 años entonces), pueda hacer imprevisible estas actuaciones.

3ª. El accidente escolar se debió a que un alumno golpeó a otro compañero con el paraguas, forcejeando para colocarse el primero (se supone que de la fila para la entrada a clase), golpeándose el alumno accidentado con el pomo de la puerta, lo que supone la falta de intencionalidad de agredir a la que se refiere la dirección del centro, pero no excluye que pudiera haberse evitado si el profesor o un adulto hubieran ordenado la llegada de los alumnos a la fila para su entrada a clase.

Las anteriores razones conducen a estimar la reclamación de responsabilidad

patrimonial, si bien por los daños efectivamente acreditados (70 euros), pues en el caso de los daños futuros (“alrededor de 10 años necesitará una carilla de porcelana por valor de 300 euros”), se consideran daños desprovistos de certeza lo que no excluye, para el caso de daños continuados, que sean reclamados en su momento si fueran efectivos (artículo 139.1 LPAC), pues la acción queda abierta hasta que se concrete el alcance de la secuela, según indicamos en nuestro Dictamen núm. 73/2002.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, por cuanto concurren razones para estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

SEGUNDA.- Los gastos efectivamente acreditados ascienden a 70 euros, por las razones que se recogen en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 16/06.- Proyecto de Decreto por el que se establece el procedimiento de autorización para la implantación de estudios universitarios oficiales de postgrado en las universidades de la Región de Murcia.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 01/02/06

Extracto de Doctrina

Mientras que el Estado, en virtud de las competencias que le reserva el artículo 149.1, 30ª CE, tiene atribuida la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE, competencia en cuya virtud dicta el RD 56/2005, a la Comunidad Autónoma le corresponde decidir sobre la implantación y supresión de enseñanzas conducentes a la obtención de tales títulos, de conformidad, en cuanto a los universitarios se refiere, con lo dispuesto en los artículos 8.2 LOU y 17.1 LUMU.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de noviembre de 2005, la Dirección General de Universidades y Política Científica remite a la Secretaría General de la Consejería de Educación y Universidades un primer borrador o anteproyecto de Decreto, por el que se establece el procedimiento de autorización para la implantación de estudios universitarios oficiales de postgrado en las Universidades de la Región de Murcia.

El anteproyecto viene acompañado de la siguiente documentación:

1. Informe-Memoria del centro directivo iniciador del procedimiento de elaboración reglamentaria, que justifica el Decreto en la necesidad de desarrollar en el ámbito regional el marco jurídico que, a nivel estatal, fija el Real Decreto 56/2005, de 21 de enero, por el que se regulan los estudios oficiales de postgrado (en adelante RD 56/2005), con el objetivo de adaptar las titulaciones de postgrado al Espacio Europeo de Educación Superior.

El referido informe da cuenta del proceso de elaboración del anteproyecto, destacando la participación de las tres Universidades de la Región, así como de la Dirección General de Universidades del Ministerio de Educación y Ciencia. Asimismo, ha recibido el informe favorable del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia.

El anteproyecto consta de 13 artículos, tres Disposiciones Adicionales, dos Transitorias y dos Finales, efectuando el informe un amplio resumen de su contenido.

Cabe destacar, asimismo, la manifestación expresa de que la futura norma no comportará “gasto alguno imputable a la Administración regional, pues ésta subvenciona anualmente a las Universidades con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, los gastos para su funcionamiento general, entre los que se incluyen estas actuaciones universitarias”.

2. Propuesta del Director General de Universidades y Política Científica al Consejero de Educación y Cultura, para la tramitación del anteproyecto como Proyecto de Decreto.

3. Una Memoria económica que afirma la ausencia de incremento de coste para la Administración regional, derivado de la aprobación del futuro Decreto.

4. Observaciones de las tres Universidades ubicadas en la Región de Murcia al Proyecto.

5. Certificado del Secretario del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia, de 23 de noviembre de 2005, que deja constancia del informe favorable de dicho órgano.

SEGUNDO.- Como consecuencia de las observaciones formuladas por las Universidades y por el Consejo Interuniversitario, se elabora un segundo borrador del Proyecto, que igualmente será objeto de estudio por parte de las primeras, formulando nuevas observaciones las dos Universidades públicas.

TERCERO.- Sometido el Proyecto a la consideración del Servicio Jurídico de la Consejería promotora, éste efectúa diversas sugerencias u observaciones que sólo parcialmente serán asumidas e incorporadas al texto de la futura norma, a través del segundo borrador.

CUARTO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite en sentido favorable al Proyecto, si bien se efectúan diversas observaciones que sólo parcialmente serán incorporadas al texto.

QUINTO.- Por la Dirección General de Universidades y Política Científica se elabora una memoria valorativa de las observaciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, motivando el rechazo de la única sugerencia no aceptada.

SEXTO.- Como consecuencia del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se elabora un tercer borrador.

Consta en el expediente la propuesta del Consejero de Educación y Cultura al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto.

En tal estado del expediente y tras unir al mismo los preceptivos índice y extracto de secretaría, V.E. lo remitió en solicitud de Dictamen mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 16 de enero de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al considerarlo un Proyecto de disposición general dictado en desarrollo tanto de legislación básica del Estado, constituida por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), como de una Ley regional, la 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia (LUMU).

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

El artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) 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 (CE) y leyes orgánicas que lo desarrollen, sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30ª CE, y de la alta inspección para su cumplimiento y garantía. Se trata, por tanto, de una competencia concurrente con el Estado, en tanto que se comparte con él la función normativa sobre la materia, aun cuando en el presente supuesto no es de la misma cualidad.

En efecto, mientras que el Estado, en virtud de las competencias que le reserva el artículo 149.1, 30ª CE, tiene atribuida la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE, competencia en cuya virtud dicta el RD 56/2005, a la Comunidad Autónoma le corresponde decidir sobre la implantación y supresión de enseñanzas conducentes a la obtención de tales títulos, de conformidad, en cuanto a los universitarios se refiere, con lo dispuesto en los artículos 8.2 LOU y 17.1 LUMU.

El referido precepto regional establece determinados trámites a seguir para dicha implantación o supresión, indicando el artículo 17.3 LUMU que los requisitos para la implantación y supresión de enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, serán los exigidos por la LOU, la LUMU y por las normas que las desarrollen.

Atendido el contenido exclusivamente procedimental de la norma sometida a consulta, que se dirige a desarrollar, complementar y precisar la tramitación ya definida por la Ley, sin contradecirla, nada cabe objetar respecto a la existencia de competencia material para abordar su regulación.

En cuanto a la habilitación reglamentaria, y al margen de la general que corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma por así disponerlo el artículo 32.1 EAMU, la propia LUMU, en su Disposición Final primera autoriza al referido órgano a dictar las normas precisas para cumplir y desarrollar lo previsto en ella.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

a) Cabe efectuar un juicio favorable acerca del cumplimiento de los trámites esenciales exigidos por el artículo 53 de la Ley 6/2004, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de advertir el incumplimiento de la obligación que incumbe al centro directivo que asume la iniciativa de acompañar el anteproyecto de una motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, pues no cabe entender satisfecha tal exigencia con la memoria justificativa obrante en el expediente.

Del mismo modo, tampoco consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico una copia autorizada del texto del Proyecto de Decreto, como exige el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril. Si bien ante dicho defecto formal, que afecta al objeto mismo de la consulta, el Consejo Jurídico ordinariamente acuerda devolver el expediente a la Consejería consultante en orden a su subsanación, en este caso, atendida la urgencia que acompaña a la consulta, se opta por entrar a conocer del Proyecto.

b) De las observaciones efectuadas por las Universidades durante la elaboración del Proyecto se desprende que éstas han podido examinar un borrador de Orden en la que

ya se desarrollan algunas de las previsiones del futuro Decreto. Si bien la preceptividad del presente Dictamen queda limitada al Proyecto sometido a consulta, lo cierto es que hubiera sido muy conveniente la incorporación al expediente del referido borrador de Orden, en tanto que ello permitiría enjuiciar el rango normativo más adecuado para cada una de las previsiones contenidas tanto en el Proyecto como en aquel borrador, al tiempo que posibilitaría a este Consejo Jurídico un conocimiento más exacto de las observaciones efectuadas por las Universidades.

Ha de advertirse, asimismo, que no consta una valoración de las consideraciones y sugerencias planteadas por las indicadas instituciones académicas, lo que impide conocer el alcance de la fundamentación que ha llevado a su rechazo o, por el contrario, a su incorporación en el texto.

CUARTA.- Observaciones al texto del Proyecto.

1. Artículo 5. Documentación que debe presentarse junto a la solicitud.

a) En la letra a) únicamente se prevé la posibilidad de que la implantación de la enseñanza se deba a la iniciativa del Consejo Social, pues la certificación que se exige lo es sólo del acuerdo del Consejo Social proponiendo la implantación, cuando lo cierto es que el artículo 8.2 LOU y el 17.1 LUMU admiten la iniciativa del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, debiendo recabar entonces el acuerdo del Consejo Social, el cual ya no propondrá la implantación, sino que se limitará a manifestarse de acuerdo o no con ella. Esta segunda posibilidad, limitada por la Ley a las Universidades públicas, debería reflejarse también en el artículo 5, letra a) del Proyecto, lo que en la redacción actual no ocurre.

b) La Dirección de los Servicios Jurídicos ya advirtió de la necesidad de suprimir el inciso “autorización de la implantación”, en la letra f), como contenido mínimo de la ficha de identificación de los programas de postgrado oficiales, pues precisamente dicha autorización constituye *“el objeto de la solicitud a la que acompaña la mencionada ficha, por lo que no parece posible incluirla en tal documento”*.

Esta observación obtuvo una acogida positiva por la Dirección General promotora del Proyecto, de conformidad con la memoria valorativa de las sugerencias expedida por su titular (folio 95), pero dicha aceptación no se ha materializado en el texto definitivo del Proyecto, lo que cabe reputar como un mero error por omisión, que debe ser corregido.

c) Los apartados e) y f) remiten a una ulterior determinación reglamentaria el diseño tanto del modelo de memoria justificativa de la implantación como de la ficha de identificación de los programas de postgrado oficiales, sin determinar qué órgano habrá de hacer efectiva dicha habilitación, si el Ministerio de Educación y Cultura, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o la Consejería del ramo.

Respecto a esta última posibilidad, es decir, la determinación de los modelos por Orden del Consejero de Educación y Cultura, cabe indicar que dado el carácter meramente organizativo interno o doméstico que reviste tal actuación normativa, en tanto que lo que se pretende es establecer unos documentos normalizados tendentes a facilitar la tramitación interna de las solicitudes de autorización de implantación de enseñanzas, el Consejero ostentaría potestad reglamentaria para hacerlo, de conformidad con el artículo 52.1 de la Ley 6/2004.

Debe, en consecuencia, establecerse a quién corresponde determinar los modelos de documento correspondientes.

Esta observación cabe hacerla extensiva a los artículos 8 y 9 del Proyecto.

2. Artículo 10. Tramitación de las solicitudes.

a) La cita normativa contenida en el apartado 5 debe hacerse al artículo 5 RD 56/2005, y no al precepto que modifica la redacción original de dicho artículo.

b) Debería considerarse la conveniencia de establecer un plazo máximo de tramitación del procedimiento, salvo que se considere adecuado el de tres meses establecido por el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como supletorio para aquellos procedimientos cuya normativa reguladora no establezca un plazo específico.

3. Artículo 12. Revocación de la autorización.

Se contempla en el precepto la posibilidad de revocar la autorización ya concedida cuando se tenga conocimiento de que la Universidad incumple alguno de los requisitos y compromisos adquiridos al solicitar la autorización, pero se limita esta eventualidad al período durante el cual se desarrolle el proceso de acreditación ante el organismo evaluador correspondiente. Considera el Consejo Jurídico que debería extenderse esta posibilidad más allá de ese concreto período, es decir, a toda la vigencia de la autorización.

4. Disposición Transitoria primera.

A más del escaso margen que la fecha contemplada en esta Disposición como *dies ad quem* del plazo para presentar las solicitudes de autorización de implantación deja a la tramitación, aprobación y publicación de la norma en proyecto, debe advertirse de una verdadera imposibilidad, más que dificultad, que surgirá al combinar las fechas previstas en el artículo 10.5 del Proyecto, que por responder a la establecida en la norma básica resulta inalterable para la Comunidad Autónoma, y la contemplada en esta Disposición Transitoria.

En efecto, si las solicitudes de autorización pueden ser presentadas hasta el mismo día 15 de febrero, será imposible cumplimentar en ese mismo día el trámite de información o comunicación al Consejo de Coordinación Universitaria, pues el objeto de esta comunicación no son las solicitudes presentadas, sino los programas de postgrado cuya implantación se haya autorizado. Es evidente que, por muy ágil que sea la tramitación de las solicitudes cursadas, será imposible culminarla en el mismo día 15 de febrero, atendidos los trámites preceptivos que el mismo artículo 10 del Proyecto impone.

En consecuencia, debería reconsiderarse el establecimiento de la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes para el curso 2006-2007 o, incluso, la conveniencia de aplicar este Decreto a las solicitudes correspondientes a dicho curso académico.

5. Disposición Final primera. Habilitación normativa.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición Final primera del Proyecto y el epígrafe que la intitula, cabría entender incluida en la facultad de dictar las disposiciones necesarias para la aplicación de lo establecido en el Decreto, atribuida al Consejo, 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 EAMU) 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, como ya se indicó con ocasión de las singulares remisiones reglamentarias efectuadas en el articulado del Proyecto. 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.

QUINTA.- Observaciones de carácter general.

1. Al igual que todos los artículos y las Disposiciones Finales se epigraffan, también deberían intitularse las Disposiciones Adicionales y las Transitorias.

2. Debería revisarse el texto en orden a efectuar un uso homogéneo de la inicial mayúscula al referirse de forma genérica a las “Universidades”, pues unas veces se consigna en mayúscula y otras en minúscula.

De igual modo debe unificarse la referencia al Espacio Europeo de Enseñanza Superior; esta denominación es la correcta de conformidad con el Título XIII de la LOU, al que en alguna ocasión el Proyecto continúa denominando Espacio Europeo de Educación Superior, aun cuando ya el Servicio Jurídico de la Consejería puso de manifiesto dicha circunstancia.

3. Debe eliminarse la tilde en la palabra “asímismo”, del artículo 3.2 del Proyecto.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente el Proyecto de Decreto sometido a consulta, sin perjuicio de las observaciones formuladas que, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 17/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. F. P., en nombre y representación de su hija menor de edad A. F. V., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 06/02/06

Extracto de Doctrina

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 del Consejo de Estado 2.099/2000). En el mismo sentido los Dictámenes números 8/2003 y 25/2004 de este Órgano Consultivo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de mayo de 2005 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Educación y Cultura reclamación de daños y perjuicios formulada por D. M. F. P., en nombre y representación de su hija menor de edad A. F. V., a consecuencia del accidente sufrido por la menor el día 25 de abril de 2005, cuando hallándose dentro del recinto del Instituto de Enseñanza Secundaria de Llano de Brujas (Murcia), fue empujada por la espalda cayéndosele al suelo las gafas que se rompieron. Presenciaron los hechos las condiscípulas de A., V. F. O., N. K. M. y M. F. O..

La solicitud viene acompañada de la siguiente documentación: a) factura de una óptica por importe de 222,70 euros; b) fotocopia del libro de familia.

El Director del citado IES envía mediante fax dirigido a la Consejería consultante copia de la reclamación antes citada, así como informe del accidente con el siguiente relato de los hechos: *“Estando dentro del recinto del Instituto fue empujada por la espalda y las gafas cayeron al suelo”*.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de 26 de octubre de 2005, aquélla solicitó informe al Director del IES, acerca de las circunstancias en que concurren los hechos y, concretamente, sobre:

- Relato pormenorizado de los hechos.
- Lugar donde se produjo el accidente.
- Si estaba presente algún profesor.
- Testimonio de las alumnas que presenciaron los hechos.
- Otras circunstancias que se pudieran estimar de interés.

En contestación a tal requerimiento, el Director remitió el siguiente informe:

“-Relato pormenorizado de los hechos:

El día 25/04/05, a las 10,40 horas, cuando los alumnos entraban a clase, después del horario de recreo, en el pasillo Central del IES que lleva a la clase de 1º C, todos los alumnos iban en un grupo muy numeroso puesto que en ese pasillo hay varias clases. Algunos de ellos, que venían corriendo, empujaron a A. provocando que se le cayeran las gafas al suelo. Aunque, según los alumnos que iban detrás, ninguno de ellos las pisó, cuando A. las recogió estaban rotas.

-Lugar donde se produjo el accidente:

En el pasillo central de la planta baja del IES.

-Si algún profesor presencié los hechos.

No lo vio ningún profesor.

-Testimonio de los testigos: N. K. M. y otras.

Iban unos pasos detrás de A., cuando vieron que varios niños que venían corriendo la empujaron y los que iban detrás pisaron las gafas sin darse cuenta”.

TERCERO.- Con fecha 14 de noviembre de 2005 se dirigió oficio al interesado comunicando la apertura del trámite de audiencia, al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que conste que el reclamante haya hecho uso de este derecho.

CUARTO.- El 14 de diciembre de 2005 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar que no existe nexo causal entre el funcionamiento de la actividad docente y el daño que se alega.

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 de la Región de Murcia el pasado 19 de diciembre de 2005.

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.

La acción de reclamación se ha interpuesto 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), habiendo sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

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 16.2, 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.

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 (por todos, el número 126/2004), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos 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).

De la instrucción del expediente se desprende que el daño se produjo con independencia del actuar administrativo, pues la alumna se encontraba en el pasillo del Instituto junto con un nutrido grupo de compañeros, cuando fue accidentalmente empujada, cayendo sus gafas al suelo, y aunque del informe del Director no haya quedado claro si dichas gafas se rompieron simplemente por su impacto contra el suelo o, por el contrario, fueron pisadas por los otros compañeros que iban detrás de A., dicha circunstancia resulta irrelevante puesto que, en cualquier caso, la rotura no fue intencionada.

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). En el mismo sentido los Dictámenes números 8/2003 y 25/2004 de este Órgano Consultivo.

A este respecto, no se ha probado por el reclamante que los hechos se produjeran por una inadecuada vigilancia de los profesores, una inadecuada ubicación o estado de las instalaciones o una agresión intencionada de sus compañeros.

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 este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de julio y 13 de septiembre de 2002, esta última dictada en unificación de doctrina.

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 18/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. R. O. E., en nombre y representación de su hija menor de edad R. M. M. O., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 06/02/06

Extracto de Doctrina

No cabe imputar los efectos lesivos producidos al funcionamiento del servicio educativo, pues éste no extiende su ámbito de actuación a la prestación de funciones de vigilancia y control de lo acaecido en un espacio destinado al estacionamiento de vehículos. En este sentido se ha manifestado reiteradamente este Órgano Consultivo en supuestos que guardan similitud con el que nos ocupa (por todos, Dictamen núm. 199/2002). Así, quien decide libremente utilizar los recintos habilitados en centros educativos para aparcamiento, no puede obtener de ello mayor garantía o cobertura de daños de la que disfrutaría de haber estacionado su vehículo en la vía pública, salvo que concurriera un compromiso expreso de salvaguarda del que en el presente caso no hay indicio alguno.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Director del Instituto Infante Juan Manuel de Murcia, remite a la Consejería de Educación y Cultura reclamación de daños y perjuicios formulada por D. M. R. O. E., a consecuencia del accidente sufrido por su hija R. M. M. O. en dicho centro el día 26 de noviembre de 2004, teniendo entrada en el Registro de la Consejería el 15 de diciembre siguiente. En la reclamación no se cuantifican los daños que alega haber sufrido.

La solicitud viene acompañada de la siguiente documentación:

- Comunicación de accidente escolar, según la cual R. M. M. O., de 16 años de edad, salía del aparcamiento en moto y quedó atrapada entre dos coches que maniobraban para salir, rozando con el coche del profesor D. J. R. V. M. y cayendo al suelo, produciéndose esguince de rodilla y tobillo que precisó asistencia sanitaria y rehabilitación.

- Fotocopia del DNI de la menor accidentada.

- Informe médico del servicio de urgencias del Hospital Morales Meseguer.

- Informe de una clínica de rehabilitación privada que atendió a la lesionada.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 12 de enero de 2005, la instructora solicitó informe a la Dirección del centro escolar sobre las circunstancias concurrentes en los hechos. En contestación a tal escrito, el Director del colegio remitió el siguiente informe:

“En respuesta a su escrito de fecha 12 enero de 2005 con número de expediente: SG/SJ/RP/98/04 y de Rfa.: CMG/ada, le informo de las dimensiones y de la ubicación del aparcamiento de este Centro: Tiene un total de 600 metros cuadrados, se utiliza la mitad para uso peatonal y común de entrada y salida de vehículos, claramente diferenciados. La otra mitad se utiliza como aparcamiento de automóviles tanto para

profesores como para alumnos (donde aproximadamente entran unos 25 vehículos), así mismo están diferenciados el aparcamiento de automóviles y de motocicletas (donde aproximadamente entran unas 30). Siempre dentro del recinto escolar.

Así mismo le adjunto informe del Sr. Profesor causante con el visto bueno del Sr. Director, donde señala motivos, causas, datos personales de la alumna y del suyo propio, así como de los vehículos afectados y de sus compañías aseguradoras”.

A su vez el profesor informa lo siguiente:

“1. El ciclomotor conducido por la alumna R. M. M. O. y el automóvil conducido por el profesor don J. R. V. M. rozan lateralmente, la alumna pierde el equilibrio y le cae el ciclomotor sobre la pierna.

2. El accidente se produce dentro del recinto escolar, en el patio delantero que sirve de aparcamiento conjunto a más de treinta coches de profesores y otros tantos ciclomotores de alumnos.

3. A las catorce horas y treinta minutos termina la jornada escolar y salen a la vez los coches y los ciclomotores por la misma puerta, que está junto a la de los alumnos, por lo que se forma un tapón de tráfico de personas y vehículos ya que no hay guardia nunca para regular la salida del centro y el tráfico de la calle en la que, casi siempre, se detienen coches en doble fila que esperan la salida de los alumnos. En estas circunstancias el riesgo está siempre presente.

4. El accidente se produce diez metros antes de la puerta de salida cuando según testimonio de la alumna intenta pasar entre dos coches que maniobran para salir y se queda sin espacio al frenar el coche delantero ante la puerta y cerrarle el paso.

5. Aunque no se apreciaba herida ni hematoma se le aplicó hielo en la pierna ya que se quejaba de dolor en la misma. Fue llevada, junto con su hermano, a su casa en el coche del profesor V., que habló con sus padres. La madre vino al día siguiente y comunicó que el médico le apreció un esguince pero que no iba a dar parte de lo ocurrido al seguro. Ante esto el profesor tampoco hizo parte de accidente en ese momento.

6. Dos semanas después, aproximadamente, la madre de la alumna vuelve por el centro y comunica al profesor V. que el médico le ha quitado el vendaje pero le ha mandado unas sesiones de rehabilitación que está ella pagando por que no se las cubre la seguridad social. Solicita que se tramite esta ayuda por el Seguro Escolar y así se hace.

7. El automóvil de profesor V. sí tiene póliza de seguro por daños a tercero y ha dado parte del accidente a su compañía de seguros al conocer la reclamación por gastos de rehabilitación. También ha aconsejado a la madre de la alumna que haga lo mismo a través del seguro del ciclomotor, de la que ella es titular.

8. La alumna tiene cobertura del Seguro Escolar ya que cursa Primer Curso de Bachillerato”.

Finaliza su informe indicando las compañías aseguradoras del ciclomotor de la alumna y de su automóvil.

TERCERO.- Comunicada a la interesada la apertura del trámite de audiencia, ésta comparece en la Consejería de Educación y Cultura tomando vista del expediente y aportando recetas del C. M. J. X. e informe del Dr. M. R., en el que se señala que la

menor se encuentra al día de la fecha, 2 de febrero de 2005, en tratamiento rehabilitador y condroprotectores. Añade que, en el supuesto de que no obtuviese mejoría, sería preciso practicar RNM e, incluso, una artroscopia.

Seguidamente la instructora dirige escrito a M., compañía aseguradora del vehículo propiedad del profesor implicado en los hechos, concediéndole trámite de audiencia, al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos estimase oportuno, y, en especial, aquellos por los que se indicara el estado de tramitación del parte de accidente que les hizo llegar su asegurado, Sr. V. M., en relación con los hechos objeto de reclamación, sin que dicha mercantil hiciera uso de dicho derecho en el plazo de 15 días concedido al efecto.

CUARTO.- El día 25 de julio de 2005, se solicita de la Dirección Provincial del INSS, antecedentes relativos al referido accidente, dado que en la fecha en la que ocurrieron los hechos la alumna cursaba primer curso de bachillerato, y era beneficiaria de las prestaciones del Seguro Escolar.

En su contestación, la Dirección Provincial del INSS, informa lo siguiente:

“En esta Dirección Provincial existe Solicitud de Prestación de Accidente Escolar a nombre de la estudiante R. M. M. O. con DNI. X, presentado en nuestro C.A.I.S.S.-1 en fecha 21/12/04, relativa al accidente escolar sufrido en fecha 29/09/04. Dicho expediente fue resuelto favorablemente, habiéndose pagado en concepto de asistencia médica las siguientes cantidades:

- Factura de 31/01/05 de 20 sesiones de Rehabilitación, pagada directamente al C. D. M. D. D..

-Factura de Resonancia Magnética, pagada directamente a R. M. D. S..

-Factura de asistencia médica y Rx, pagada directamente a C. M. J. X..

-Factura de 30/04/05 de 20 sesiones de Rehabilitación, pagada directamente al C. D. M. D. D..

No se ha solicitado ningún otro gasto relativo al accidente, por parte de la interesada.

El Parte de Accidente Escolar y el Certificado Medico para el Seguro Escolar aportados se refieren a fecha 29-09-04, se describe que fue un accidente de moto en el centro docente, en actividad autorizada por dicho centro, y las lesiones que presentó fueron de tobillo y rodilla izquierdos.

Advertimos que la fecha que nos refieren de accidente en su escrito es 26/11/04, aunque coincide la descripción de lo ocurrido, no coincide con la fecha de accidente en nuestro expediente”.

QUINTO.- El 25 de agosto 2005, la instructora concede un nuevo trámite de audiencia a la interesada, al tiempo que le requiere para que indique la cantidad que solicita como indemnización, al no obrar en el expediente elementos que permitan determinar el *quantum* indemnizatorio.

Transcurrido el plazo concedido para evacuar este trámite, la reclamante no comparece ni formula alegación alguna.

SEXTO.- El 14 de noviembre de 2005 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado.

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 de la Región de Murcia el pasado 22 de noviembre de 2005.

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.

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 normativa de desarrollo para la tramitación de esta clase de reclamaciones. No obstante, se advierte que, en contra de lo que es habitual en los expedientes tramitados en materia de responsabilidad patrimonial por la Consejería consultante, se ha omitido la correspondiente resolución de admisión de la reclamación y designación de instructor, trámite que, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 RRP, ha de anteponerse a cualquier otro acto o trámite.

II. En lo que se refiere a la legitimación activa, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, corresponde a los padres que ostenten la patria potestad, puesto que ellos son los representantes legales de sus hijos menores no emancipados. Pero, para que esa representación legal pueda hacerse efectiva, es esencial que se demuestre la relación paterno filial, lo que no ha ocurrido en el caso que nos ocupa, ya que sólo se adjunta copia del anverso del DNI de la menor, documento que por sí solo carece de fuerza probatoria de la relación alegada.

A pesar de ello la Consejería de Educación y Cultura, a través de diversas y sucesivas actuaciones anteriores a la propuesta de resolución (y en esta misma), reconoce la representación de R. M. M. O. por su madre, 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 del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1983 y 1 de febrero de

1989; lo que exige, antes de dictar resolución, requerir, según lo dispuesto en el artículo 32.4 LPAC, a D. M. R. O. E. para que subsane la falta de acreditación de la representación que dice ostentar, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los medios previstos en el apartado 3 del citado precepto.

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 16.2, 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.

TERCERA.- Sobre las vías de resarcimiento y el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Del examen de las actuaciones obrantes en el expediente se desprende que cuando se produjo el accidente la alumna accidentada, que cursaba 1º de Bachillerato, era beneficiaria de las prestaciones del Seguro Escolar, y que el expediente tramitado al efecto de obtener las correspondientes prestaciones fue resuelto favorablemente, según confirma la Dirección Provincial del INSS (folio 25), habiéndose abonado las facturas presentadas en concepto de asistencia médica, haciendo especial hincapié dicho organismo en que no se ha solicitado el abono de otro gasto por parte de la interesada.

La existencia de otra vía resarcitoria paralela (seguro escolar) ya fue objeto de análisis en nuestro Dictamen 141/2005, en el que concluíamos que si bien es cierto que cuando exista en el ordenamiento una vía específica de resarcimiento para perjuicios acaecidos en el seno de una determinada relación jurídica, tal vía resulta de aplicación preferente, no lo es menos que si en el supuesto de que se trate concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial (artículos 139 y ss. LPAC), la Administración debe resarcir al perjudicado en el daño no cubierto o insuficientemente cubierto por la vía resarcitoria principal, conclusión que se alcanza atendiendo a la finalidad del instituto de la responsabilidad patrimonial de obtener la reparación íntegra del daño sufrido.

No obstante, en el supuesto que nos ocupa, la reclamante no llega a concretar en momento alguno, a pesar de que es requerida para ello en varias ocasiones, la totalidad de los daños sufridos por su hija ni su cuantía; circunstancias que, conforme exige el artículo 6 RRP, corresponde acreditar al interesado que deberá acompañar a su reclamación cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de los que pretende valerse.

Tal comportamiento nos permite presumir, como acertadamente señala la instructora en su propuesta de resolución, que el resarcimiento por los daños sufridos se ha producido de modo íntegro por la vía preferente del seguro escolar.

Aunque lo anterior haría innecesario analizar el resto de circunstancias a las que se refiere el artículo 12 RRP, el Consejo estima conveniente entrar a conocer del fondo del asunto, con el fin de determinar si concurre la pretendida relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños sufridos por la menor.

CUARTA.- 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, 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”.

En el supuesto que nos ocupa la imputabilidad a la Administración derivaría exclusivamente de la circunstancia de producirse el accidente en el interior del aparcamiento de un centro educativo, y verse implicados en él un profesor y una alumna del Instituto. Sin embargo, lo anterior no puede en modo alguno ser título suficiente para que se estime que concurre responsabilidad patrimonial. En efecto, no cabe imputar los efectos lesivos producidos al funcionamiento del servicio educativo, pues éste no extiende su ámbito de actuación a la prestación de funciones de vigilancia y control de lo acaecido en un espacio destinado al estacionamiento de vehículos. En este sentido se ha manifestado reiteradamente este Órgano Consultivo en supuestos que guardan similitud con el que nos ocupa (por todos, Dictamen núm. 199/2002). Así, quien decide libremente utilizar los recintos habilitados en centros educativos para aparcamiento, no puede obtener de ello mayor garantía o cobertura de daños de la que disfrutaría de haber estacionado su vehículo en la vía pública, salvo que concurriera un compromiso expreso de salvaguarda del que en el presente caso no hay indicio alguno.

En el momento del accidente, tanto el profesor como la alumna, no se hallaban desarrollando actividad alguna de tipo académico. Actuaban en esa ocasión como meros particulares que realizaban maniobras con sus respectivos vehículos, debidamente habilitados para ello por sus correspondientes permisos de conducir, y cubiertos, para el supuesto de accidente, por sendas pólizas de seguro; sin que, por otro lado, conste hasta qué punto la causa desencadenante del siniestro no fuera otra que la propia conducta de

la víctima que intentó pasar entre dos vehículos, sin que, al parecer, existiese espacio para ello.

En definitiva, no cabe admitir la existencia de relación causal entre el evento lesivo y el funcionamiento del servicio educativo, toda vez que no es posible entender que las funciones de vigilancia sobre los alumnos o sobre el aparcamiento, pueda llevar su extensión a garantizar la indemnidad de las personas y de los vehículos que lo utilizan.

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 19/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a N. C. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 06/02/06

Extracto de Doctrina

El Tribunal Supremo viene declarando que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa no obsta a tener que dejar fuera del campo de esta responsabilidad los casos de fuerza mayor o de actuación de un tercero “tan principal y tan exclusiva que sea suficiente para eximir por completo de responsabilidad” a la Administración (STS, Sala 3^a, de 28 de enero de 1993, citada por la STSJ de Valencia de 15 de julio de 1998).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 9 de octubre de 2003 se presentó en el Registro de la Delegación del Gobierno de Murcia un escrito de reclamación de D. N. C. S. en el que solicita indemnización por los presuntos daños y perjuicios sufridos en su vehículo y en su integridad física como consecuencia del accidente de circulación que tuvo lugar el día 14 de enero de 2000, en la carretera F-24, Avenida del Mirador, en San Javier (Murcia). Según manifiesta la reclamante, el accidente se produjo cuando circulaba

con su ciclomotor, marca Vespino y nº de bastidor X, por la Avenida del Mirador, en dirección a la Ciudad del Aire y, al llegar a la altura de la empresa “S. D.”, perdió el equilibrio, cayendo al suelo debido a la existencia de un gran socavón en la calzada que se encontraba sin señalizar. Solicita una indemnización de 11.560,82 euros, que desglosa en los siguientes conceptos:

- Daños materiales: 131,77 euros.
- Lesiones físicas:
 - 90 días improductivos (44,65 euros/día): 4.018,50 euros.
 - 9 puntos de secuelas (707,95 euros/punto): 6.371,55 euros.
 - 10 % factor corrector: 1.039 euros.
- Total lesiones y secuelas: 11.429,05 euros.

Finalmente, la reclamante solicitaba la práctica de prueba testifical y documental.

Con su escrito de reclamación, adjuntó:

-Fotocopia de la denuncia interpuesta ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier en fecha 30 de marzo de 2000, a resultas de la cual se incoaron las Diligencias Previas nº 194/00.

-Parte de comunicación judicial emitido por el Hospital “Los Arcos”, de fecha 14 de enero de 2000, en el que consta la asistencia efectuada a D. N. C. S.

-Informe de la Policía Local de San Javier, de fecha 16 de enero de 2000 (remitido al Juzgado mediante oficio de 6 de noviembre de 2000), y copia de tres denuncias formuladas ante la Policía Local del Ayuntamiento de San Javier por accidentes ocurridos en la zona, uno el mismo día que el que nos ocupa, y otro al día siguiente (la otra denuncia es del padre de la reclamante por el accidente de que se trata). El informe de la Policía Local citado, emitido por un Cabo del servicio, indica lo siguiente:

“Durante la semana del 11 al 16 del corriente, y debido a las lluvias caídas en el término municipal, el asfalto de calles y carreteras se ha visto degradado, con baches, algunos de ellos de consideración, creando peligro para el tráfico rodado, que en su día ya realicé un escrito para las calles de propiedad municipal, así como realizadas diversas llamadas al servicio de mantenimiento de carreteras.

Que en el caso de la MU-301 y la F-24, han sido señalizadas con conos grandes con reflectantes y triángulos de peligro a lo largo de la semana en varias ocasiones, ya que han sido sustraídos (seis conos) por personas desconocidas y debido a ello se han producido diversos accidentes, algunos de ellos de consideración como el caso de un ciclomotor conducido por una chica y que se encuentra actualmente ingresada en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

Que en el día de hoy he vuelto a llamar al servicio de mantenimiento a las 18:00 horas, exponiéndoles que la situación era realmente peligrosa, personándose un equipo de ellos formado por tres hombres a las 20:00 horas, dejando señalizado ambos lugares con conos y discos de peligro, siendo devueltos los conos y triángulos nuestros que aún quedaban”.

-Fotocopia del escrito en virtud del cual la interesada interpuso recurso de reforma y

subsidiario de apelación contra el Auto del citado Juzgado, de fecha 4 de mayo de 2001, que decretó el archivo de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal.

-Fotocopia del Auto de 6 de agosto de 2001, del mismo Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier, desestimando el citado recurso de reforma.

-Fotocopia del Auto del 11 de marzo de 2003 de la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de apelación, confirmando el archivo de las actuaciones penales, con reserva de acciones civiles.

-Fotocopia de informe médico forense, de fecha 19 de mayo de 2000.

-Fotocopia de la nómina de la reclamante correspondiente al mes de febrero de 2000.

-Presupuesto de reparación del ciclomotor.

-Fotocopia del informe del Jefe de la Sección de Asuntos Generales del Ayuntamiento de San Javier dirigido al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de San Javier, en el que indicó que la carretera en que ocurrió el accidente es de competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de octubre de 2003 el órgano instructor notificaba al domicilio designado por el reclamante un oficio 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).

Se comunicaba también en dicho escrito que el plazo de resolución quedaba en suspenso por el tiempo que mediase entre el requerimiento de diversa documentación que allí se efectuaba (que luego se dirá) y su cumplimentación.

TERCERO.- Con fecha de 24 de octubre de 2003, la instructora remite la reclamación de referencia y la documentación adjunta a la Dirección General de Carreteras, a los efectos de emisión de su informe.

En la misma fecha, se requiere la emisión de informe técnico acerca de la valoración de los daños al Parque de maquinaria de la Dirección General de Carreteras, y se solicita al Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier la remisión de testimonio íntegro de las Diligencias nº 194/00.

CUARTO.- En fecha 6 de noviembre de 2003, y de conformidad con el requerimiento efectuado en su día, la reclamante presentó los siguientes documentos, mediante fotocopia compulsada: D.N.I. de la interesada, recibo de pago de la prima del seguro obligatorio correspondiente al vehículo, licencia de conducción del ciclomotor y certificado de sus características técnicas. El 17 de noviembre de 2003, la reclamante aportó certificado del número de su cuenta bancaria, así como declaración jurada de no haber percibido indemnización por este suceso. No aportó el permiso de circulación del vehículo.

QUINTO.- El 23 de enero de 2004 se remite por la Dirección General de Carreteras un informe de fecha 19 de enero anterior, del siguiente tenor:

“A.- Se tiene constancia de este siniestro a través de la Policía Local de San Javier que manifiesta que ha afectado a la conductora de un ciclomotor en la carretera F-24 en el tramo de la N-332 hacia Santiago de la Ribera.

B.- Se tiene constancia del socavón el día 16 de enero de 2000 cuando somos requeridos por la Policía Local de San Javier y se desplaza un equipo preparado para señalizarlo junto a otros muchos que se habían producido en diversas carreteras de la zona a causa de las fuertes lluvias descargadas entre los días 11 y 16 de enero de 2000, que ocasionaron numerosos daños en las carreteras del Sector de Murcia.

C.- De acuerdo con la documentación aportada por la reclamante se acompaña informe del Cabo de la Policía Local de San Javier en el que informa de la desaparición o sustracción de varios conos y triángulos de señalización de puntos peligrosos durante los días anteriores al del siniestro y que habían sido colocados en varias ocasiones en la carretera donde se produjo el citado accidente.

D.- No existe ninguna (responsabilidad) imputable a otras administraciones.

F.- Se procedió al bacheo y eliminación del bache en cuestión cuanto antes se pudo, teniendo en cuenta que a causa de la fuerte humedad del terreno, las labores de bacheo y regularización del firme no pudieron acometerse hasta que éste quedó suficientemente seco, ya que la adherencia de los materiales aportados no lo permite.

G.- La carretera se halla perfectamente señalizada y cuando fuimos requeridos, se aportaron los conos reflectantes necesarios, señales de estrechamiento de calzada, limitación de velocidad y señal de peligro indefinido en ambos sentidos de la circulación.

H.- Sin valoración de daños.

I.- El siniestro pudo producirse al ser sustraídos por personas desconocidas los conos y triángulos colocados en varias ocasiones y no ser advertida por ello, la conductora del ciclomotor, del riesgo del circular sobre esa superficie completamente mojada y deslizante”.

SEXTO.- Con fecha 11 de marzo de 2004, la instructora del procedimiento solicita a la Dirección General de Carreteras un informe sobre la situación exacta del bache en la carretera, así como si existía o no arcén practicable en la misma. En la misma fecha es reiterado el oficio remitido en su día al Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier por el que se solicitó el envío de testimonio íntegro de las Diligencias Previas nº 194/00.

SÉPTIMO.- El 16 de marzo de 2004 la reclamante dirige escrito a la Consejería instando la continuación del procedimiento administrativo.

OCTAVO.- En fecha 22 de abril de 2004 se remite por el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier testimonio íntegro de las Diligencias Previas nº 194/2000 incoadas en virtud de denuncia de D. N. C. S..

NOVENO.- Mediante comunicación interior, de fecha 11 de octubre de 2004, la instructora del procedimiento solicita de nuevo a la Dirección General de Carreteras el informe mencionado en el Antecedente Sexto.

DÉCIMO.- En informe de 25 de octubre de 2004, la Dirección General de Carreteras informa lo siguiente:

“1.- La carretera aludida en el momento del siniestro se encontraba pavimentada en su totalidad de aglomerado en caliente y la marcación de la línea de borde de la calzada junto al borde dejaba un arcén en parte con el aglomerado propio de la carretera y una berma de unos 50 cm., no siendo practicables en su conjunto.

2.- La situación del llamado socavón es el señalado por la reclamante en las proximidades de S. D..

3.- Que debido al temporal de lluvias de días anteriores y a la existencia de desperfectos en los bordes de la carretera el citado tramo fue preciso señalarlo con los conos de precaución a los que alude la Policía Local en su informe”.

UNDÉCIMO.- En fecha 31 de enero de 2005, la instructora notifica a la interesada la inadmisión de la prueba testifical propuesta con respecto a D. M. Á. C. B., padre de la reclamante, al entender que concurre uno de los supuestos previstos en el artículo 377 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al tiempo que su declaración sería innecesaria, por no haber sido testigo directo de los hechos. Asimismo, resuelve la admisión a trámite de la prueba testifical propuesta en lo que respecta al resto de testigos, citándoles para su práctica el día 1 de marzo de 2005, e informándole que debía traer el pliego de preguntas a formular a los testigos, según lo dispuesto en el artículo 368 de la citada Ley.

En igual fecha se procede a citar a los testigos propuestos por la reclamante, D. L. G. R., D. A. C. y D. A. N. P., compareciendo todos el día 1 de marzo de 2005 y levantándose acta de la prueba testifical practicada.

DUODÉCIMO.- El día 1 de marzo de 2005, la interesada compareció y obtuvo copia de los informes de la Dirección General de Carreteras antes reseñados.

DECIMOTERCERO.- El 2 de marzo de 2005 se notificó a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia, siendo presentadas alegaciones en fecha 28 de marzo de 2005, en virtud de las cuales ratifica las alegaciones y pretensiones de su escrito inicial.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 11 de julio de 2005 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por entender, en primer lugar, que no puede considerarse acreditado que el concreto lugar en que se produjo el accidente no estuviera señalizado; y, en segundo término, porque en todo caso consta que la zona fue señalizada con conos en varias ocasiones en los días previos al accidente, habiendo sido sustraídos dichos conos por terceros no identificados, hecho éste al que ha de imputarse la producción del daño, y no a la conducta de la Administración, que obró diligentemente y a la que no cabe exigir un deber de respuesta inmediata a cualquier evento anormal que acontezca en las vías de transporte. (Previamente, la propuesta considera improcedente la reclamación por los daños de la motocicleta, al negar legitimación a la reclamante a estos efectos, por no acreditar su titularidad sobre la misma mediante la necesaria aportación del permiso de circulación).

DECIMOQUINTO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 13 de julio de 2005, el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por delegación del Consejero, solicita la emisión de Dictamen preceptivo, acompañando el expediente con 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.- Cuestiones formales. Legitimación.

I. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha cumplido, en lo sustancial, con lo previsto en la LPAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, aprobatorio del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

II. Por lo que se refiere a la legitimación de la interesada para reclamar los daños sufridos en la motocicleta, es negada por la propuesta de resolución al no considerar acreditado que sea la dueña del vehículo por no presentar el permiso de circulación, hecho cierto este último, pues a pesar de indicar en su escrito de 6 de noviembre de 2003 que tal documento lo adjuntaba, junto a otros, con dicha instancia (f. 36 exp.), lo que acompañó fue la tarjeta de inspección técnica del vehículo, también requerida por el instructor. Sin embargo, la titularidad del ciclomotor puede acreditarse por otros documentos si de ellos se desprende tal circunstancia con la necesaria convicción, y así resulta, a nuestro juicio, del hecho de que en el documento bancario de abono de la prima del seguro obligatorio del ciclomotor, se consigne como titular del vehículo a la reclamante, en un lugar distinto, por cierto, al destinado a identificar a los titulares de la cuenta de cargo (sus padres), según se advierte en la copia de tal documento obrante al folio 38 del expediente.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de vigilancia y mantenimiento de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización. Interferencia de la conducta de terceros, a los que ha de imputarse la producción del daño.

De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a responder por los daños efectivos que, causados por el funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

En el caso que nos ocupa, acreditados unos daños, procede examinar si estos han de ser imputados al funcionamiento de los servicios públicos regionales de vigilancia y conservación de carreteras y, además, si el particular tiene o no el deber jurídico de soportar tales daños.

Para ello, es necesario partir de los hechos declarados probados por las resoluciones emanadas de la jurisdicción penal, a la que acudió inicialmente la reclamante (lo que interrumpió el plazo de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial que nos ocupa). Así, el Auto de 6 de agosto de 2001 del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier, da por probados los hechos consignados en el informe de 16 de enero de 2000 del Cabo de la Policía Local del Ayuntamiento de San Javier, admitiendo de este modo que las carreteras MU-301 y F-24 (esta última fue en la que acaeció el accidente, según especifica el informe de la Dirección General de Carreteras de 19 de enero de 2004),

fueron señalizadas con conos grandes reflectantes y triángulos de peligro a lo largo de la semana en la que sucedió el siniestro, y ello en varias ocasiones, pues se constató que estas señales eran sustraídas (seis conos) por personas desconocidas; acoge también el citado Auto, sin reparo alguno, la afirmación del Agente informante de que *“debido a ello (a las sustracciones, se entiende), se han producido diversos accidentes”*. A renglón seguido, el citado Auto, en lo que se refiere a la relevancia de los accidentes reflejados en las denuncias aportadas por la reclamante en dicha sede jurisdiccional (también en el presente procedimiento), es decir, el sufrido por ella el citado día 14, y otros dos accidentes más, acaecidos los días 14 y 15 de enero de 2000 (así como otro, acaecido el 16 de enero siguiente), expone lo siguiente:

“Téngase en cuenta que los accidentes se produjeron en fechas 14-01, 15-01 (con resultado de daños materiales) y 16-01 del pasado año (con lesiones), esto es, abarcando la semana a que hace referencia el mencionado informe, que establece “que se señaló la existencia de degradación en el asfalto mediante conos reflectantes y triángulos de peligro”, por lo que por parte de las personas o entidades responsables se ha actuado con la diligencia debida, no mereciendo su conducta reproche penal alguno, y sin perjuicio de que por parte de la perjudicada se ejerciten las acciones que procedan en el ámbito de la jurisdicción civil”.

Por otra parte, hay que señalar que la reclamante manifestó en su denuncia al Juzgado que el accidente ocurrió al salir de su trabajo y que al día siguiente (15 de enero) ya se habían colocado los conos nuevamente (f. 6 exp.), lo que no impidió que el día 16 siguiente se produjera otro accidente, según recoge el Auto del Juzgado antes citado, y que en la tarde de este último día se volvieron a colocar nuevos conos, como señaló la Dirección General de Carreteras en sus informes.

De todo ello se concluye que la Administración adoptó las necesarias medidas de señalización del mal estado de la carretera, si bien los conos fueron reiteradamente sustraídos, lo que provocó que se produjeran accidentes como el de la reclamante. El Tribunal Supremo viene declarando que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa no obsta a tener que dejar fuera del campo de esta responsabilidad los casos de fuerza mayor o de actuación de un tercero *“tan principal y tan exclusiva que sea suficiente para eximir por completo de responsabilidad”* a la Administración (STS, Sala 3ª, de 28 de enero de 1993, citada por la STSJ de Valencia de 15 de julio de 1998). En este sentido, el hecho al que ha de imputarse objetivamente la producción del daño no es el funcionamiento del servicio público, sino la conducta de terceros, pues de no haberse producido ésta no hay motivos para afirmar que los accidentes se hubieran producido. Cabría plantearse una eventual concurrencia de responsabilidades si se pudiera afirmar la obligación de la Administración de reponer de forma inmediata las señales sustraídas, pero el deber de vigilancia y la disponibilidad limitada de medios de las Administraciones Públicas impide apreciar dicho deber en términos tan absolutos, como recuerda asimismo el Tribunal Supremo (SSTS, Sala 3ª, de 8 de octubre de 1986 y 11 de febrero de 1987, entre otras); ello es especialmente predicable en supuestos como el que nos ocupa, pues los servicios (policiales o de la Comunidad Autónoma) dedicados a la señalización de riesgos para la seguridad vial no pueden mantener una inspección continua sobre la totalidad de las vías de comunicación. Tal circunstancia, entre otras, explica que las normas vigentes en materia de circulación y seguridad vial exijan a los conductores un especial deber de prudencia en situaciones de especial riesgo, como las lluvias del caso, debiendo ajustar su velocidad y nivel de atención a las circunstancias especiales de la vía.

Hay que concluir, pues, que el daño ha de imputarse a causas ajenas a la Administración, en rigor, a hechos de terceros, que no pueden ser evitados en todo caso por la Administración, ni tampoco asegurar, en su defecto, la responsabilidad que dimana de conductas dolosas o culposas de dichos terceros. Esta imposibilidad de configurar a la Administración como aseguradora universal de todos los daños que se produzcan por la utilización de las vías públicas supone sin duda una situación de riesgo que es inherente a la utilización de tales vías, y que no permite, en el caso, imputar el daño producido al funcionamiento de los servicios públicos regionales.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A la vista del expediente remitido, no se advierte que concurra la necesaria y adecuada relación de causalidad entre la conducta de la Administración y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- El Fundamento de Derecho Segundo de la propuesta dictaminada deberá adecuarse a lo indicado en la Consideración Segunda, II, de este Dictamen sobre legitimación “*ab initio*” de la interesada para solicitar indemnización por los daños materiales de que se trata. En lo demás, la mencionada propuesta se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 20/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. C., como consecuencia de una asistencia sanitaria deficiente.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 06/02/06****Extracto de Doctrina**

Este Consejo Jurídico (desde la profunda convicción de que en ningún caso le cabe suplir la actividad probatoria de las partes o las facultades de la Administración instructora en orden a la tramitación del expediente) no puede, sin embargo, renunciar a la fiscalización de algo tan fundamental como es la forma y el procedimiento de producción de los actos administrativos, y ello le lleva, en el ejercicio de la alta función que el artículo 2 LCJ le confiere de velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico, fundamentando en ellos su dictamen, a controlar -desde luego, con parámetros jurídicos- la labor instructora desplegada por la Consejería consultante, solicitando, con base en lo dispuesto en el artículo 10.6 de la citada LCJ, se complete el expediente “con cuantos antecedentes, informes y pruebas estime necesarios” a fin de que se lleven a cabo los actos de instrucción “necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución” (art. 78 LPAC).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 10 de julio de 2001, D. D. C. S., letrado de los Iltes. 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 de dicho 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 postquirúrgica.

- 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 la resolución 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 C., 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, quien, 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 hidrocinesiterapia, 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 de enero, 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 sus 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. O. F. C., urólogo que practicó la intervención, informe 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 sí, 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. Mayor; E. J. Zingg), 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 (Campbell's Urology), 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 quepa establecer una relación entre la intervención quirúrgica y las lesiones padecidas por el interesado.

DÉCIMOTERCERO.- 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.

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 1 de agosto de 2005.

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. V. C., 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 Molina, 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, destaca el que no se haya incorporado al expediente la historia clínica de la asistencia recibida por el reclamante en el Hospital de Molina de Segura. Dicha omisión constituye un defecto de instrucción importante, ya que la historia clínica se muestra como el medio más idóneo para conocer lo acontecido a lo largo del tiempo con el proceso patológico del paciente, así como de las conductas asistenciales adoptadas en relación con dicho proceso. Además, en el supuesto que nos ocupa, el examen de dicha historia se manifiesta como la única forma de constatar fehacientemente la existencia o no de consentimiento informado sobre la intervención a la que fue sometido el paciente, y si entre las posibles complicaciones derivadas de dicha operación figuraba la tendinitis de aductores, así como el momento exacto en el que dicha tendinitis se manifestó.

Este Consejo Jurídico (desde la profunda convicción de que en ningún caso le cabe suplir la actividad probatoria de las partes o las facultades de la Administración instructora en orden a la tramitación del expediente) no puede, sin embargo, renunciar a la fiscalización de algo tan fundamental como es la forma y el procedimiento de producción de los actos administrativos, y ello le lleva, en el ejercicio de la alta función que el artículo 2 LCJ le confiere de velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico, fundamentando en ellos su dictamen, a controlar -desde luego, con parámetros jurídicos- la labor instructora desplegada por la Consejería consultante, solicitando, con base en lo dispuesto en el artículo 10.6 de la

citada LCJ, se complete el expediente “*con cuantos antecedentes, informes y pruebas estime necesarios*” a fin de que se lleven a cabo los actos de instrucción “*necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución*” (art. 78 LPAC). En consecuencia se considera que procede la devolución del expediente para que se complete la instrucción incorporando al procedimiento dicha historia clínica en la que deberá figurar el consentimiento informado que debió prestarse por el interesado.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Segunda, debiendo elevarse de nuevo para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada, previa audiencia a las partes de las actuaciones practicadas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 21/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. R. F. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 16/02/06

Extracto de Doctrina

Cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente, el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente (Dictamen núm. 160/2005). Pues, como ha recogido la jurisprudencia sobre la responsabilidad médica en caso de error de diagnóstico (por todas STS, Sala 1ª, de 9 de junio): “Es bien sabido, como con acierto señala la sentencia recurrida, que no todas, ni siempre, las enfermedades pueden ser diagnosticadas desde un primer momento, y que cierto número de ellas ofrecen en su inicio una muy parecida sintomatología, así como que es bien difícil predecir, en numerosos casos, el desarrollo evolutivo de las mismas y las consecuencias a presentar e, igualmente, que la obligación de los profesionales de la medicina no consiste en todo caso en la recuperación del enfermo, al no ser la suya una

obligación de resultados sino de medios” (...)

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de diciembre de 2003 (de registro en la Delegación de Gobierno de Murcia), D. R. F. S. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria, relatando que el 31 de diciembre de 2002 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca por presentar intenso dolor en la pierna izquierda tras sobreesfuerzo, siendo diagnosticado de rotura fibrilar e inflamación a nivel del compartimento tibial anterior, prescribiéndole para ello reposo, inmovilización, AINE y analgésicos. Señala que posteriormente (el 24 de enero de 2003), y ante la clínica de paresia para la dorsiflexión de pie izquierdo, se le realizó electromiografía que dio de resultado “*Axonotmesis total de Nervio Peroneal profundo en estadio agudo de evolución*”, que se confirmó por estudio EMG de fecha 6 de mayo de 2003. Manifiesta que, como consecuencia de los hechos relatados, en la actualidad tiene como secuela definitiva una axonotmesis en pierna izquierda, entendiéndose que existió un error de diagnóstico y del tratamiento aplicado que le ha incidido negativamente, sin que se practicara la ecografía (y otras pruebas complementarias que no hubieran confirmado la existencia de rotura fibrilar) y sin practicar la medición de la presión en compartimento tibial (síndrome compartimental) que provocó la isquemia, al no ser adecuadamente tratado (con liberación del compartimento).

Por todo ello reclama una indemnización de 8.320'22 euros, según las partidas que desglosa en su escrito de reclamación, y propone como pruebas los documentos que acompaña y la pericia del Dr. D. A. G. H. sobre si existió error de diagnóstico, y si se podía haber evitado.

SEGUNDO.- Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dicta Resolución de admisión a trámite el 4 de febrero de 2004, que fue notificada a la letrada designada a efectos de notificaciones y a la Correduría de la Compañía de Seguros del ente público. Asimismo se solicitó al Hospital Virgen de la Arrixaca la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al reclamante.

TERCERO.- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remite copia de la historia clínica (folios 27 al 59), e informe del Dr. L. H. Servicio de Neurocirugía, según el cual:

“El paciente D. R. F. S., es enviado con fecha 4-2-03 a consulta externa de Neurocirugía por presentar una pérdida de fuerza en el pie izquierdo.

El paciente relata que el 29-12-02 y tras estar corriendo, comienza a notar molestias dolorosas como agujetas en la pierna izquierda y refiriendo no poder doblar el pie hacia arriba, asimismo nota inflamación de los músculos gemelos de la pierna izquierda, fue atendido poniéndosele escayola que a los 10 días se la retiraron, posteriormente con fecha 24-1-03 se le realiza un EMG en donde diagnostican una axonotmesis total del nervio peroneal profundo, con etiología de sospecha de posible síndrome compartimental, con pronóstico para la recuperación del mismo malo, por parte de Electromiografía. Cuando yo veo al paciente presenta una parálisis completa para la dorsiflexión de pie izquierdo. El 6-5-03 presenta un EMG donde persisten los hallazgos de enervación completa para la musculatura distal. En su momento (4-2-03) y ante el tiempo transcurrido de más de un año, mando un informe al Servicio

de Traumatología en donde especifico que no hay indicación por parte del Servicio de Neurocirugía de realizar descompresión quirúrgica por las nulas posibilidades de recuperar dicha actividad de nervio peroneal izquierdo.

Diagnóstico: Lesión del nervio peroneal profundo izquierdo no quirúrgico. “ .

CUARTO.- Notificada a las partes la apertura del trámite de práctica de prueba, el reclamante aporta informe pericial de los Dres. A. y G. que concluyen:

“El paciente sufrió con fecha 31-12-03 síndrome compartimental a nivel de celda tibial anterior.

Existió error de diagnóstico en Servicio de Urgencias, por lo que el cuadro no fue tratado de forma adecuada, evolucionando hacia Axonotmesis total de N. Peroneal profundo.

En la actualidad resta como secuela definitiva la existencia de dicha Axonotmesis, valorada a título orientativo según baremo de Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados 30/95 en 7 puntos.

La anterior secuela provoca limitación funcional para algunas actividades, pudiendo ser equiparable a una Invalidez Permanente en grado de Parcial”.

QUINTO.- La Inspección Médica, en fecha 25 de abril de 2005, alcanza las siguientes conclusiones:

“Creo que se utilizaron los medios diagnósticos oportunos para los síntomas que presentaba D. R. F. S. el día 31-12-02 cuando acudió a urgencias del HUCA. El tratamiento conservador prescrito, lo considero adecuado para el diagnóstico de “posible rotura fibrilar” y/o el posterior de “inflamación a nivel del compartimento tibial anterior”.

Cuando se produce el denominado “síndrome compartimental”, sólo está indicado el tratamiento quirúrgico descompresivo, cuando fracasa el conservador.

No es hasta el ingreso de marzo de 2003, cuando por los síntomas y los antecedentes del paciente, se llega al diagnóstico de rabdomiolisis, que explica el síndrome compartimental que presenta repetidamente tras realizar ejercicio físico, y que fue el causante de la lesión del nervio peroneo.

No es lo habitual en un servicio de urgencias, ante un diagnóstico de rotura fibrilar, la realización de ecografías para su confirmación. Aunque el diagnóstico inicial no fue el correcto, no presentaba otras signos o síntomas que hicieran sospechar el “síndrome compartimental”, como sí se detectó posteriormente en el mes de marzo.”

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia, el reclamante presenta alegaciones en las que básicamente manifiesta su disconformidad con el informe de la Inspección Médica y, concretamente, respecto a la afirmación de que no presentaba otros síntomas que hicieran sospechar “el síndrome compartimental”, pues estima que sus síntomas estaban más acordes con el cuadro de síndrome compartimental que con el de rotura fibrilar y, en cualquier caso, ante la duda, se tenían que haber practicado las pruebas.

SÉPTIMO. Por la Compañía de Seguros Z. se remitió Dictamen médico colegiado de cuatro especialistas (folios 94 al 131) que, tras las consideraciones médicas oportunas, concluye:

1. *“En la primera ocasión, cuando acude a urgencias el 31-12-02, ante unos tan*

inespecíficos síntomas, como dolor y discreta tumefacción en cara anterior de pierna derecha primero e izquierda después, y tras realizar radiografías y comprobar que la exploración neurovascular es normal, es tratado de forma conservadora mediante inmovilización y farmacoterapia y remitido para control de su médico de familia y Traumatólogo. Esta actuación la considero correcta, ya que nada hacía sospechar que presentaría las complicaciones posterior, al producirse un síndrome compartimental tibial anterior que ocasionara la isquemia del nervio izquierdo.

El 31-12-02 nada hacía sospechar que el paciente pudiera padecer una patología de rhabdomiolisis, por lo que tras realizar las pruebas consideradas necesarias, ante los síntomas que presentaba, se decide tratamiento conservador.

El tratamiento conservador es correcto al igual que el diagnóstico de posible rotura fibrilar y/o inflamación a nivel del compartimento tibial anterior. No es habitual que de urgencia ante estos diagnósticos se soliciten ecografías para su confirmación.

2. Ingresa en marzo presentando síntomas similares al 31-12-02, cuando por un síndrome compartimental tibial anterior se afectó el nervio, pero en esta ocasión, con tratamiento conservador se resuelve sin secuelas. El paciente presenta un síndrome llamado "rhabdomiolisis" caracterizado por un aumento de creatinin-kinasa y mioglobinuria que puede originar fracaso renal. Se produce un daño musculoesquelético, y es debido a diversas causas. Una de las posibles causas del SC es el edema que se produce en casos de rhabdomiolisis.

Con estos antecedentes, y tras haberse comprobado la lesión del nervio en enero de 2003, acude en marzo siguiente presentando síntomas similares por lo que es ingresado y estudiado. Se comprueba una elevación considerable de la CPK, y es diagnosticado de rhabdomiolisis. Es tratado de forma conservadora, y se evitan lesiones irreversibles en músculos o nervios en otros compartimentos.

Por lo tanto, no siempre está indicado el tratamiento quirúrgico descompresivo tal como afirma el reclamante. Sólo cuando fracasa el tratamiento conservador se realiza fasciotomía descompresiva. Decir posteriormente, cuando se ha producido la axonotmesis del nervio por un SC, que se debería haber hecho una ecografía para comprobar que no existía la rotura fibrilar de la que fue diagnosticado inicialmente, es una opinión del reclamante, ya que no suelen realizarse ecografías en urgencias ante este diagnóstico, ya que el tratamiento seguiría siendo conservador.

3. Aunque no está descrito posiblemente presentó un pie péndulo inicial pronto sustituido en una aparente corrección espontánea por haberse establecido ya una retracción isquémica fibrosa en el cuerpo muscular del tibial anterior y del extensor propio del dedo gordo. La anestesia mantenida en el área mencionada es típica.

4. No debemos olvidar que posiblemente tenga una enfermedad de McArdle (muy rara) que justificaría su cuadro.

5. En este caso la duración desde la instauración del síndrome es difícil de valorar, pues la aparición de los síntomas clínicos varían desde algunas horas hasta cuatro días (Gomar 1983). El diagnóstico precoz es siempre impreciso, a menos que se proceda a la medición de la presión sin olvidar que no existe un umbral absoluto de presión que esté confiablemente asociado con el síndrome compartimental, como se comenta en las consideraciones médicas.

6. *La creatina fosfoquinasa sérica (CPK) ha sido utilizada como marcador del síndrome compartimental al igual que la mioglobinuria es también otro marcador de lisis de células musculares. Puede ser diagnosticada en forma errónea y confundida con hematuria. Una prueba urinaria de benzidina para sangre oculta en ausencia de eritrocitos es la clave para el diagnóstico. Otros hallazgos de laboratorio, como anemia, hiperkalemia, hipocalcemia, hipetfosfatemia, trombocitopenia, uremia y acidosis metabólica sirven sólo para indicar la carencia de tratamiento temprano de síndrome compartimental.”*

OCTAVO.- Otorgado nuevo trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones (folios 117 y 118) frente a determinadas afirmaciones del Dictamen precitado en el Antecedente anterior (apartados 3 y 4), reafirmando en que debían haberle practicado las pruebas pertinentes.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 30 de septiembre de 2005, desestima la reclamación por entender que la actuación médica fue ajustada a la praxis médica a la vista de la sintomatología que presentaba el paciente, sin que el daño alegado sea antijurídico.

DÉCIMO.- Con fecha 13 de octubre de 2005, se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

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).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el error del diagnóstico (Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca).

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues si bien la actuación sanitaria a la que se reprocha una inadecuada praxis médica data de 31 de diciembre de 2002, para el caso de daños de carácter físico a las personas el plazo empezará a computarse desde la determinación del alcance de las secuelas y, según datos de la historia clínica, el 24 de enero de 2003 se le realiza una electromiografía (EMG), en la que se informa de anoxotmesis total de nervio perineal profundo en estado agudo de

evolución, que se confirma como secuela por estudio EMG de fecha 6 de mayo de 2003, presentando la reclamación el 24 de diciembre siguiente.

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 fijado por el artículo 13 RRP, si bien ha de destacarse que se han respetado las garantías de contradicción, habiéndose otorgado dos trámites de audiencia al reclamante.

TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial en el campo sanitario.

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, 97/03 y 25/05 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).

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

CUARTA.- Actuación anómala que se imputa al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos: el error de diagnóstico.

El interesado fundamenta su reclamación en que existió un error de diagnóstico y, por tanto, del tratamiento aplicado por parte del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca el 31 de diciembre de 2002, al ser diagnosticado en la pierna izquierda de rotura fibrilar e inflamación a nivel de compartimento tibial anterior, cuando posteriormente se le realizó una electromiografía que informó de “Axonotmesis total de Nervio Perineal profundo”.

Cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente, el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente (Dictamen núm. 160/2005). Pues, como ha recogido la jurisprudencia sobre la responsabilidad médica en caso de error de diagnóstico (por todas STS, Sala 1ª, de 9 de junio): *“Es bien sabido, como con acierto señala la sentencia recurrida, que no todas, ni siempre, las enfermedades pueden ser diagnosticadas desde un primer momento, y que cierto número de ellas ofrecen en su inicio una muy parecida sintomatología, así como que es bien difícil predecir, en numerosos casos, el desarrollo evolutivo de las mismas y las consecuencias a presentar e, igualmente, que la obligación de los profesionales de la medicina no consiste en todo caso en la recuperación del enfermo, al no ser la suya una obligación de resultados sino de medios” (...)*

Por lo tanto, para determinar la existencia o no de responsabilidad por error de diagnóstico ha de analizarse la concreta praxis médica prestada al paciente el 31 de diciembre de 2002, cuando acude al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, y los concretos síntomas que presentaba en aquel momento, y no desde la perspectiva de la patología posterior descubierta al paciente:

1º) El paciente, entonces de 23 años de edad, acude el día 31 de diciembre de 2002, a las 01,17 horas, al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca por presentar *“dolor pierna derecha tras ejercicio físico ayer”*. Tras la exploración física, y sin antecedentes de enfermedades de interés, se le realiza una radiografía, se le prescribe un tratamiento conservador, y se le remite a su médico de cabecera y al traumatólogo. En el informe de alta de urgencias se anota *“posible rotura fibrilar”*.

De estos primeros datos obrantes en el expediente obtenemos tres conclusiones: a) que el paciente había estado realizando ejercicio físico el día anterior; b) que en esta primera visita al Servicio de Urgencias acude por la pierna derecha (no izquierda, a la que se contrae la reclamación); y c) que el diagnóstico no es tan contundente como afirma el reclamante de *“rotura fibrilar”*, sino que hace referencia a *“posible rotura fibrilar”* referida a la pierna derecha.

2º) El paciente vuelve acudir al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca a las 7,26 horas del mismo día 31 de diciembre, pero ahora por dolor y

tumefacción en compartimento anterior de pierna izquierda, anotándose en el informe de alta del Servicio de Urgencias los siguientes datos: antecedente de ejercicio físico, no parestias ni parestesias, sin traumatismo previo; se le realiza una radiografía que es normal, y se anota como juicio de diagnóstico: inflamación a nivel de compartimento tibial anterior. Se le prescribe tratamiento (férula plantar 7-10 días, pie en alto, voltaren y nolutil), además de control por médico de cabecera y traumatólogo.

En esta segunda visita, que se contrae ya a la pierna izquierda objeto de la reclamación, cabe destacar que el paciente no refiere parestias ni parestesias.

3º) Posteriormente, y ante la clínica de paresia para la dorsiflexión, se le realiza electromiografía el 24 de enero de 2003, que informa de “axonotmesis total de nervio perineal profundo en estadio agudo de evolución”, y que dada la etiología sospechada (síndrome compartimental) el pronóstico para la recuperación espontánea de la lesión descrita es malo.

4º) Aun cuando el reclamante no extiende sus imputaciones a actuaciones posteriores, sí conviene señalar que el paciente acude al Servicio de Urgencias del mismo Hospital el 9 de marzo de 2003 por dolor y tumefacción en cara anterior pierna derecha, tras ejercicio físico (se dice haber corrido unos 200 metros) y referir orinas oscuras; tras su ingreso y estudio, es diagnosticado de rabdomiolisis y miopatía con intolerancia al ejercicio, así como posible enfermedad de Mc. Ardle (folio 43).

Por tanto, contraída la imputación del reclamante a la prestación sanitaria del día 31 de diciembre de 2002, no existen elementos de juicio que lleven a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, atendiendo al parecer de la Inspección Médica, dado el carácter eminentemente técnico de la misma (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005 del Consejo Jurídico): *“En la primera ocasión, cuando acude a urgencias el 31/12/02, ante unos síntomas tan inespecíficos como dolor y tumefacción en cara anterior de pierna derecha primero e izquierda después, y tras realizar radiografías y comprobar que la exploración neurovascular es normal, es tratado de forma conservadora mediante inmovilización; antiinflamatorios y analgésicos, y remitido para control de su médico de familia y traumatólogo. Esta actuación la considero correcta, ya que nada hacía sospechar que presentaría las complicaciones posteriores, al producirse un síndrome compartimental tibial anterior que ocasionara la isquemia del nervio peroneo profundo izquierdo”*. Concluye la Inspección Médica que se utilizaron los medios diagnósticos oportunos para los síntomas que presentaba D. R. F. S. el 31 de diciembre de 2002 cuando acudió a Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, siendo en el ingreso de marzo de 2003, por los síntomas y antecedentes del paciente, cuando se llega al diagnóstico de rabdomiolisis, que explica el síndrome compartimental que presenta repetidamente tras realizar el ejercicio físico, y que fue la causante de la lesión del nervio peroneo.

La pericial aportada por la reclamante (folio 70) se limita a señalar que hubo un error de diagnóstico, pero en ningún caso cuestiona la praxis seguida en relación con los síntomas que presentaba el paciente en aquel momento, y tampoco cuestiona la afirmación del Inspector Médico y de los peritos de la compañía aseguradora de que, al 31 de diciembre de 2002, nada hacía sospechar que el paciente pudiera padecer una patología de rabdomiolisis, por lo que se le realizaron las pruebas de acuerdo con la sintomatología que presentaba.

A mayor abundamiento, resulta de interés reproducir en el presente caso el siguiente párrafo de la STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005:

“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, sin que se aprecie que en el caso, a la vista de la pericial practicada, resulte previsible en la primera visita hospitalaria al centro sanitario y en la posterior al servicio de urgencias hospitalario la apreciación de una sintomatología que permanecía larvada (...) y que no fue manifestada sino días después (...).

En consecuencia, al no apreciarse una infracción de la *lex artis* en materia sanitaria, tampoco se produce el requisito de antijuricidad del daño exigido por la LPAC para que sea susceptible de indemnización.

Finalmente, respecto al *quantum* indemnizatorio reclamado, no se justifican los días improductivos que se reclaman.

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, sin que tampoco se hayan justificado los días no improductivos reclamados por el interesado.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 22/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. S. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 16/02/06

Extracto de Doctrina

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “lex artis ad hoc” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). 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 4^a, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de febrero de 2005, D. M. S. C. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que no se han puesto a su disposición todos los medios de diagnóstico prenatal de los que dispone el Servicio Murciano de Salud. Relata la reclamante que, tras haber sido sometida a 4 inseminaciones y 2 ICSI (fecundación *in vitro* mediante microinyección espermática), y tras 6 años de tratamiento por esterilidad primaria, se consigue un embarazo de un embrión, sexo femenino, que es controlado por el Servicio de Tocología de Cieza y, a la semana 39, se le provoca un parto por muerte del feto, con el diagnóstico de 4 circulares muy prietas del cordón.

Imputa a los servicios sanitarios públicos que, siendo un embarazo difícil de conseguir y considerado por dicho servicio de riesgo, a partir de la semana 31 no hubo un seguimiento ecográfico de diagnóstico preventivo del mismo, ni exploración por parte del especialista ni últimos controles en el Hospital de referencia, como suele hacerse en éstos casos.

SEGUNDO.- Por la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó Resolución de admisión a trámite el 8 de marzo de 2005, la cual se notificó a la reclamante y a la compañía de seguros del ente público, a través de la correduría de seguros, a la vez que se solicitó la historia clínica e informe de los facultativos a los Hospitales Virgen de la Arrixaca y Morales Meseguer, así como a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, dado que fue atendida por el Centro de Salud de Cieza.

TERCERO.- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remite copia de la historia clínica de la paciente, así como informe del Dr. G. G. del Servicio de Tocoginecología, según el cual:

“Paciente de 40 años, primigesta tras ICSI, GS A+, que consulta en la semana 38+6 por frecuencia cardiaca fetal negativa.

En ecografía informan: de frecuencia cardiaca fetal negativa. Ligeramente acabalgamiento de parietales.

El 25-2-2004 a las 23.40 horas tras inducción con prostaglandinas nace de forma eutócica una mujer de 3400 gr. Apgar 0 con cuatro circulares de cordón muy prietas al cuello. Alumbramiento espontáneo, membranas íntegras.

Durante el puerperio presenta algún coágulo a nivel del segmento, instaurándose tratamiento oxiótico y retirándose con pinzas de anillo.

Parto eutócico. F. c. (sic).

Informe de necropsia: Feto hembra con medidas acordes a la edad gestacional sin malformaciones externas ni internas con autólisis masiva visceral que imposibilita su estudio histológico.

Placenta: Trombosis de vasos alantocoriales con signos secundarios a hipoxia, muerte y retención fetal intrauterino”.

CUARTO.- El 17 de mayo de 2005 la instructora del expediente solicita a la reclamante que proponga los medios de prueba de los que pretende valerse, siendo cumplimentado el 30 siguiente en el sentido de proponer la documental que aporta, así como las correspondientes historias clínicas, solicitando también informe de la Dra. C. G. E., del Servicio de Tocología de Cieza, sobre el seguimiento y motivo por el cual no solicitó prueba alguna de diagnóstico prenatal visual, ni exploración ginecológica a partir de la semana 31+6, ni remisión al Hospital de referencia, todo ello con el fin de asegurar el bienestar del feto.

QUINTO.- Solicitados a la Fundación Hospital de Cieza copia de la historia clínica de la paciente e informe de la Dra. C. G. E., en los términos que interesó la reclamante, es emitido el 20 de junio de 2005 realizando las siguientes observaciones, tras relatar las distintas visitas de la paciente documentadas en el expediente (folio 187):

a) *“Se realizaron hasta once ecografías (unas en la consulta, otras en Ambulatorio y otras en Hospitales). Inicialmente, con ocasión de la amenaza de aborto en la 5ª semana de gestación, las ecografías se realizaron con periodicidad muy breve.*

b) *Posteriormente, en torno a la 15ª semana de gestación, se realizaron pruebas de diagnóstico prenatal (ecográficas, analíticas y amniocentesis), resultando todas normales.*

c) *Comprobando por ecografía posterior a la amniocentesis que la evolución del embarazo era normal, a partir de la 20ª semana se solicitan ecografías cada seis semanas, realizándose éstas en torno a las semanas núms. 20, 26, y 32 en las cuales se comprobó: 1ª Que la actividad cardiaca y los movimientos fetales eran positivos; 2ª Que el crecimiento, desarrollo y evolución fetal eran normales; 3ª Que no se apreció patología en el apartado “Cordón Umbilical”; y 4ª. Que el estado de la placenta y líquido amniótico eran normales. Conforme a la anterior secuencia, la siguiente ecografía estaba programada para la semana n° 38.*

d) Por el seguimiento analítico se descartaron patología metabólica (O'Sullivan normal, dislipemia leve propia del embarazo), patología infecciosa (rubéola, toxoplasmosis, VDRL, hepatitis B y C. y VIH, en primera visita: toxoplasmosis y hepatitis B. en 32ª semana), y patología hematológica (pruebas de coagulación normales, plaquetas normales durante todo el embarazo, y anemia leve, que se trató con éxito, a pesar de que la paciente refería en sus antecedentes tendencia a la ferropenia).

e) Se realizaron asimismo monitores en las semanas n° 26 (en consulta), n° 31 (en Hospital Virgen Arrixaca), n° 36 (en consulta) y n° 37 (en consulta), siendo todos ellos normales, con buena variabilidad de la línea de base, buena movilidad fetal e incluso buena respuesta fetal a contracciones ocasionales, de todo lo cual se concluye que no existía sufrimiento fetal.

f) En el control de la semana 36ª se le hizo entrega a la paciente de volante P-10 para el traslado en ambulancia desde su domicilio al Hospital Virgen de la Arrixaca, para que pudiera ser utilizado ante cualquier contingencia urgente que se le presentase, como está protocolizado en la consulta.

Asimismo manifiesta que, basándose en esta buena evolución, tenía previsto realizar el control de la 38ª semana con constantes vitales, ecografía y monitor, y seguidamente, en esta misma fecha, derivar a la paciente al Hospital Virgen de la Arrixaca para realizarle un “Estudio de Bienestar Fetal”.

También manifiesta que la paciente acudió a la consulta el 24 de febrero 2004 para el control de la semana núm. 38, tal y como estaba previsto, en cuyo momento se apreció que el latido cardiaco era negativo y se indicó su ingreso hospitalario (folio 188). Finalmente manifiesta que si hubiera sido necesario, por cualquier circunstancia que se hubiera presentado en el transcurso de la gestación, la habría derivado sin dilación al Hospital Virgen de la Arrixaca, independientemente del número de semanas de embarazo. Ésta ha sido y es su práctica habitual desde hace veintiún años y medio.

SEXTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido en fecha 23 de agosto de 2005 con las siguientes conclusiones:

“1. La paciente siempre ha estado asistida por especialistas que desde la primera visita han sido conscientes de la valía del producto y han puesto los medios adecuados para que la gestación llegase a buen término, visto el número de visitas, pruebas complementarias y los medios utilizados en su control. Asimismo, se ha indicado baja laboral en cuanto algún signo o síntoma alarmante ha hecho su aparición y se ha prescrito reposo, que se ha mantenido durante todo el curso del embarazo.

2. No encontramos datos que nos lleven a concluir que en algún momento de la gestación se actuó de forma incorrecta por los médicos implicados”.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, la reclamante presenta alegaciones (folios 256 a 258) en las que manifiesta su disconformidad con el informe de la Dra. G. E., ratificándose en su afirmación de que no se puso a su disposición todos los medios de diagnóstico preventivo prenatal, en el cual se previene un riesgo constante hasta el momento del parto, por lo que estima que no se pueden omitir pruebas que aseguren el bienestar fetal a partir de una etapa del embarazo porque las ecografías anteriores y de forma tan distanciada estuvieran bien.

Con respecto al informe de Inspección Médica igualmente muestra su disconformidad, pues ella no reclama por no estar asistida durante todo el embarazo, sino por la omisión de pruebas de diagnóstico prenatal y no llevar un seguimiento directo y continuado por el especialista en el último trimestre, así como en la no remisión al Hospital de referencia para la realización de pruebas que aseguraran el bienestar fetal.

OCTAVO.- La Compañía de Seguros Z. aporta Dictamen médico colegiado de 5 especialistas en obstetricia y ginecología que concluyen:

“1. La gestación de D. M. S. C. fue considerada como de alto riesgo por sus antecedentes reproductivos (esterilidad primaria) y sociodemográficos (39 años), siendo consciente el facultativo desde la primera visita de la valía del embarazo.

2. La actuación del tocólogo de área fue correcta y conforme a la lex artis. El número de visitas y de pruebas complementarias realizadas a la paciente excede en mucho a las protocolizadas por la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología para el embarazo normal, lo que reafirma la consideración del mismo como del Alto Riesgo.

3. No existió ningún dato que indicara patología y la necesidad de derivar a la paciente al Hospital antes de lo protocolizado. Se practicaron en las semanas 36 y 37 monitorizaciones fetales que constituyen pruebas que evalúan el estado fetal y que resultaron satisfactorias.

4. La muerte intraútero del feto fue un hecho desgraciado pero imprevisible e inevitable. El hecho de haber sido derivada a la unidad de Bienestar Fetal no hubiera modificado el curso de los acontecimientos.

5. No se omitió en ninguna de las actuaciones la realización de pruebas complementarias o de diagnóstico que hubieran podido predecir o evitar la muerte fetal”.

NOVENO.- Trasladado el dictamen de los peritos de la compañía aseguradora a la reclamante, formula alegaciones en el mismo sentido a lo ya manifestado en sus escritos anteriores en cuanto al poco control médico efectuado en el tercer trimestre del embarazo tratándose de un embarazo de alto riesgo. Señala que ella no pedía un sobre control, sino al menos las realizadas para un embarazo normal, ya que la última ecografía que se le realizó fue en la semana 31-5 días, sin repetir otra en las próximas ocho semanas. También señala que la atención médica en esas últimas 8 semanas fue nula, cuando el protocolo indica un mayor control, pues el riesgo está presente hasta el nacimiento. Solicita la revisión del expediente en ese periodo, en referencia a dicha reclamación indemnizatoria.

DÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 13 de enero de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, concretamente la relación de causalidad y la antijuricidad del daño.

UNDÉCIMO.- Con fecha 24 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 presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Reglamento del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para el ejercicio de la acción y procedimiento.

Ha quedado acreditado en el expediente la condición de interesada de la reclamante, en cuanto usuaria que se siente perjudicada por la actuación del servicio público sanitario, para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

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 se echa en falta, en cuanto a la prueba, que las imputaciones de la reclamante sobre inadecuada *praxis* médica no vaya acompañada de los correspondientes medios probatorios, más aún cuando se achaca una omisión de los medios de diagnóstico preventivo prenatal de que dispone el Servicio Murciano de Salud.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ajustado a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el *dies a quo* puede concretarse en el 3 de marzo de 2004 (fecha de alta en el Hospital Virgen de la Arrixaca), y la acción de reclamación se presentó el 22 de febrero de 2005. En todo caso, debe corregirse la propuesta de resolución, pues se ha detectado un error material en las fechas citadas a efectos de justificar la temporaneidad de la acción.

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. 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).

Veamos, por tanto, si concurren en el presente supuesto los requisitos de la responsabilidad patrimonial anteriormente señalados.

La reclamante considera incorrecta la actuación médica en el último trimestre del embarazo, pues no se pusieron todos los medios preventivos adecuados para confirmarlo, existiendo un vacío tanto asistencial como de diagnóstico preventivo acorde con el tipo de embarazo. Sin embargo en su escrito posterior (escrito de alegaciones de 20 de octubre de 2005) aclara que su reclamación no es por la falta de asistencia durante todo el embarazo, ni en el momento posterior al parto, sino por la omisión de pruebas de diagnóstico prenatal protocolizadas, y no llevar un seguimiento directo y continuado por el especialista en el último trimestre.

La historia clínica y los informes médicos obrantes en el expediente no acreditan ni avalan tales afirmaciones de la reclamante, que tampoco están sustentadas en parecer médico, en atención a la praxis médica seguida con la paciente durante el embarazo (incluido el tercer trimestre), que ha de ser analizada en atención a la prestación sanitaria dada en su conjunto, pues se está imputando una omisión de pruebas de diagnóstico tendente a asegurar el bienestar del feto, sin perjuicio de centrarse particularmente en el tercer trimestre, único periodo al que la reclamante quiere referir la actuación médica como si pudiera aislarse del resto de actuaciones:

1º) La reclamante, que fue canalizada por el Hospital Virgen de la Arrixaca al Hospital La Fe de Valencia (folios 141 y 142), consiguió una gestación en junio de 2003 por transferencia de 2 preembriones realizada el 14 de junio de 2003 (folio 145). Se aconseja reposo en cama unas 3 semanas y posterior control ecográfico.

2º) La primera visita a la consulta de tocología de Cieza, derivada por la matrona de zona, de acuerdo con la historia clínica, data de 7 de julio de 2003 (5 semanas y 6 días de gestación), donde se le hizo una ecografía y la doctora (Jefa de Zona de Tocología de Cieza) anota, entre sus indicaciones, “*solicito baja a médico de familia por gestación de*

alto riesgo y amenaza de aborto; volver a consulta tras visita al Hospital de la Fe de Valencia y solicitud de analítica”.

De ahí que la Inspección Médica, entre sus conclusiones, recoja que la paciente ha sido controlada por especialistas que, desde la primera visita, han sido conscientes de la valía del embarazo, y se ha prescrito baja laboral en cuanto algún signo o síntoma alarmante hiciera su aparición, que se ha mantenido durante todo el embarazo.

3º) Están anotadas en la historia clínica un total de 14 visitas a dicha consulta (hasta el 24 de febrero de 2004), y se le realizaron a la paciente hasta once ecografías (unas en consulta, otras en ambulatorio y otras en hospitales). En torno a la 15ª semana de gestación se le realizaron pruebas de diagnóstico prenatal (ecográficas, analíticas y amniocentesis) resultando todas normales. Se comprobó por ecografía posterior a la amniocentesis que la evolución del embarazo era normal, y a partir de la 20 semana se solicitan ecografías cada seis semanas, realizándose éstas en torno a las semanas núm. 20, 26 y 32 (la reclamante precisa que esta última fue concretamente en la semana 31+5 según el folio 37). En dichas ecografías, de acuerdo con la valoración de la especialista que la trató, no cuestionada en este punto por la reclamante (folio 187), se comprobó: 1º. Que la actividad cardíaca y los movimientos fetales eran positivos; 2º. Que el crecimiento, desarrollo y evolución fetal eran normales; 3º. Que no se apreció patología en el apartado “Cordón Umbilical”; y 4º. Que el estado de la placenta y el líquido amniótico eran normales. Añade la tocóloga que conforme a la secuencia anterior la siguiente ecografía estaba programada para la semana 38. También que por el seguimiento analítico se descartaron patología metabólica, infecciosa y hematológica (folio 187), y que se le realizaron monitores en las semanas núm. 26 (en consulta), núm. 31 (en el Hospital Virgen de la Arrixaca), núm. 36 y 37 (en consulta), siendo todos ellos normales (folio 187).

4º) A las 38 semanas de gestación (el 24 de febrero de 2004), puesto que estaba previsto un control por parte de la especialista según el folio 186, la paciente acude a la consulta, en cuyo momento se apreció en el monitor que el latido cardíaco era negativo y, tras efectuarle una ecografía, se acordó su ingreso hospitalario urgente en el Hospital Virgen de la Arrixaca y, al día siguiente, le indujeron el parto, “naciendo de forma eutócica una mujer de 3400 gramos. Apgar O con cuatro circulares muy prietas al cuello. Alumbramiento espontáneo, membranas íntegras” (folio 75).

5º) Frente a las afirmaciones de la reclamante respecto a que durante el tercer trimestre no hubo control por parte de la especialista (a partir de la 31 semana), se relatan las siguientes visitas y pruebas efectuadas durante el tercer trimestre, que aparecen anotadas en la historia clínica (folios 184 a 186):

- a) Undécima visita (14 de enero de 2004).
 - tiempo de gestación (32 semanas y 6 días).
 - tensión arterial (120/70).
 - edemas: no. Varices: no.
 - movimientos fetales percibidos: positivos.
 - latido cardíaco fetal con sonicaid: positivo.
 - posición fetal por maniobras de Leopold: cefálica.

- impresión obstétrica: bien, acorde a amenorrea.

- impresión subjetiva de la paciente: bien.

- aporta fotocopia del informe del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca de fecha 28-12-03. Motivo de la consulta: disnea, tos seca y dolor torácico (...) Monitor fetal: feto reactivo, taquicardia leve. No dinámica. Juicio clínico: bronquitis aguda.

- aporta ecografía (núm. 11, del Ambulatorio Dr. Quesada de fecha 7 de enero de 2004 (...). Actividad cardíaca positiva. Situación fetal transversa derecha (...) líquido amniótico normal.

- se recibe analítica (...)

- indicaciones: control 36 semanas. Monitor. Ferplex cada 24 h. Natecal.

b) Duodécima visita (10 de febrero de 2004).

- tiempo de gestación (36 semanas y 5 días).

- tensión arterial (120/70).

- peso (81,9 Kg.)

- cintrometría abdominal (109/36 cms).

- monitor: (...) latido cardíaco positivo. Trazado reactivo. Línea de base (130 latidos/minuto). Buena variabilidad. Una contracción aislada con buena respuesta fetal. Movimientos activos.

- indicaciones: control 37 semanas. Monitor. Se entrega volante P-10 para su traslado en ambulancia desde su domicilio al Hospital Virgen de la Arrixaca, firmado y sin fecha para que pueda ser utilizado ante cualquier contingencia, como está protocolizado en la consulta. Solicitud de analítica general, orina, pruebas de coagulación y cultivo de streptococo vaginal y rectal.

c) Decimotercera visita (17 de febrero de 2004).

- tiempo de gestación (37 semanas y 5 días).

- tensión arterial (...).

- monitor: latido cardíaco positivo. Trazado reactivo. Línea de base: 150 latidos/minuto. Buena variabilidad. Una contracción aislada con buena respuesta fetal. Movimientos activos.

- se recibe analítica (...).

- Indicaciones: control 38 semanas. Monitor.

d) Decimocuarta visita (24 de febrero de 2004).

a. tiempo de gestación (38 semanas y 5 días).

b. tensión arterial (...).

c. monitor: latido cardíaco negativo.

d. ecografía: latido cardiaco negativo (...)

e. indicaciones: ingreso hospitalario urgente.

6º) La especialista, sobre la base de los precisados datos contrastados en la historia clínica, responde a las concretas imputaciones de la reclamante que, por el contrario, no se motivan en ningún parecer médico:

a) En cuanto a que a partir de la semana 31 no hubo seguimiento ecográfico de diagnóstico preventivo.

“En todas las ecografías realizadas con anterioridad, incluida la de la semana 31, el crecimiento, desarrollo y evolución fetal eran normales, así como el estado de la placenta y líquido amniótico. Tales antecedentes ecográficos, unidos al resto de exploraciones complementarias realizadas (especialmente tensión arterial normal, analíticas normales, incluidas pruebas de coagulación, y monitores normales sin signos de sufrimiento fetal), descartaban la necesidad de adelantar la siguiente ecografía programada”.

b) En cuanto a que a partir de la semana 31 no hubo exploración por parte de especialista.

“Según refleja la Historia Clínica, a partir de la semana 2ª se realizan controles de constantes vitales, analíticas y monitores, siendo todos ellos objeto de valoración inmediata por mí, como Especialista en Toco-Ginecología”.

c) En cuanto que “a partir de la 31 no hubo últimos controles en el Hospital de referencia, como suele hacerse en estos casos, porque no se le remitió”.

“Como se ha dicho, basándome en la buena evolución de la gestación, la paciente estaba citada en la 38 semana, para realizarle toma de constantes vitales, ecografía y monitor, y, seguidamente, como está protocolizado en estos casos, derivarla al Hospital Virgen de la Arrixaca para “Estudio de Bienestar Fetal”, en el que se le realizarían las exploraciones complementarias que el Servicio considerara oportunas”.

7º) Por otra parte, la actuación seguida por la especialista en el tercer trimestre es ajustada al Protocolo de Seguimiento del Embarazo, conforme remarcan los peritos de la compañía aseguradora:

“En el tercer trimestre se realizó la ecografía preceptiva en la semana 32 (ya se ha indicado con anterioridad que se efectuó concretamente en la semana 31 y 5 días). En ella se comprueba que el crecimiento fetal es adecuado y que no existe patología en la placenta, en el líquido amniótico ni el cordón. Como se recoge en el Protocolo (...) si no existen alteraciones que lo justifiquen no es preceptivo realizar más ecografías, pues estas no constituyen un medio para el control del bienestar fetal.

Sí que el registro cardiotocográfico basal sirve para evaluar el estado fetal y a esta paciente se le practicaron precozmente: se realizó el primero en la semana 26; al acudir al servicio de Urgencias en la semana 31 por un episodio de bronquitis se realiza el segundo, y tiene dos más en las semanas 36 y 37. Todos ellos fueron reactivos, con buena variabilidad e incluso buena respuesta fetal a contracciones esporádicas, lo que no hacía presagiar la muerte fetal que se comprobó en la visita de la semana 38.

Se le realizaron todas las analíticas protocolizadas (...)

A pesar de que la paciente indica en su reclamación que a partir de la semana 31 no hubo exploración por parte del especialista, en las 4 visitas realizadas con posterioridad a esa semana consta que en cada una se tomó tensión arterial, se auscultó con Sonicaid el latido fetal (...)

Para concluir que dada la buena evolución del embarazo y la normalidad de todas las pruebas realizadas, incluyendo el registro de frecuencia cardíaca fetal, no existían razones para practicar estudios más complejos ni para derivar a una unidad hospitalaria antes de lo protocolizado.

8º) Respecto a la afirmación de la reclamante de que no se hizo ninguna ecografía a partir de la semana 31, que suscita la cuestión de si mediante la realización de una ecografía posterior a la semana 31 y cinco días se hubiera podido diagnosticar las circulares de cordón, es contestada con el siguiente juicio médico (folio 276):

“El diagnóstico ecográfico de las circulares de cordón es difícil por el tamaño fetal, su menor movilidad y la disminución de líquido amniótico, que hace que la ecografía no se realice en condiciones óptimas.

Hemos visto que el 21% de los fetos al nacer presentan circulares en torno a su cuello y no siempre provocan hipoxia. Por ello, si en una ecografía se consigue ver una vuelta de cordón, no es causa para modificar la actitud obstétrica y mucho menos para inducir en ese momento un parto o realizar una cesárea “profiláctica”.

No sabemos en qué momento se producen esas circulares, por lo que podían formarse después de la realización de otra ecografía.

En los registros cardiotocográficos practicados al feto no existían alteraciones de la frecuencia cardíaca fetal que hicieran sospechar patología funicular”.

También se remarca en el informe de los peritos de la compañía aseguradora que las monitorizaciones fetales constituyen pruebas que evalúan el estado fetal (folio 276, apartado Conclusiones).

9º) A la vista de las consideraciones anteriores y no existiendo otros elementos de juicio que lleven 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*, a la vista del número de visitas, pruebas complementarias y medios utilizados en su control, no concurriendo, por tanto el imprescindible nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño alegado.

10º) Por último, respecto al daño alegado, la reclamante, a quien incumbe su determinación, no ha concretado su cuantificación a lo largo del procedimiento, subyaciendo, en realidad, en algunos de sus escritos más que una reclamación una petición de una revisión del expediente en dicho periodo, lo que también nos conecta con la consideración que realizan los peritos de la compañía aseguradora: *“La muerte del feto es una de las circunstancias más desafortunadas en Obstetricia. Ninguna otra crea tal sensación de frustración e impotencia en el obstetra y pocas tan difíciles de asumir por la gestante y su familia. Las reacciones ante la evidencia pueden oscilar entre la aceptación del hecho, la negación o la búsqueda de culpables. Preguntas*

como ¿por qué ha ocurrido esto? ¿ha sido culpa mía? ¿es culpa de mi médico? se presentan con frecuencia. Todo parece tratable y diagnosticable antes del parto, y cuando no ocurre así, se producen respuestas de estupor. Es fácil aceptar que las mujeres con patología previa puedan necesitar mayores atenciones o la conveniencia del diagnóstico prenatal, pero la muerte del feto en la segunda mitad del embarazo, cuando ya se han superado los obstáculos del aborto o las malformaciones congénitas, son difíciles de entender”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución que desestima la responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos legalmente establecidos.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria no ha sido concretada por la reclamante.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 23/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. J. S. G., en nombre y representación de su hija menor de edad C. L. S., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 20/02/06

Extracto de Doctrina

La doctrina de los órganos consultivos autonómicos propugna la ausencia de relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, dentro del riesgo que suponen las actividades lúdicas de los escolares durante el tiempo de recreo, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (Dictamen núm. 549/2000 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, y Dictamen núm. 38/2000, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha). Doctrina también compartida por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes similares al presente (entre otros, los números 8/2003 y 25/2004).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 27 de junio de 2005, el Director del Centro Rural Agrupado (CRA) “Valle del Quipar”, de La Almudema, de Caravaca de la Cruz (Murcia), suscribe comunicación de accidente escolar ocurrido el día 17 de junio de ese año, a consecuencia del cual la alumna C. L. S., de 9 años de edad, sufrió la rotura parcial de los dos incisivos superiores y corte en el labio superior, cuando jugando en el patio durante la hora del recreo chocó con otra compañera cayendo al suelo. Describe lo ocurrido del modo siguiente: *“La alumna C., iba corriendo por el patio del recreo, en horario de recreo, y chocó con otra alumna llamada M. E. L. S. de 11 años de edad de manera fortuita, que estaba jugando con ella; como consecuencia de dicha caída se hizo un corte en el labio superior con rotura parcial de los dos incisivos superiores”*.

SEGUNDO.- Con fecha 18 de julio de 2005, D. M. J. S. G., en representación de la menor, presenta escrito solicitando que la Administración se haga cargo de los gastos que ha ocasionado el accidente, que ascienden a 150 euros, que justifica con las correspondientes facturas.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura (11 de octubre de 2005), aquélla solicitó informe el día 19 de octubre a la Dirección del Colegio acerca de las circunstancias que concurrieron en los hechos, que fue evacuado en fecha 8 de noviembre de 2005, indicando que el accidente sucedió durante el tiempo de recreo, en el patio del colegio; cuando ocurrió estaban de guardia en esa zona dos de las profesoras del centro, que fueron quienes comunicaron a la Dirección que, la alumna C., iba corriendo por el patio, en horario de recreo, y chocó con otra alumna llamada M. E. L. S. de 11 años de edad de manera fortuita, que estaba jugando con ella; como consecuencia de dicha caída se hizo un corte en el labio superior con rotura parcial de los dos incisivos superiores. Inmediatamente se llamó a la madre, que acudió y la llevó al Centro de Salud de La Encarnación, pues no se le cortaba la hemorragia y tenía molestias en los dientes.

CUARTO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, no consta que haya formulado alegaciones; tras lo cual, el 7 de febrero de 2006, fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, por considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por la alumna y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro donde se produjo el accidente.

QUINTO.- Tras ello, y una vez confeccionado el índice con su extracto de secretaría, fue formulada la consulta a este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el día 13 de febrero 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 ostenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, la representación legal de la 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, al CRA “Valle del Quipar”, de La Almodema, de Caravaca de la Cruz (Murcia), 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.

En lo procedimental se han respetado las más esenciales prescripciones legales y reglamentarias.

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).

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 con ocasión de tropiezos o caídas en centros escolares 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 pretendida indemnización formulada (entre otros, Dictamen 2099/2000).

En idéntica línea viene manifestándose la doctrina de otros órganos consultivos autonómicos, que propugnan la ausencia de relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, dentro del riesgo que suponen las actividades lúdicas de los escolares durante el tiempo de recreo, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (Dictamen núm. 549/2000 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, y Dictamen núm. 38/2000, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha). Doctrina también compartida por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes similares al presente (entre otros, los números 8/2003 y 25/2004).

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. El accidente se produjo en el desarrollo de juegos propios de los escolares, existiendo, según el Director del Centro, la oportuna vigilancia de las profesoras y, en fin, en circunstancias que no suponían un riesgo específico de la actividad educativa que, previsto, pudiera ser evitado.

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 24/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. C. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. J. C. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 20/02/06

Extracto de Doctrina

El golpe que ocasionó la fractura de dos piezas dentales se debió a la acción involuntaria de un compañero en el curso de un juego, circunstancia ésta que constituye un riesgo típico e inevitablemente asumible por la propia naturaleza de la actividad deportiva, criterio que la Consejería consultante conoce por casos similares al presente (Dictámenes núms. 123/2004, 44/2005 y 102/2005), que ha resuelto con anterioridad; todo ello motiva que este Consejo Jurídico dictamine la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, al tratarse de un suceso desafortunado, que conduce a considerar el hecho ajeno al funcionamiento del servicio. En este mismo sentido sobre la necesidad de relación de causalidad se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencias de 27 de julio y 13 de septiembre de 2002, esta última dictada en unificación de doctrina.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo de 2005 (registro de ventanilla única de la Comunidad Autónoma en Lorca) D. E. C. M. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por su hijo el 19 de abril de 2005, que cuantifica en 750 euros, cuando participaba en la práctica del deporte de jockey en el Colegio Virgen de las Huertas de Lorca.

Describe lo sucedido del modo siguiente:

“Un compañero levantó el palo con que se golpea la bola, más de lo permitido impactando dicho palo en la boca del niño dado que no llevaba protección y fracturando dos piezas dentales con exposición pulpar”.

Acompaña copia del libro de familia, un informe elaborado por la odontóloga D E. F. A., de fecha 20 de abril de 2005, y una factura de otro odontólogo (D. J. M. M.) por importe de 750 euros, en concepto de consulta médica profesional y arreglos odontológicos por traumas agudos en las piezas 11 y 21.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de junio de 2005, 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 con fecha de 17 de junio de 2005.

TERCERO.- La instructora recaba informe del centro escolar sobre los hechos ocurridos, que es emitido por su Director (folio 14) en el siguiente sentido:

“Siendo las 13:45 del día 19 de abril de 2005, se produjo una acción fortuita involuntaria, sin apreciación de acción culposa, durante el desarrollo de la sesión

de Educación Física de 2º A de la E.S.O., 2ª sesión de la unidad didáctica de Juegos alternativos (Flook board), estando desarrollándose la misma en las pistas polideportivas del C.P. Virgen de las Huertas.

En presencia de las profesoras, que desde una posición interna y cercana al desarrollo de la actividad jugada que ese desarrollaba, observaron sin poder evitar que un alumno realizara un gesto brusco, giro de 180° sobre sí mismo, con tan mala fortuna que golpeó en la cara con el stick al alumno J. C. P., que no pudo evitar el impacto. Como consecuencia de tal acción, dicho alumno fue afectado en el rostro, más específicamente en la boca. Rápidamente el alumno fue atendido ampliamente por la profesoras y comunicado a los padres el incidente para que fueran a recogerlo.”

CUARTO.- Con fecha 14 de diciembre de 2005 se dicta resolución por la que se sustituye a la instructora del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que es notificada al reclamante el 27 siguiente, según el folio 17.

QUINTO.- Con fecha de 22 de diciembre de 2005 se solicitó al centro escolar informe ampliatorio de los hechos ocurridos, mediante correo certificado con acuse de recibo (notificado el 5 de enero de 2006).

En el informe remitido, de 9 de enero de 2006, se manifiesta lo siguiente:

“La sesión de Flook board, dentro del área de Educación Física desarrollada durante el segundo trimestre del curso 2004-05 al segundo nivel del primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria, está encuadrada en el bloque de contenidos de lanzamientos y recepciones, incluida en la unidad didáctica de juegos alternativos. Esta forma parte de la programación didáctica del área de Educación Física, propuesta en el Plan Anual de Centro, informada favorablemente por el Claustro de Profesores y aprobada en el Consejo Escolar de fecha 14 de octubre de 2004.

El juego anterior no precisa de ninguna medida de protección. Se desarrolla andando, controlando una pelota de plástico con un bastón del mismo material. Tiene como norma fundamental el no levantar dicho bastón por encima de la rodilla. Sólo una acción involuntaria de un niño en el desarrollo del juego, como acción fortuita, llevado un poco por la acción de la jugada, pudo hacer no respetar la norma básica.

El profesor en todo momento mantuvo una posición de atención, de advertencia e interior al juego, informando continuamente de las reglas y funcionamiento de dicho juego.

Los materiales de plástico blando, las normas estrictas sobre el uso de los componentes, así como la repetición continua del profesor en cuanto a las orientaciones a seguir, eran razones suficientes para garantizar la seguridad del juego, que en ningún momento conlleva riesgo.”

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante para que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, no consta que haya comparecido en este trámite.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 8 de febrero de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no existir nexo causal entre el funcionamiento del Colegio Público “Virgen de las Huertas” y los daños sufridos, pues el accidente se debió a un golpe involuntario de un compañero, pero en ningún

caso atribuible directa ni indirectamente a la actuación del profesorado, que había proporcionado a los alumnos las instrucciones necesarias para la realización del ejercicio y los vigilaba adecuadamente.

OCTAVO.- Con fecha 10 de febrero 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 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.- Requisitos 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 del 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 público donde ocurrió el accidente.

La acción de reclamación se ha interpuesto 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).

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.

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 (por todos, el número 126/2004),

ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos 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).

En el presente supuesto el reclamante se limita a describir la forma en que se produjo el accidente (Antecedente Primero) durante el desarrollo de una clase de educación física de 2º de ESO, que forma parte de la programación didáctica de juegos alternativos, aprobada por el Consejo Escolar, sin atribuir el accidente ninguna actuación u omisión del centro o profesores, si bien indica en el escrito de reclamación que el alumno no llevaba protección en la cara.

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). En el mismo sentido los Dictámenes números 8/2003 y 25/2004 de este Órgano Consultivo.

Por tanto, en aplicación de la precitada doctrina, ha de analizarse en este caso concreto si el accidente escolar se produjo fortuitamente, sin que concurrieran elementos generadores de riesgo en la actividad deportiva programada, y si su práctica exigía una mayor vigilancia por parte del profesorado. Veamos:

1º) Los alumnos estaban practicando un juego denominado “flook board”, dentro del área de Educación Física desarrollada en el segundo nivel del Primer Ciclo de Educación Secundaria, incluida en la unidad didáctica de juegos alternativos (bloque de contenidos de lanzamientos y recepciones). El juego no precisa de ninguna medida de protección. Se desarrolla andando, controlando una pelota de plástico con un bastón del mismo material, teniendo como norma fundamental no levantar dicho bastón por encima de la rodilla.

2º) De acuerdo con el informe del centro escolar, no cuestionado por el reclamante, los materiales de plástico blando, las normas estrictas sobre el uso de los componentes, así como la repetición continua del profesor en cuanto a las orientaciones a seguir, eran razones suficientes para garantizar la seguridad del juego que en ningún momento conlleva riesgo.

3º) El hecho se produjo fortuitamente por la acción involuntaria de un alumno, que realizó un giro brusco de 180 grados sobre sí mismo (no evitable por los profesores desde una posición interna y cercana al desarrollo del juego), golpeando accidentalmente con el stick a otro compañero.

Así pues, 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 alumno, y en el supuesto que nos ocupa, si bien se ha acreditado la producción de unos daños, no concurre la necesaria relación de causalidad entre su producción y el funcionamiento del servicio público, por cuanto el grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Antes al contrario, de las propias manifestaciones del reclamante se desprende que el golpe que ocasionó la fractura de dos piezas dentales se debió a la acción involuntaria de un compañero en el curso de un juego, circunstancia ésta que constituye un riesgo típico e inevitablemente asumible por la propia naturaleza de la actividad deportiva, criterio que la Consejería consultante conoce por casos similares al presente (Dictámenes núms. 123/2004, 44/2005 y 102/2005), que ha resuelto con anterioridad; todo ello motiva que este Consejo Jurídico dictamine la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, al tratarse de un suceso desafortunado, que conduce a considerar el hecho ajeno al funcionamiento del servicio. En este mismo sentido sobre la necesidad de relación de causalidad se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencias de 27 de julio y 13 de septiembre de 2002, esta última dictada en unificación de doctrina.

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

CONCLUSION

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 25/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a G. S. U. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. G. U., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 20/02/06

Extracto de Doctrina

En el patio de recreo de un centro escolar no se puede considerar juego propio de los alumnos el lanzamiento de piedras capaces de causar daños personales como los descritos, concurriendo pues un elemento adicional generador de riesgo, exorbitante del normal funcionamiento del servicio público, equivalente a un defecto en las instalaciones que, con un adecuado mantenimiento, pudiera ser evitado. A este respecto el Consejo Jurídico viene considerando un funcionamiento anómalo del servicio público docente el hecho de que un alumno pueda jugar con piedras o las maneje durante el recreo escolar (Dictámenes núm. 106/2001, 207/2002 y 113/2004, entre otros), siendo este criterio también sostenido por la doctrina de los órganos consultivos autonómicos (Dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana números 77/97 y 41/2000, por ejemplo).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 2 de junio de 2005 tuvo entrada en la Consejería de Educación y Cultura una comunicación de la Directora del C.P “Mastia”, de Cartagena (Murcia), trasladando informe de accidente escolar y una solicitud de reclamación de daños y perjuicios presentada por D. G. S. U., por el accidente sufrido por su hijo D. G. U. el 12 de mayo de 2005. El primero describe lo ocurrido del modo siguiente: *“Un alumno de tercer curso tiró una piedra, este alumno pasaba corriendo y le alcanzó la piedra que le dio en la boca y partió un diente”.*

SEGUNDO.- El escrito de D. G. S. U., en representación del menor, solicita que la Administración se haga cargo de los gastos que ha ocasionado el accidente, que ascienden en una primera evaluación a 80 euros, cantidad que se eleva posteriormente a 186 euros (folio 12 vuelto).

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de fecha 28 de junio de 2005, se notifica dicha resolución a la interesada con fecha 21 de julio de 2005.

CUARTO.- A instancia del órgano instructor, con fecha 28 de noviembre de 2005, se solicita informe a la Directora del Centro Escolar sobre el acaecimiento de los hechos, siendo notificada dicha solicitud el día 12 de diciembre de 2005, y evacuada el mismo día en los siguientes términos:

“ El accidente tuvo lugar el día 12 de mayo de 2005, a las 11,45 durante el tiempo de recreo, que un alumno (infringiendo las normas de comportamiento que tenemos establecidas en el centro) tiró una piedra que, accidentó a J. D. que en ese momento pasaba corriendo. En ese tiempo vigilaban a los alumnos las Profesoras-Tutoras del turno de oficio de vigilancia correspondiente, atendiendo a la programación establecida”.

QUINTO.- Con fecha 10 de enero de 2006 se dirigió oficio a la interesada mediante correo certificado con acuse de recibo (notificado el 12 de enero de 2006), comunicándole la apertura del trámite de audiencia al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que ésta haga uso de su derecho en el plazo de 10 días concedido al efecto.

SEXTO.- El 1 de febrero de 2006, el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no existe nexo causal entre el funcionamiento del C.P “ Mastia” de Cartagena y el traumatismo dental sufrido por el alumno.

Una vez incorporados el preceptivo extracto de secretaría y un índice de documentos, V.E remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el pasado 7 de febrero 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 y plazo de reclamación.

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.

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 del 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 público donde ocurrió el accidente.

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, el Consejo Jurídico ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular, y que el mismo sea imputable a dicho servicio público. En el supuesto que nos ocupa, el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, siendo la cuestión relevante si lo fue o no como consecuencia de su funcionamiento, considerando el Consejo Jurídico que sí, ya que en el patio de recreo de un centro escolar no se puede considerar juego propio de los alumnos el lanzamiento de piedras capaces de causar daños personales como los descritos, concurriendo pues un elemento adicional generador de riesgo, exorbitante del normal funcionamiento del servicio público, equivalente a un defecto en las instalaciones que, con un adecuado mantenimiento, pudiera ser evitado. A este respecto el Consejo Jurídico viene considerando un funcionamiento anómalo del servicio público docente el hecho de que un alumno pueda jugar con piedras o las maneje durante el recreo escolar (Dictámenes núm. 106/2001, 207/2002 y 113/2004, entre otros), siendo este criterio también sostenido por la doctrina de los órganos consultivos autonómicos (Dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana números 77/97 y 41/2000, por ejemplo).

II. La valoración del daño ha de entenderse no discutida, al no constar en el expediente manifestación alguna sobre el particular, aceptándose, pues, el importe reclamado y justificado, más la actualización que corresponda. Por otro lado, como la resolución implicaría la generación de un gasto para la Administración, con carácter previo deberán cumplimentarse las actuaciones que la normativa vigente exige en tales casos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, ya que se aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, al ser el daño imputable a ella por funcionamiento anormal del servicio público.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 26/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. M. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad R. R. M., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 20/02/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresaa en el Dictamen 23.

DICTAMEN 27/06.- Proyecto de Decreto que modifica el Decreto 65/1998, de 5 de noviembre, sobre las ayudas, prestaciones y medidas de inserción y protección social.

Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 27/02/06

Extracto de Doctrina

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).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 29 de noviembre de 2004, la Directora del Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia (ISSORM) elevó a la titular de la Consejería de Trabajo y Política Social borrador de un Proyecto de Decreto por el que se pretende modificar el Decreto 65/1998, de 5 de noviembre, regulador de las Ayudas, Prestaciones y Medidas de Inserción y Protección Social. A dicho proyecto se acompaña un informe de necesidad y oportunidad elaborado por el Servicio Jurídico del ISSORM, en el que se afirma que la finalidad de la norma propuesta es la de “*Considerar a la hora de conceder la ayuda, la diferente composición de las unidades familiares o convivenciales, así como proceder a la actualización de las cuantías que pueden percibir las unidades familiares y/o convivenciales beneficiarias, a fin de acercar la realidad legal a la realidad social.*”

Por otra parte se pretende establecer el carácter complementario de estas ayudas respecto de los ingresos que efectivamente dispongan las diferentes unidades familiares o convivenciales, así como establecer una cuantía mínima a percibir, de sesenta euros, cuando se den los supuestos reglamentariamente establecidos”.

El borrador se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe sobre ausencia de impacto por razón de género, ya que, se afirma, *“tanto el hombre como la mujer se encuentran en situación de igualdad en cuanto al tratamiento que de ellos se hace en la nueva regulación de las Ayudas Periódicas de Inserción y Protección Social”.*

b) Memoria económica, que estima que no es necesaria una financiación adicional, puesto que las ayudas no se conceden de forma automática, sino en función de los créditos disponibles en el ISSORM para estas ayudas.

c) Sendas certificaciones del Secretario del Consejo Regional de Servicios Sociales y de los Consejos Sectoriales de Tercera Edad, Minusválidos, Drogodependencias, Minorías Étnicas e Infancia, que acreditan el carácter favorable de los informes emitidos por dichos órganos consultivos.

d) Informe favorable al borrador emitido por el Servicio jurídico de la Secretaría General de la Consejería proponente.

SEGUNDO.- Remitido el Proyecto al Consejo Económico y Social (CES) en solicitud de Dictamen, éste, de fecha 30 de marzo de 2005, manifiesta su parecer favorable al Proyecto, 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.

TERCERO.- Seguidamente se recaba el preceptivo dictamen de la Dirección de los Servicios Jurídicos que es evacuado con fecha 6 de septiembre de 2005, haciendo determinadas observaciones que, acogidas sólo en parte, dan lugar a un tercer y definitivo borrador que, debidamente autorizado, se halla unido al expediente.

CUARTO.- Con fecha 28 de septiembre de 2005 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

QUINTO.- Posteriormente el Secretario General de la Consejería consultante, por delegación de su titular, dirige a este Órgano Consultivo oficio, que tiene entrada en el Registro el día 28 de noviembre de 2005, en el que se indica lo siguiente:

“Se remite a ese Consejo Jurídico, en cumplimiento del mandato recogido en el Dictamen 135/2005 (se dice, por error, 1357/2005) y, al objeto de completar el expediente sobre Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 65/1998, sobre las Ayudas, Prestaciones y Medidas de Inserción y Protección Social, remitido a ese Órgano Consultivo el 26 de septiembre pasado, la memoria a que se refiere el 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, con los requisitos que el citado artículo previene, así como Informe de necesidad y oportunidad”.

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 reglamentaria.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10. Uno, 18 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (en lo sucesivo EA). 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 entre sus fines recogía el de prevenir y eliminar las causas de marginación social y lograr una eficaz asistencia a nivel individual y colectivo para aquellos ciudadanos que lo precisen, procurando su plena integración en la medida de las posibilidades de cada uno. El desarrollo reglamentario de esta Ley venía atribuido al Consejo de Gobierno, y con base en esta habilitación se aprobó el Decreto 65/1998, de 5 de noviembre, sobre ayudas, prestaciones y medidas en materia de inserción y protección social (en adelante, Decreto 65/1998), que ahora se pretende modificar.

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 18 dispone que *“desde el Sistema Público de Servicios Sociales se concederán prestaciones económicas de carácter individual o familiar, periódicas o no periódicas, que fomenten la integración social de las personas más desfavorecidas”*, añadiendo que *“las condiciones, cuantías y requisitos para su concesión se establecerán reglamentariamente, dentro del ámbito competencial atribuido a cada órgano”*.

Al amparo y en ejecución de los preceptos anteriormente citados el Decreto proyectado pretende modificar el vigente Decreto 65/1998, estableciendo un nuevo régimen para las ayudas periódicas de inserción y protección social (en lo sucesivo, APIPS), en el que se introduce una diferente forma de establecer los ingresos máximos de las unidades beneficiarias atendiendo a su distinta composición; se actualiza la cuantía máxima que pueden percibir dichas unidades, fijando, asimismo, una cuantía mínima de 60 euros; y, finalmente, se configura el carácter complementario de la prestación respecto de los ingresos que efectivamente dispongan las unidades beneficiarias.

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 6/2005) y, además, de forma específica para la materia que nos ocupa, por el artículo 21, a) LSSSRM.

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 se ha acomodado en términos generales.

No obstante lo anterior, cabe efectuar las siguientes observaciones:

A) El Decreto 95/2004, de 24 de septiembre, por el que se crean y regulan los Consejos Asesores regionales de carácter sectorial de servicios sociales, establece, como lo hacía el derogado Decreto 3/1993, que los consejos sectoriales informarán los proyectos normativos, con carácter preceptivo, no vinculante y previo a la consideración del texto por el Consejo Regional. Pues bien, esta circunstancia no queda acreditada en la certificación del Secretario del Consejo Regional de Servicio Sociales, ni puede desprenderse de la comparación de esta certificación con la correspondiente a la sesión conjunta celebrada por los Consejos Sectoriales, puesto que las reuniones tuvieron lugar en la misma fecha y no se señala la hora en que cada una de ellas se produjo.

B) El artículo 24.1 LG exige que al Proyecto se acompañe una memoria económica estimativa del coste a que dará lugar la entrada en vigor de la futura norma, previsión similar en su alcance a la contenida en el artículo 53 de la Ley 6/2004, cuando exige un estudio económico de la norma 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).

Al respecto, el Consejo Jurídico ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse sobre este aspecto fundamental de la tramitación de las disposiciones de carácter general (entre otros, Dictámenes 38/2000 y 31/2004), en los que se afirmaba la conveniencia de que estos documentos expliciten los costes estimados, con independencia de que originen o no mayores gastos de los que serían atendibles con los créditos consignados presupuestariamente.

Los órganos preinformantes, Dirección de los Servicios Jurídicos y CES, han resaltado la incongruencia que se detecta entre las medidas que se recogen en el Proyecto, que suponen una mejora cuantitativa de las prestaciones tanto futuras como presentes (estas últimas en virtud de lo establecido en las Disposiciones Transitorias), y las afirmaciones vertidas en la memoria económica sobre la innecesariedad de financiación adicional, puesto que las ayudas no se conceden de forma automática, sino en función de los créditos disponibles para este fin. Este Consejo, comparte la conclusión a la que llegan los citados órganos: si el Proyecto se aprueba y las medidas en él contempladas se llevan a la práctica sin incrementar la dotación económica destinada a financiar las APIPS, el número de solicitudes atendidas bajará forzosamente, consecuencia que no se aviene con la finalidad de la modificación que se pretende llevar a cabo. De hecho, la Consejería proponente, a pesar de mantener

en la memoria económica que la aprobación del Proyecto no va a generar coste alguno, viene a reconocer en otros documentos el esfuerzo económico que supone algunas de las medidas que en él se recogen (informe del Subdirector de Pensiones, Ayudas y Programas de Inclusión del ISSORM, obrante al folio 40 y siguientes).

C) No consta que se haya emitido el informe de la Secretaría General que exige el artículo 24.2 LG. Sí que aparece incorporado al expediente informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General. Como este Órgano Consultivo ha tenido ocasión de reiterar en numerosos dictámenes, el informe del Servicio Jurídico dependiente de la referida Secretaría General no puede sustituir al de su titular. Ahora bien, una vez publicada la Ley 6/2004, el análisis en relación con el cumplimiento de este trámite se ve forzosamente condicionado por el juego de ambas normas: la estatal, de aplicación supletoria hasta el momento de la publicación de la regional, y esta última. El Consejo, en su Dictamen núm. 65/2005, mantuvo, respecto del procedimiento tramitado con ocasión de dicho Dictamen, la no preceptividad del informe de la Secretaría General porque el expediente había seguido una tramitación híbrida, ya que comenzó antes de publicarse la Ley 6/2004 y se ultimó una vez vigente el citado texto legal, habiéndose incorporado informe del Servicio Jurídico de la Vicesecretaría, trámite exigido por el artículo 53 de la Ley 6/2004. Esta circunstancia se repite en el presente caso, aunque el informe del Servicio Jurídico debería ser visado por el titular de la Vicesecretaría.

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 del Decreto núm. 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, se observa que la copia del expediente que se remite no se halla compulsada.

II. El Proyecto objeto del presente Dictamen se compone de:

-Una parte expositiva, en la que se recoge la justificación y la finalidad de la norma que se pretende aprobar.

- Artículo único, por el que se da una nueva redacción al artículo 4 del Decreto 65/1998.

-Disposición Adicional, en la que se establece un plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la modificación, para adaptar la Orden reguladora de las APIPS a lo establecido en el Proyecto, *“entendiéndose desde la entrada en vigor del mismo derogada en todo aquello que se oponga a lo dispuesto en este Decreto”*.

- Disposición Transitoria Primera, que determina la vigencia en sus propios términos de las situaciones jurídicas reconocidas al amparo del Decreto 65/1998, hasta tanto se proceda a su revisión, la cual se practicará aplicando la norma que se pretende aprobar en todo aquello que sea más favorable a los interesados.

- Disposición Transitoria Segunda, que establece la aplicación del Proyecto de Decreto a las solicitudes de APIPS que se encuentren en trámite o en fase de recurso en el momento de su entrada en vigor, en todo lo que les sea favorable.

- Disposición Final, que determina que el Proyecto de Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BORM.

III. La sistemática seguida por el Anteproyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). No obstante, cabe formular las siguientes sugerencias que, de ser aceptadas, mejorarían notablemente el texto objeto del presente Dictamen:

- Las disposiciones recogidas en 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).

- Según se indica en las mencionadas Directrices los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la producción de normas jurídicas se recogerán en una Disposición Adicional (apartado c) de la Directriz 39), en tanto que los mandatos dirigidos a la producción de normas jurídicas se establecerán en una Disposición Final (apartado e) de la Directriz 42). El contenido de la Disposición Adicional del Proyecto constituye un mandato para que la Consejería competente proceda a la adaptación de la Orden reguladora de la APIPS al contenido del Decreto que se pretende aprobar. No se alcanza a comprender de qué otra forma se puede producir tal adaptación si no es con una modificación de la actual Orden, que, obviamente, sólo cabe realizar mediante el dictado de una nueva Orden, es decir, de una norma jurídica. Procede, por lo tanto, que la primera parte del contenido de esta disposición se traslade a una disposición final.

- Por otro lado, la segunda parte de dicha Disposición Adicional, es decir, aquella por la que se declara derogada la Orden reguladora de las APIPS en todo que se oponga a la norma proyectada, es propia de una disposición derogatoria.

CUARTA.- Análisis jurídico del contenido del Proyecto.

El Proyecto sometido a consulta merece las siguientes observaciones particulares.

I. El apartado 1 del citado artículo 4, en los términos propuestos para su nueva redacción, señala como beneficiarios de las APIPS a las “familias o unidades convivenciales”. Creemos que debe darse otro tratamiento a estas denominaciones, ya que la diferenciación que se establece entre ambas no se corresponde a la realidad, puesto que difícilmente se puede entender que la familia sea algo distinto a una unidad convivencial. Sería, pues, más correcto recoger en este precepto, y en todos aquellos en los que se hace referencia a las unidades beneficiarias, la expresión “unidad de convivencia”, modificando la redacción del apartado 8 de forma que quedara clara la definición de unidad de convivencia.

De acogerse esta sugerencia deberían llevarse a cabo las siguientes modificaciones en el texto:

a) Sustituir la expresión “unidades familiares y/o convivenciales”, por la de “unidad de convivencia”, en los siguientes apartados del artículo 4 según redacción propuesta por el Proyecto: 1, 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2, 4, 5, 6, y 8.

b) El primer párrafo del apartado 8 podría quedar redactado de la siguiente forma o similar:

“A los efectos de estas ayudas tendrá la consideración de unidad de convivencia las personas unidas por matrimonio u otra forma de relación permanente análoga a la conyugal, así como otras personas vinculadas por relaciones de adopción, tutela, acogimiento familiar o parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado o de afinidad hasta el cuarto respecto del menor, que residan en un mismo marco físico de alojamiento”.

II. En el apartado 4 se mantiene la previsión recogida en el vigente Decreto 65/1998, según la cual no se concederán las APIPS cuando en las unidades convivenciales exista algún miembro adulto desempleado con derecho a percibir la prestación de Ingreso Mínimo de Inserción. El CES, en su Dictamen, aunque ve razonable la exclusión, indica que para *“evitar efectos de desprotección no deseados sobre los menores, debería acompañarse con el establecimiento de la obligación para los servicios sociales correspondientes de iniciar la tramitación del IMI para el posible preceptor”*. La Consejería proponente no acoge la sugerencia al considerar que, de hacerlo, se estaría imponiendo una obligación a los Centros Municipales de Servicios Sociales, lo que no considera adecuado.

El Consejo Jurídico constata que el riesgo que señala el CES existe, aunque también comparte la postura del órgano gestor sobre la improcedencia de imponer en la norma proyectada la obligación a los Servicios Sociales Municipales de tramitar el IMI. La solución al problema es mucho más sencilla: Lo que realmente se pretende es declarar la incompatibilidad de las APIPS con la prestación del IMI, y de este modo debe recogerse en el texto, ya que de mantener la redacción actual lo que se está haciendo es establecer incompatibilidades entre expectativas.

III. Los apartados 5, 6 y 7 establecen la cuantía máxima que pueden alcanzar estas ayudas, su carácter complementario en relación con los ingresos que perciba la unidad de convivencia y, finalmente, fijan la garantía de la percepción en una cuantía mínima, pero al hacerlo no se ha conseguido una redacción lo suficientemente clara y, por ende, es necesario realizar un esfuerzo hermenéutico para determinar los objetivos perseguidos por estos preceptos. Por ello se sugiere la siguiente redacción alternativa:

“5. La cuantía máxima que podrán alcanzar estas ayudas por beneficiario, coincidirá con el porcentaje del salario mínimo interprofesional fijado en el apartado 3.1. de este artículo, para determinar el nivel de ingresos de los diferentes tipos de unidades de convivencia según el número de personas que los integren.

6. La ayuda periódica de inserción y protección social tendrá carácter complementario de los ingresos de la unidad de convivencia, de modo que el importe correspondiente a la suma de la ayuda y de los ingresos familiares no podrá superar el nivel de renta previsto en el apartado 3.1 para cada unidad de convivencia según su composición numérica.

7. En cualquier caso, sea cual fuese el importe que se obtenga de la aplicación de lo dispuesto en los anteriores apartados 5 y 6, se garantiza la percepción de una ayuda mínima de 60 euros mensuales”.

IV. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado III de la Consideración Tercera sobre la correcta ubicación sistemática de la Disposición Adicional, cabe hacer dos reflexiones en cuanto a su contenido material. La primera de ellas se refiere al dilatado plazo que se fija para la adaptación de la Orden reguladora de las APIPS, lo que puede ocasionar un vacío jurídico cuya justificación no se desprende ni del texto del Proyecto ni de los informes y memorias que lo acompañan. La segunda, se concreta en la necesidad de recoger la denominación exacta y completa de la Orden que se ha de adaptar.

V. La Disposición Final incluye una cláusula de entrada en vigor inmediata que limita, sin justificación aparente para ello, la posibilidad material de conocimiento de la norma, incumpliendo así lo establecido en las Directrices sobre técnica normativa antes citadas. Se sugiere introducir una *vacatio legis* por el tiempo que la Consejería proponente considere adecuado para garantizar dicho conocimiento.

VI. Deben suprimirse las comillas que aparecen al final del apartado 4, insertándolas, sin embargo, al final del apartado 8.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- El Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen es conforme al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que la incorporación de las observaciones formuladas mejoraría notablemente su contenido.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 28/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. O. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 27/02/06

Extracto de Doctrina

1. La consideración sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes se encuentra enraizada en el derecho a la defensa y, por tanto, es claramente extensible a los procedimientos contradictorios, como el administrativo en general y el de exigencia de responsabilidad patrimonial en particular. Así lo ha entendido el legislador en el artículo 80.3 LPAC, al posibilitar al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, pero, por su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el 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.

2. Para la determinación de si en el supuesto sometido a consulta se produjo alguna infracción de ese criterio de normalidad asistencial o si, por el contrario, la intervención se ajustó a normopraxis, es preciso efectuar una valoración de aquella con criterios estrictamente técnico-médicos, para lo que es imprescindible poseer conocimientos en la materia. Siendo ello así, resulta necesario partir de los informes que, obrantes en el expediente, analizan la intervención efectuada a la luz de los dictados de la ciencia médica.

3.No exime al médico de la obligación de informar el hecho de que la intervención quirúrgica pudiera ser la única alternativa de tratamiento ante la lesión sufrida por la interesada, como apunta la propuesta de resolución, pues ello supondría incurrir en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2003).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de noviembre de 2002, D. J. O. S. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), con base en los siguientes hechos:

En junio del año 2000 es tratada de un esguince en el centro de salud de Los Garres (Murcia), tras el cual aparece una tumoración en el tobillo, siendo remitida al Hospital Virgen de la Arrixaca. Allí se decide intervenir quirúrgicamente, lo que se llevará a efecto en el H. C. M. S., el 26 de octubre de 2001.

La intervención (sinovitis vellonodular que infiltraba seno del tarso en zona tobillo derecho) fue iniciada por un médico (el Dr. R. M.) diferente a aquel que la había estado tratando hasta ese momento. Según la reclamante, durante la operación, hasta en tres ocasiones “*notó como si algo le quemase en la zona*”. Ya bastante avanzada la intervención apareció el Dr. N. (médico que había asistido a la interesada y quien había decidido el tratamiento quirúrgico). Al parecer, “*según se le explicó después, durante el desarrollo de la operación no se pudo extirpar el total del tumor y además le fue seccionado un nervio*”.

La paciente recibe el alta médica el mismo día 26 de octubre, comenzando días después, el 6 de noviembre, tratamiento rehabilitador con el Dr. C. (Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital Virgen de la Arrixaca), quien, tras varias sesiones y ante la aparición de un edema distal en la pierna y pie, que aumentaba con la bipedestación, y viendo que el dolor no remitía, prescribe estudio de resonancia magnética de tobillo y pie.

Tras Electromiografía realizada el 14 de agosto de 2002 por el Dr. D. M. C., según la reclamante “*se corrobora que tiene seccionado el nervio tibial en la zona donde la operaron*”. El informe elaborado por el referido facultativo concluye que “*los hallazgos son congruentes con axonotmesis parcial de grado severo de nervio tibial posterior derecho en tobillo, en estadio agudo de evolución*”.

A la fecha de la reclamación, la interesada continúa de baja laboral (es empaquetadora en una empresa de cítricos, lo que exige largos períodos de bipedestación), y está pendiente de una nueva intervención quirúrgica, por lo que su situación médica no es definitiva, difiriendo a un momento posterior la evaluación económica de los daños alegados, aunque manifestando su voluntad de acogerse al baremo de valoración de los daños personales acaecidos en accidente de circulación.

Acompaña la interesada su reclamación de numerosa documentación acreditativa del proceso de asistencia sanitaria recibida, así como partes de incapacidad laboral temporal (números 1 y 49, último recibido, según la interesada).

Tras manifestar la reclamante su voluntad de llegar a una terminación convencional del procedimiento, solicita el recibimiento del mismo a prueba, proponiendo documental y testifical, esta última de un vecino suyo y del Dr. D. M. C., a fin de que ratifique el informe de electromiografía por él elaborado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

Por la instrucción se procede a comunicar la reclamación a la aseguradora del SMS y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, requiriendo a los Directores Gerentes de los hospitales Virgen de la Arrixaca y de M. para que remitan copia de la historia clínica de la reclamante e informes de los profesionales que la atendieron.

Remitada la historia por el H. M., su Director de Gestión manifiesta que no se remite informe de los facultativos intervinientes, ya que éstos son *“médicos del SMS”*.

El Director Gerente del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, por su parte, remite la historia clínica de la paciente, afirmando que el Dr. R. M. ya no presta servicios en el Hospital, sino que lo hace en el Hospital de Cieza.

En la historia remitida por el Hospital Universitario consta un informe clínico de evaluación fechado el 24 de abril de 2003, elaborado por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del referido Hospital, del siguiente tenor literal:

“Paciente de 46 años con tumoración blanda en región maleolar y borde interno de pie dcho. Intervenida el 26-10-01 mediante extirpación de la tumoración. Diagnóstico: Sinovitis vellonodular pigmentaria.

La evolución posterior sigue con dolor, parestesias y disminución de sensibilidad cutánea en borde interno y planta del pie.

Se hace estudio con R.N.M. y electromiografía, que informan de recidiva de la lesión, y de axonotmesis parcial severa de nervio tibial posterior, en estado agudo de evolución.

El 11 de noviembre de 2002 es intervenida de nuevo, realizando resección de la recidiva tumoral.

El informe histológico confirma el diagnóstico anterior.

La paciente continúa con el mismo cuadro de dolor de tipo neurítico. Se realiza nuevo estudio de E.M.G., que informa de axonotmesis parcial de su tibial posterior, en estado crónico.

Actualmente la paciente continúa con dolor en el pie dcho. Parestesias que aumentan con la marcha y bipedestación prolongada. El último estudio de R.N.M. indica posible recidiva de la lesión”.

TERCERO.- Solicitado informe al Dr. R. M., lo emite con el siguiente contenido:

“El día 26 de octubre de 2001 mi situación profesional era Residente de 5º año del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca, Murcia, por lo que me dirigí al Hospital de M. (en ese momento ahí se realizaba parte de la actividad quirúrgica derivada de mi Hospital de Residencia), donde ese día debía realizar la actividad quirúrgica junto a un adjunto de dicho Hospital, Dr. D. P. F. N..

Una vez evaluada la paciente, que se presentó con el diagnóstico de ganglión en tobillo derecho (tumoración de partes blandas), y siendo la exploración clínica realizada en ese momento congruente con el diagnóstico, se decidió que yo efectuaría dicha cirugía, dado que mi capacitación técnica como residente de 5º año me facultaba para realizar la misma, por supuesto, supervisado por mi adjunto, el referido Dr. F. N..

Desconozco si la paciente había firmado el consentimiento informado, pues se suele hacer en la consulta externa, una vez que se propone cirugía al paciente, siendo además parte de la documentación que el hospital dispone.

Una vez comenzada la cirugía, se aprecia que la tumoración de partes blandas que tenía la paciente no coincidía con las características de la lesión sospechada (ganglión+ tenosinovitis), siendo entonces el diagnóstico intraoperatorio de sospecha una sinovitis vellonodular pigmentaria, tumoración de características benignas. Dado lo profundo de la lesión y su vecindad a estructuras neuro-vasculares, que en el momento de la exéresis pudieron ser dañadas inadvertidamente (hecho posible y frecuente en este tipo de cirugía), y una vez extirpada la mayor parte de la tumoración, se decidió dar por concluida la misma, para decidir en un segundo tiempo, una vez conocido el resultado del análisis anatómico-patológico, la actitud a seguir y la derivación al adjunto del Servicio correspondiente.

La paciente fue dada de alta con la medicación pertinente, dada la evolución postoperatoria adecuada, quedando citada para revisión en la Puerta de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, lugar habitual de las revisiones postquirúrgicas de las cirugías realizadas por los Médicos Residentes.

La evolución postoperatoria fue satisfactoria, a excepción de las parestesias en talón y zona plantar del pie intervenido. Una vez conocido el diagnóstico anatómico-patológico, que coincidía totalmente con el diagnóstico de sospecha intraoperatoria, la paciente fue derivada para su seguimiento y tratamiento oportunos al Dr. D. J. A. C. M., especializado en el tratamiento de lesiones tumorales del aparato locomotor.

Dado el informe Electromiográfico del día 14-8-02, con el resultado de axonotmesis parcial en grado severo del nervio tibial posterior, he de decir que esto no significa que dicho nervio haya sido cortado, sino que el término “axonotmesis” es daño en los axones que contiene el nervio, pero sin alterar completamente la estructura neural, y el adjetivo “parcial” abunda en el mismo sentido.

Sin más, y una vez revisada la historia clínica del caso que nos ocupa, creo que

mi actuación profesional fue del todo correcta, quedando a su disposición para las explicaciones o informes que usted estime oportunos”.

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, ésta concluye que:

“-No se produce sección del nervio tibial posterior derecho, como consecuencia de la intervención quirúrgica.

-La segunda intervención quirúrgica realizada a la paciente en noviembre de 2002, no es consecuencia de la actuación médica en la primera, sino por recidiva de la tumoración (una sinovitis villonodular pigmentaria).

-No queda demostrado que la axonotmesis parcial del nervio tibial posterior derecho fuese producida en el acto quirúrgico, y aunque así hubiese ocurrido, sería una consecuencia frecuente de este tipo de cirugía, por la vecindad de la tumoración a estructuras neuro-vasculares”.

QUINTO.- El 15 de marzo de 2004 se notifica la apertura del trámite de audiencia a la reclamante y a la entidad aseguradora del SMS.

La primera se ratifica en su pretensión inicial, aportando diversos informes clínicos, en su mayoría ya presentes en la historia remitida por el Hospital Virgen de la Arrixaca. Asimismo aporta informe de una podóloga, de fecha 16 de enero de 2004, donde destaca la existencia de un gran dolor producido por la lesión, consistiendo el tratamiento en *“ortosis plantar de resina termo conformada, con apoyo en todo en ALI, control de prono-supinación a nivel de ASA y descarga en forma de cut-out en cabeza de primer metatarsiano, ortosis subdigital para detener la garra de dedos y aplicación de Voltarén emulgel dos veces al día”.*

También aporta resolución de la Dirección Provincial del INSS, de 20 de junio de 2003, de reconocimiento de incapacidad permanente total.

Finaliza sus alegaciones la interesada manifestando que, una vez estabilizada su situación como crónica y dado el dolor que sufre a consecuencia de la misma, la cantidad total pretendida en concepto de indemnización asciende a 111.158,92 euros, de los cuales, 38.643,15 euros lo son en concepto de secuelas; 3.864,32 euros por aplicación del 10% de factor corrector; y 68.651,45 euros en concepto de incapacidad permanente total.

SEXTO.- Por parte de la entidad aseguradora, se aporta informe médico cuyas conclusiones son del siguiente tenor literal:

“Paciente diagnosticada preoperatoriamente de ganglión por clínica y ecografía. El estudio realizado es en principio suficiente.

Intraoperatoriamente se diagnostica de sinovitis villonodular, lo que obliga a variar la planificación preoperatoria.

Como complicación sufre una lesión del nervio tibial posterior. No se trata de una sección del mismo, ya que el estudio EMG es informado como axonotmesis y no como neurotmesis. Probablemente pudo ser dañado por un separador durante la cirugía o por la manipulación quirúrgica durante la escisión de la tumoración (toda manipulación de un nervio conlleva un riesgo potencial de lesión del mismo).

Se trata de una complicación descrita e inevitable en este tipo de cirugía que, en modo alguno, permite presumir que la intervención se haya practicado incorrectamente.

Existe consentimiento informado firmado por la paciente para cirugía y anestesia.

La recidiva de la lesión no es debida a un mal tratamiento sino a las características de la enfermedad en sí, recordemos que presenta una tasa de recidiva entre el 30 y 50% tras el tratamiento quirúrgico.

Entre las secuelas finales que se citan en el informe emitido por la Podóloga Dña. V. B. O., lo único achacable a la lesión del nervio tibial posterior como causa directa es el dolor neural en 1er radio pie derecho acompañado de hormigueo localizado en la cabeza del 1er metatarsiano y cierta alteración en la marcha por el dolor ocasionado con el apoyo.

Los profesionales que asistieron a la paciente actuaron ajustándose a las exigencias de la lex artis”.

SÉPTIMO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a la reclamante, con traslado del informe médico aportado por la aseguradora, contesta aquella mediante escrito de alegaciones en el que se ratifica en sus pretensiones, manifestando que los diferentes informes médicos que se encuentran unidos al expediente no suponen variación de lo afirmado en la reclamación.

OCTAVO.- Con fecha 3 de enero de 2006, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, con fundamento en que no se ha acreditado la existencia de una actuación administrativa determinante de un daño que la interesada no tenga la obligación de soportar, por lo que no se darían los requisitos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

Una vez incorporados al expediente 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 2 de febrero 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.

1. La Sra. O. S., 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 efecto, aunque la intervención a la que se imputan las dolencias de la paciente fue realizada en una clínica privada (H. M., T. M. D., S.L), ajena al sistema público de salud, lo cierto es que aquélla fue realizada por un facultativo perteneciente al mismo y en cumplimiento de sus funciones asistenciales públicas, como se constata en la contestación efectuada por el Director de Gestión del referido centro sanitario y confirma el informe del Dr. R. M., facultativo que realizó la intervención quirúrgica, quien indica que su situación profesional cuando la llevó a cabo era de Residente de quinto año del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca, afirmando que la operación se efectuó en el H. M. porque *“en ese momento ahí se realizaba parte de la actividad quirúrgica derivada de mi Hospital de Residencia”*.

2. La reclamación, interpuesta el 22 de noviembre de 2002, lo fue dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar. De conformidad con dicho precepto, en caso de daños físicos a las personas el plazo comenzará a computarse desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas, circunstancia esta última que cabe entender producida el 14 de agosto de 2002, cuando el informe de electromiografía revela la existencia de axonotmesis parcial del nervio tibial posterior derecho.

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.

Del mismo modo se aprecia una irregularidad en la instrucción, pues no consta en el expediente que se haya practicado la prueba testifical propuesta por la interesada en su reclamación, ni se haya dictado resolución motivada por la instructora rechazándola por ser manifiestamente improcedente o innecesaria (artículo 80.3 LPAC y 9 RRP).

Como ya indicara el Consejo Jurídico en Dictamen 165/2003, emitido con ocasión de consulta efectuada por la misma Consejería de Sanidad, el derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento no es omnímodo. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su doctrina relativa al artículo 24.2 de la Constitución Española (que establece, entre otros, el derecho de todos a “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”) y que el mismo Órgano ha hecho extensiva a cualquier tipo de proceso, al ser inseparable del derecho mismo a la defensa. En sentencia 71/2003, de 9 de abril, con cita de la 168/2002, de 30 de septiembre, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, siendo un “derecho fundamental que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (...) entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*”.

Exige además esta doctrina, para considerar vulnerado el referido derecho, que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “decisiva en términos de defensa”. El mismo Alto

Tribunal, en Auto 14/1999, de 25 de enero, con ocasión de un recurso de amparo por vulneración del aludido derecho en un procedimiento judicial, declara que “sólo podrá revisar esta actividad jurisdiccional en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación, o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente arbitraria o irrazonable”, por lo que, *sensu contrario*, no cabrá apreciar indefensión con relevancia constitucional “cuando la inadmisión de la prueba se ha producido debidamente” o cuando “aun concurriendo en la inadmisión de la prueba alguna irregularidad procesal, no existe o no se demuestra en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas”.

Esta construcción sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes se encuentra enraizada en el derecho a la defensa y, por tanto, es claramente extensible a los procedimientos contradictorios, como el administrativo en general y el de exigencia de responsabilidad patrimonial en particular. Así lo ha entendido el legislador en el artículo 80.3 LPAC, al posibilitar al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, pero, por su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el 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 las pruebas solicitadas por la interesada en su escrito de alegaciones, convierte tal rechazo en arbitrario, al tiempo que podría sumir 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, en apreciación de la interesada, podrían ser relevantes para su resolución.

En consecuencia, debe la propuesta de resolución contener un pronunciamiento motivado expreso acerca del rechazo de las pruebas propuestas, atendido su carácter improcedente o innecesario. Respecto de la testifical del Dr. D. M., que persigue ratificar el informe de electromiografía por él efectuado, resulta innecesaria, pues la instrucción tiene por cierta la existencia del daño que tal informe acredita, la axonotmesis parcial del nervio tibial posterior derecho, lo que ha sido confirmado asimismo por otros muchos informes contenidos en la historia clínica y en el expediente.

Respecto de la declaración del vecino de la interesada, nada se dice en la reclamación acerca de qué se pretende probar con ella; pero, dados los términos de ésta donde la cuestión litigiosa es eminentemente técnica, pues se centra en determinar si la intervención quirúrgica produjo el daño y si aquélla se desarrolló con adecuación o no a normopraxis, sin que la instrucción haya puesto en duda ni la existencia del daño ni hechos ajenos a dicha intervención que hubieran podido ser alegados por la interesada, parece que la

declaración del vecino ningún dato relevante para la resolución del procedimiento podría añadir a los que ya constan en el expediente.

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 (LGS), 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 poner 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 del médico 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 puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículos 9 y 10 LGS); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda 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.

Para la reclamante “*se ha producido una lesión por la sección de un nervio a consecuencia de una operación quirúrgica*”. Además, esta lesión, siempre según la interesada, no es consecuencia normal que debiera derivarse de la operación, de forma que sólo puede explicarse por la realización negligente de la operación, por una mala praxis médica.

Afirma, asimismo, que en ningún momento se le comunicó el riesgo de sufrir la complicación que finalmente padeció. La sustantividad propia de esta alegación aconseja dejar su análisis para su posterior consideración, centrando el objeto de la reclamación, ahora, en la afirmación de mala praxis durante el desarrollo de la intervención quirúrgica, sin perjuicio de dejar ya señalado que es inexacta la afirmación contenida en la propuesta de resolución según la cual “*en la reclamación interpuesta no se alude a una posible falta de información a la paciente de los riesgos típicos y personales que la intervención conlleva*”.

Acreditada la existencia de un daño neurológico, su antijuridicidad deriva para la recurrente de una infracción de la *lex artis* por parte del facultativo interviniente quien, al no aplicar el cuidado o la diligencia que la ciencia médica exigía, seccionó el nervio tibial posterior derecho, lo que le ocasionó las secuelas que quedan reflejadas en el expediente. La *lex artis* 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*”.

Para la determinación de si en el supuesto sometido a consulta se produjo alguna infracción de ese criterio de normalidad asistencial o si, por el contrario, la intervención se ajustó a normopraxis, es preciso efectuar una valoración de aquélla con criterios estrictamente técnico-médicos, para lo que es imprescindible poseer conocimientos en la materia. Siendo

ello así, resulta necesario partir de los informes que, obrantes en el expediente, analizan la intervención efectuada a la luz de los dictados de la ciencia médica.

En primer lugar, la Inspección Médica niega que durante la intervención se produjera una sección del nervio, siendo la axonotmesis una lesión de menor entidad, en tanto que se conservan determinadas estructuras neurales. En cualquier caso, considera que no queda demostrado que tal axonotmesis se produjera en el acto quirúrgico y que, aunque así hubiera ocurrido, dicha patología sería una consecuencia frecuente de la cirugía efectuada, por la vecindad de la tumoración a estructuras neuro-vasculares. En definitiva, para la Inspección Médica, de producirse la afección neurológica durante la intervención, constituiría un riesgo típico y previsible.

Para los peritos de la aseguradora del SMS, la lesión del nervio pudo ser producida por un separador durante la cirugía o por la manipulación quirúrgica durante la escisión de la tumoración, afirmando que toda manipulación de un nervio conlleva un riesgo potencial de lesión del mismo. De hecho, afirman que la afección neural es una complicación descrita e inevitable en este tipo de cirugía, cuya aparición no permite presumir que la intervención se haya practicado de forma incorrecta. Finalizan su informe manifestando de forma expresa que los profesionales intervinientes actuaron ajustándose a las exigencias de la *lex artis*.

Para la reclamante, y dado 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 (LEC)-, el principal apoyo probatorio habría de ser un informe pericial que pusiera 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-. Ante la ausencia en el procedimiento de tales pericias, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, siendo insuficiente a tal efecto la constatación en el expediente de las dolencias que presenta la interesada, pues si bien ello permite considerar acreditado el daño, no prueba que éste derive de una inadecuada práctica quirúrgica con infracción de la correcta praxis médica.

Y es que, ante la pasividad probatoria de la reclamante, las únicas valoraciones técnicas de la asistencia prestada por los facultativos vienen constituidas por el informe de la Inspección Sanitaria y el dictamen médico aportado por la compañía de seguros, que reflejan un juicio positivo acerca de la intervención practicada a la interesada. En cualquier caso, frente al juicio técnico contenido en los referidos informes, y a pesar del limitado valor probatorio que ha de otorgarse al informe pericial de la compañía aseguradora, no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones vertidas por la actora, 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 la interesada 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 las dolencias de la paciente y el funcionamiento del servicio sanitario público ni el carácter antijurídico de dicho daño.

QUINTA.- Sobre el consentimiento informado.

Como bien conoce la Consejería consultante y según ya dijimos en nuestro Dictamen 114/2003, 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. La información que se dé al paciente puede ser, esencialmente, de dos tipos. De un lado, la que forma parte del proceso para obtener el consentimiento informado y, de otro, aquella información que guarda sustantividad propia, también llamada terapéutica, clínica o asistencial y cuyos requisitos y elementos suelen ser coincidentes con los de la información previa al consentimiento. 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).

Centrando el análisis en la información previa al consentimiento, entendida como aquella que persigue que la interesada 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 (26 de octubre 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 o la insuficiencia de su contenido no determinan

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 dialógica 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”*.

Finalmente, tampoco exime al médico de la obligación de informar el hecho de que la intervención quirúrgica pudiera ser la única alternativa de tratamiento ante la lesión sufrida por la interesada, como apunta la propuesta de resolución, pues ello supondría incurrir en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2003).

Atendida esta doctrina general y aplicada al supuesto sometido a consulta, es cierto que en el expediente consta un documento de consentimiento informado, prestado en un formulario genérico, utilizable, según los términos en los que se expresa, tanto para una prueba o exploración como para una intervención o un tratamiento. No obstante, específica en el espacio habilitado a tal fin la intervención que se consiente, constando la indicación de “cirugía de tobillo exéresis ganglión”, respecto de la cual la paciente afirma haber sido informada sobre alternativas existentes, riesgos y consecuencias que, en casos extremos, dicha intervención pudiera ocasionar.

La existencia de este documento firmado por la paciente y por el facultativo interviniente, donde se hace constar que conoce los riesgos de la intervención, permitirá considerar que sí se ofreció dicha información a la interesada, si en la historia clínica o en el expediente se contuvieran datos que apuntaran, siquiera sea indiciariamente, que hubo la necesaria relación dialógica médico-paciente, durante la cual se le habrían comunicado los riesgos de la intervención a la que se iba a someter. No obstante, ni la

documentación clínica ni el expediente acreditan que se ofreciera a la paciente dicha información. En efecto, en la historia remitida por el Hospital “Virgen de la Arrixaca”, únicamente consta como documentación previa a la intervención -efectuada el 26 de octubre de 2001- el informe ecográfico que concluye con el juicio diagnóstico de “ganglión y tenosinovitis”, fechado el 28 de febrero de 2001. Del mismo modo, nada indican acerca de la posible información previa facilitada a la paciente los informes que relatan la intervención y evolución posterior de la interesada (folios 47, 51, 55 y 56 del expediente). Tampoco arroja luz sobre dicha cuestión el informe del Dr. R. M., quien llega a afirmar que desconoce si la paciente había firmado el consentimiento informado, “*pues se suele hacer en la consulta externa, una vez que se propone cirugía al paciente*”. Sobre dicho extremo, se desconoce el momento en que se firmó el documento de consentimiento que obra al folio 44 del expediente, pues carece de fecha. En cualquier caso, nada consta en la historia clínica remitida por el Hospital Virgen de la Arrixaca acerca de las consultas previas a la intervención, las cuales, según la reclamante, no fueron atendidas por el Dr. R. M., sino por un Médico Adjunto del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del referido Centro, el Dr. N., cuyo informe no se ha traído al expediente.

Conclusión obligada de cuanto queda expuesto es que no ha conseguido la Administración acreditar que ofreció a la paciente la información adecuada y con el grado de suficiencia preciso para que su consentimiento a ser intervenida fuera adoptado con pleno conocimiento de los riesgos a los que se exponía.

Esta conclusión, por otra parte, excusa la necesidad de entrar a considerar un aspecto del consentimiento que, al parecer, ha pasado inadvertido tanto a la reclamante como a la instrucción, y es que el otorgado lo era para la intervención inicialmente programada, sin que conste en el expediente el consentimiento informado de la paciente para ser intervenida de la sinovitis vellonodular pigmentaria de la que finalmente fue operada y en cuyo curso se le dañó el nervio tibial. Es éste un supuesto de lo que la doctrina ha dado en llamar “hallazgo médico”, por referencia a aquellas intervenciones que son pautadas con arreglo a un diagnóstico preoperatorio pero que, en el transcurso de la intervención, se encuentra una situación patológica sobre la que se decide actuar o se produce un cambio de diagnóstico, determinando la necesidad de alterar la cirugía o el tratamiento a aplicar para conseguir la curación de la verdadera patología, sólo desvelada tras comenzar la intervención. No ofrece el expediente elementos de juicio suficientes para poder pronunciarse acerca de si cabía entender otorgado el consentimiento, de forma tácita, a la operación finalmente efectuada, de la que se desconoce si compartía con la exéresis de ganglión el riesgo de afectación neural finalmente producido, aunque, como se ha dicho, el déficit de información previa al consentimiento apreciado *ut supra* respecto de la intervención programada resulta extensible a la operación finalmente realizada.

En consecuencia, y como tiene declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo -así en sentencia de 20 de septiembre de 2005, con cita de las de 14 de octubre de 2002, 3 de octubre de 2000 y 2 de octubre de 1997- el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la “*lex artis ad hoc*” y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, que da lugar a la indemnización correspondiente cuando, de la actuación del servicio público sanitario, derivan secuelas de cuya posibilidad no fue informada.

SEXTA.- Cuantía de la indemnización.

De conformidad con lo expuesto en la Consideración anterior, si bien no se aprecia infracción de la *lex artis* en el transcurso de la intervención, lo que impide establecer una relación causal entre la actuación del facultativo interviniente y los daños físicos acreditados en el expediente, la Administración no ha conseguido probar que ofreciera a la paciente la información sobre los riesgos de la intervención, con los requisitos exigidos al efecto por la LGS. Como consecuencia de ello, nos encontramos ante una actuación que, aun cuando los actos médicos desarrollados en el curso de la operación son ajustados a normopraxis, se materializa un riesgo calificado de típico, frecuente e, incluso imprevisible (informe aportado por la aseguradora del SMS) del que no se informó a la paciente. En tales supuestos, la responsabilidad de la Administración sólo alcanza a la indemnización del daño moral consistente en la privación de la libertad o derecho de autodeterminación personal de la reclamante, que resultó afectado por la inadecuada información recibida acerca de los riesgos a que se exponía al consentir ser operada, a quien, en palabras del Tribunal Supremo, *“se privó (...) de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente (...) para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.(...) Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”* (STS, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000).

Esta limitación de la responsabilidad al daño moral es la acogida por la jurisprudencia mayoritaria (por todas, STS, Sala 3ª, de 25 de abril de 2005, con cita de la de 4 de abril de 2000). Ahora bien, la valoración de los daños morales es una labor de gran dificultad, al carecer de módulos o criterios objetivos; por ello, como sostuvimos en nuestro Dictamen nº. 63/2004, aun admitiendo el carácter independiente del daño derivado de la ausencia de consentimiento informado respecto a los daños o secuelas físicas, con mucha frecuencia se acude a una valoración de aquél por referencia a éstos, de forma que el resultado es un resarcimiento del daño moral, pero sobre la base de la lesión o secuela derivada de una actuación médica correcta (Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, de 16 de octubre de 2002 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección 3ª, de 4 de noviembre de 2002).

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que la cuantía indemnizatoria ha de estar integrada por los conceptos que se detallan seguidamente en la búsqueda de una cierta objetivación de la siempre difícil reparación del daño moral, tomando como base, a efectos meramente indicativos, el baremo establecido por la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, correspondiente a la fecha en que la lesión efectivamente se produjo (Resolución de 30 de enero de 2001 de la Dirección General de Seguros) porque, además, incluye los daños morales.

No acompaña a la reclamación, como sería deseable, un informe de valoración del daño personal que establezca de forma precisa qué lesiones permanentes presenta la interesada como consecuencia de la intervención. Se limita la reclamante a aportar el informe de una podóloga donde se enumeran las dolencias que presenta en sus extremidades inferiores. Ahora bien, no todas ellas pueden ser imputadas a la intervención quirúrgica de la que deriva la reclamación. Y es que la tumoración presentó una recidiva, de la que fue operada en noviembre de 2002, constatándose el 24 de abril de 2003 una posible nueva recidiva. Todo ello dificulta enormemente la determinación de qué secuelas se encuentran causalmente relacionadas con la axonotmesis del tibial posterior y cuáles se deben a la propia naturaleza de la paciente, como reacción frente a las tumoraciones y sus correspondientes exéresis, razón por la que, ante la falta de prueba de dichos extremos por parte de la reclamante, y dada la naturaleza eminentemente técnica de dicha apreciación, habrá de estarse a los informes que, obrantes en el expediente, arrojan alguna luz sobre la cuestión.

Es el caso del informe médico aportado por la aseguradora del SMS, que, en su conclusión 7, afirma que de, entre las secuelas citadas por la podóloga, *“lo único achacable a la lesión del nervio tibial posterior como causa directa es el dolor neural en primer radio pie derecho, acompañado de hormigueo localizado en la cabeza del primer metatarsiano y cierta alteración en la marcha por el dolor ocasionado con el apoyo”*. Esta afirmación no ha sido combatida por la interesada con ocasión del trámite de audiencia, siendo además congruente con el informe clínico de evolución efectuado por el Dr. C., del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 98), quien consigna que, en la fecha de realización del informe (24 de abril de 2003), la paciente continúa con dolor de tipo neurítico en el pie derecho y parestesias que aumentan con la marcha y bipedestación prolongada.

En atención a todo lo expuesto, con apoyo en los informes médicos ya citados y de conformidad con el baremo de referencia, las únicas secuelas que pueden vincularse causalmente a la intervención son las siguientes:

- Metatarsalgia.....7 puntos
- Parestesias partes acras5 puntos
- TOTAL.....12 puntos

En la primera de las secuelas se concede una puntuación media en el rango establecido (5-10) en atención a la alteración de la marcha que dicha neuralgia ocasiona en la interesada.

En la segunda de ellas, la sensación de hormigueo se encuentra muy localizada (cabeza del primer metatarsiano), razón por la que se concede una puntuación intermedia.

El valor del punto, atendida la edad de la interesada, es de 607,605207 euros, que multiplicados por 12 arroja un resultado de 7.291,26 euros, cantidad a la que tras aplicar un factor de corrección del 10%, hace un total de 8.020,39 euros, cuantía a la que ha de ascender la indemnización del daño moral padecido por la reclamante.

Todo ello sin perjuicio de la necesaria actualización de las cantidades, de conformidad con 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, al considerar el Consejo Jurídico que sí existe responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien limitada al daño moral derivado de la privación del derecho de autodeterminación de la paciente, al estar viciado el consentimiento prestado para la intervención, en la medida en que no se le informó de un riesgo típico y previsible, finalmente materializado.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización puede fijarse de conformidad con lo señalado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 29/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. M. M. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 27/02/06

Extracto de Doctrina

Con carácter general, el Consejo Jurídico viene sosteniendo que, imputado un error de diagnóstico a los servicios sanitarios regionales y negado éste por la Inspección Médica o, al menos, informando que en el error no concurrió infracción a la “lex artis ad hoc”, si en el procedimiento no se practica prueba pericial independiente que sea concluyente en otro sentido, ha de estarse al parecer de dicha Inspección, dado el carácter eminentemente técnico de la Inspección. Obviamente, dicha regla general se exceptúa cuando existen elementos de juicio derivados del expediente que llevan a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de enero de 2004, D. F. G. F., en representación de D. M. M. M. y de sus hijos D. P., D. J. y D. J. L. M., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Murciano de Salud por la asistencia sanitaria recibida por

D. A. L. L. quien falleció de leishmaniasis visceral aguda grave, sin que, en su opinión, se le realizaran pruebas tendentes a determinar la existencia de dicha enfermedad, y sin que fuera tratado de la misma en diversos centros sanitarios.

Solicita una indemnización de 87.988 euros (65.992 para su esposa y 7.332 para cada uno de los hijos), y propone, como prueba documental, la historia clínica del paciente en el Centro de Salud de Moratalla, Hospital Comarcal del Noroeste y Hospital Virgen de la Arrixaca.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de febrero de 2004, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación patrimonial, notificándose a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Compañía de Seguros, a través de la correduría de seguros, y a los centros sanitarios donde había sido asistido D. A. L. L., solicitando su historia clínica y los informes de los facultativos que le atendieron.

TERCERO.- La Gerencia de Atención Primaria de Murcia remite la historia clínica del paciente en el Centro de Salud de Moratalla e informe del Dr. D. J. G. G., quien atendió al paciente en su domicilio el 21 de agosto de 2003, a petición de un familiar de éste:

“El paciente estaba en tratamiento con cefuroxima-axetilo y antitérmicos por presentar clínica de infección urinaria.

En ese momento, el paciente continuaba con la clínica, que había empeorado, y en la exploración física presentaba fiebre, mal estado general, con temblor y escalofríos, por lo que remití de forma urgente al paciente al hospital de referencia para valoración con exploraciones complementarias, facilitándoles la ambulancia del servicio de urgencias del Centro de Salud de Moratalla, que llegó inmediatamente, antes de que yo abandonase el domicilio”.

CUARTO.- El Hospital Comarcal del Noroeste remite la historia clínica y posteriormente (en fecha 14 de octubre de 2004) los informes solicitados por la instructora de los Dres. D. M. A. D. y D. G. F. A. G..

El Dr. A. D. señala que atendió al enfermo el 21 de julio de de 2004 (existe un error material en la fecha, pues debe referirse al 21 de agosto de 2003) durante su guardia de Medicina Interna, siendo ingresado de urgencias el paciente ante la sospecha de proceso séptico de origen urinario sin poder descartar un problema hepático concomitante:

“Se le sacaron ese día hemocultivos y urinocultivos iniciándose tratamiento empírico con cefalosporinas de la tercera generación y clindamicina junto con esferoides a dosis bajas. Se le realizó estudio analítico general, radiografía de tórax y eco abdominal. El caso fue ya seguido por Medicina Interna.

El día 29 de julio durante otra de mis guardias pauté medidas físicas antitérmicas para controlar una fiebre alta para evitar daño hepático sobreañadido.

No he tenido más contactos con dicho enfermo”

El Dr. A. G. resalta lo siguiente en cuanto a la evolución del paciente:

“El paciente fue ingresado con el diagnóstico inicial de cuadro séptico y hepatitis de causa indeterminada y sometido a tratamiento con antibióticos de amplio espectro. Dados los antecedentes de alergia a múltiples fármacos y el tratamiento previo con

metrotexate, fármaco potencialmente hepatotóxico, se pensó en una hepatitis tóxica por el patrón mixto en la analítica citolítica y colestásico. Se descartaron etiología viral de la afectación hepática así como autoinmune. La evolución fue desfavorable en los días sucesivos y aunque se consideró la posibilidad de efectuar biopsia hepática, el descenso de la cifra de plaquetas y el trastorno progresivo de la coagulación, nos llevó a desestimar el procedimiento por su elevado riesgo. Ante la mala evolución del paciente y la aparición de fallo multiorgánico (insuficiencia renal y hepática), se decidió su traslado a la UCI del Hospital Virgen de la Arrixaca al 8º día de ingreso para continuar estudio diagnóstico y tratamiento con los diagnósticos de insuficiencia hepatocelular aguda por probable hepatitis tóxica.”

QUINTO.- Igualmente el Hospital Virgen de la Arrixaca remite historia clínica (folios 97 y siguientes) e informe conjunto de la D. L. L., médica adjunta a la Unidad de Cuidados Intensivos, y del Jefe de los Servicios de la UCI, sobre la evolución del paciente, del que extraemos el siguiente párrafo:

“Ante la alta sospecha de Leishmaniasis visceral en el contexto de enfermo inmunodeprimido, se consulta con el servicio de Hematología, realizándose análisis de aspirado medular, en el cual no sólo no se observan leishmanias sino que además presenta celularidad normal. Se realiza frotis de sangre periférica en la cual no hay esquistocitos y los niveles de haptoglobina son normales por los que se descarta anemia hemolítica. Con dichas pruebas se descarta infección por leishmania y se atribuye la situación clínica y analítica del paciente a cuadro séptico secundario a inmunodepresión.

El día 10 de estancia vuelve a presentar nueva pancitopenia que había mejorado en los días previos, llegando los resultados de una serología que muestra título + para Leishmania a niveles de 1/180, iniciándose en ese momento tratamiento con anfotericina liposomal, solicitando nuevo aspirado de médula ósea, que se realiza el mismo día 9 de septiembre, observándose gran cantidad de leishmanias con celularidad normal, tras inicio del tratamiento discreta mejoría hemodinámica pero persiste fracaso renal con anuria y hemodiálisis, y fracaso respiratorio (...). “

SEXTO.- La Inspección Médica emite informe el 12 de julio de 2005, que contiene las siguientes conclusiones:

- En el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca se realizaron las pruebas específicas para el diagnóstico de leishmaniasis, y el inicio del tratamiento se comienza antes de tener la confirmación diagnóstica.
- En el Hospital Comarcal del Noroeste se aplicaron todos los recursos diagnósticos y terapéuticos disponibles para identificar la patología que daba origen al cuadro clínico inespecífico que presentaba D. A. L. L..
- La Leishmaniasis visceral es una enfermedad de muy rara aparición en nuestra zona, y de difícil tratamiento, que en casos de inmunosupresión puede producir el fallecimiento del paciente como sucedió en este caso.
- Considero que no ha existido una responsabilidad de la Administración, ni de los profesionales que prestaron la asistencia, en el fatal desenlace de los hechos.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia a los interesados, presentan alegaciones que se limitan a reiterar los argumentos de su reclamación, y por parte de la compañía aseguradora

Z. se remite informe médico realizado por los Drs. A. M., M. M., I. M. y P. M., todos ellos especialistas en medicina interna, que expresan el siguiente parecer (folio 156):

1. *“D. A. L. L. ingresó en el Hospital de Caravaca de la Cruz por un cuadro febril de 7 días de evolución, con sintomatología sugestiva de la presencia de un foco urinario.*

2. *Se realizó una adecuada valoración del paciente solicitando diversas exploraciones complementarias para intentar averiguar la causa del síndrome febril, pautando con buen criterio tratamiento antibiótico ante la sospecha de un cuadro de probable origen urinario y de etiología bacteriana..*

3. *Pese a la mejoría inicial de la sintomatología y algunos de los parámetros analíticos del paciente, la reaparición de la fiebre hizo que con buen criterio se ampliara el estudio del enfermo.*

4. *Ante la aparición de datos compatibles con fallo hepático y pese a la estabilidad hemodinámica y respiratoria del enfermo se decidió, con buen criterio, su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Virgen de la Arrixaca.*

5. *En este centro hospitalario se continuó la investigación de las causas que pudieran justificar el cuadro clínico del paciente. Dentro de esa investigación se realizó un aspirado de médula ósea en el que con fecha 2 de septiembre se indica que no se aprecian leishmanias.*

6. *La triada de la leishmaniasis es fiebre, esplenomegalia y pancitopenia, pero resulta absolutamente inespecífica, es decir es compartida por otros muchos procesos morbosos que por otro lado resultan mucho más frecuentes que la leishmaniasis.*

7. *En este caso concreto, y dado que el paciente no era VIH, que la esplenomegalia no era especialmente llamativa y que el enfermo mejoró inicialmente con antibioterapia de amplio espectro, resultaba poco probable a priori la posibilidad de una leishmaniasis.*

8. *Pese a lo señalado en el punto anterior y la negatividad del primer aspirado de médula ósea practicado (cuya rentabilidad es alta pero no alcanza el 100%) se continuó investigando esta posibilidad, solicitando una serología frente a leishmania e instaurando tratamiento específico para la misma, ante la positividad de dicha serología. Así mismo se repitió el aspirado de médula ósea que confirmó el diagnóstico de leishmaniasis.*

9. *Por tanto y en contra de lo señalado por los reclamantes no es cierto que el diagnóstico de leishmaniasis se realizase con posterioridad al fallecimiento del enfermo, y tampoco es cierto que no se realizara tratamiento específico de la enfermedad, constando que el mismo se inició el día 9 de septiembre de 2003.*

10. *El fallecimiento del paciente se produce por un cuadro de fracaso multiorgánico, pese a un correcto tratamiento de la leishmaniasis y muy probablemente atribuible a un cuadro infeccioso bacteriano intercurrente.*

11. *Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis.”*

OCTAVO.- Tras un nuevo trámite de audiencia a la parte reclamante con el traslado del informe de los peritos de la compañía aseguradora del ente público (folio 162), no consta que presentaran alegaciones.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 11 de enero de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial.

DÉCIMO.- Con fecha 30 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 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 condición de interesados de los reclamantes (esposa e hijos del paciente) para ejercitar la acción de reclamación, conforme a 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), se infiere de algún dato obrante del expediente (apellidos y coincidencia de domicilio de algún reclamante) aunque no se ha acreditado documentalmente, sin que tampoco hayan sido requeridos para ello por la Administración.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del servicio sanitario a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño: los Hospitales Comarcal del Noroeste y Virgen de la Arrixaca.

En cuanto al plazo, la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el óbito del paciente se produjo el 13 de septiembre de 2003 (folio 101), y la acción de reclamación se presentó el 21 de enero 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.

Sin embargo, en el presente expediente conviene abordar el principio de la carga de la prueba desde una doble vertiente:

1ª) Conforme a lo indicado en 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; en el presente supuesto, ni tan siquiera los informes médicos de la Inspección y de los peritos de la compañía aseguradora han sido cuestionados o rebatidos por la parte reclamante a través de las correspondientes alegaciones 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”.*

2ª) 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 que debía haber aplicado otra técnica o instrumental quirúrgico, o se achacan fallos en el curso de una intervención quirúrgica o actuación sanitaria, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo Jurídico en diversos Dictámenes sobre responsabilidad patrimonial en materia sanitaria (por todos, los números 25 y 37 del 2005, y 106 y 133 del 2004). Por sintetizar la doctrina del Consejo citada, reproducimos el siguiente párrafo del último de los Dictámenes expresados: *“Con carácter general, el Consejo Jurídico viene sosteniendo que, imputado un error de diagnóstico a los servicios sanitarios regionales y negado éste por la Inspección Médica o, al menos, informando que en el error no concurrió infracción a la “lex artis ad hoc”, si en el procedimiento no se practica prueba pericial independiente que sea concluyente en otro sentido, ha de estarse al parecer de dicha Inspección, dado el carácter eminentemente técnico de la Inspección”.* Obviamente, dicha regla general se exceptúa cuando existen elementos de juicio derivados del expediente que llevan a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso.

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).

Los reclamantes imputan al servicio público sanitario que el paciente fuera tratado en diversos centros sanitarios sin que se le realizaran pruebas tendentes a determinar la existencia de su enfermedad (Leishmaniasis visceral aguda), y sólo a la muerte del enfermo se le detecta la misma. De ello deriva, en su opinión, la relación de causalidad entre el tratamiento inadecuado recibido y la muerte del paciente.

Sin embargo, dichas imputaciones quedan relegadas a meras manifestaciones de los reclamantes ante su pasividad probatoria, frente a la historia clínica y a las valoraciones técnicas de la asistencia prestada por los facultativos, constituidas por el informe de la Inspección Médica (folios 127 a 134) y el dictamen médico aportado por la compañía de seguros (folios 143 a 158), de los que extraemos las siguientes consideraciones:

1ª) El paciente, de 67 años de edad, fue asistido en su domicilio el 21 de agosto de 2003, por el médico de atención primaria, por un cuadro de fiebre, encontrándose en tratamiento con zinnat por un diagnóstico de infección de tracto urinario, habiendo empeorado clínicamente. En la exploración física el médico destaca la presencia de fiebre, malestar general, temblor y escalofríos, remitiendo al paciente a la urgencia hospitalaria para su valoración, facilitándole la ambulancia del Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Moratalla, que llegó inmediatamente, antes de que el médico abandonase el domicilio (folio 21).

2ª) En el Hospital Comarcal del Noroeste se realizaron, durante los ocho días que estuvo ingresado el paciente, todas las pruebas diagnósticas disponibles en ese Centro, con el fin de identificar la patología que daba origen al cuadro clínico inespecífico que presentaba D. A. L. L. (folios 134 y 154). Cuando el estado clínico empeoró, y al no disponer de Unidad de Cuidados Intensivos, se decidió el traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca, como se recoge en el informe clínico de alta en aquel Hospital (folio 42): “*el paciente continuó con fiebre diaria sin foco séptico aparente. Fue tratado con antibioterapia de amplio espectro empíricamente, pero ha seguido una evolución*

desfavorable con deterioro de la función hepatocelular y coagulación por lo que se decidió su traslado a la UCI del Hospital Virgen de la Arrixaca”.

3ª) Ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Virgen de la Arrixaca se le realizaron las pruebas específicas para el diagnóstico de leishmaniasis, en contra de las argumentaciones de los reclamantes, y el inicio del tratamiento se comienza antes de la confirmación diagnóstica. A este respecto, el informe de los facultativos de la UCI (folio 99) corrobora lo indicado: *“el enfermo fue correctamente tratado según la evidencia de las pruebas diagnósticas realizadas, insistiendo por nuestra parte en la hipótesis de leishmaniasis a pesar de la negatividad de las pruebas, como así se informó a la familia, iniciándose el tratamiento específico de dicha enfermedad aún antes de tener positividad en las pruebas diagnósticas, ya que el diagnóstico por serología es sólo probable, mientras que el de aspirado medular es de certeza. En todo momento se informó a la familia de la evolución de las pruebas, los resultados de las mismas y la situación de gravedad del paciente. Una vez hubo fallecido el paciente se solicitó a la familia (su esposa en este caso), la posibilidad de realización de estudio necrópsico, que ella rechazó a pesar de ser informada de la conveniencia de su realización”.*

4ª) La leishmaniasis visceral es una enfermedad de muy rara aparición en nuestra zona (solamente se han declarado otros tres casos en la Región de Murcia en los últimos seis años), que se produce por la picadura del flebótomo hembra, que introduce la forma flagelada del parásito en la piel del mamífero huésped. Es de difícil tratamiento, y en casos de inmunosupresión puede producir el fallecimiento del paciente, como sucedió en este caso, en el que el paciente empeoró a pesar del tratamiento, produciéndose el fatal desenlace el día 13 de septiembre de 2003 (folios 132,133 y 134).

En consecuencia, no existiendo elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, ni siquiera indiciariamente, que lleven 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*. A mayor abundamiento, de acuerdo con lo señalado con anterioridad, 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 último, la caracterización de la responsabilidad de la Administración como objetiva no la convierte, sin más, en aseguradora universal de todos los riesgos cuando se produce un fallecimiento en un hospital público, si no ha acreditado el reclamante, a quien incumbe, la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial (STS, Sala 3ª, de 11 de noviembre de 2004).

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 en materia sanitaria.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 30/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. E., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/02/06

Extracto de Doctrina

Con carácter general, el Consejo de Estado rechaza que la diligencia exigible a los servidores públicos de los colegios 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 (Dictamen 289/94), habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/96, de 7 de marzo, y 811/96, de 30 de abril, entre otros), siendo esta tesis la que propugna también la doctrina legal de este Consejo Jurídico (Dictámenes números 33/2004 y 118/2005, entre otros). En función de todo ello, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que estos hechos desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 11 de julio de 2005, el Director del Colegio Público “San Antonio”, de Cañada de Gallego, Mazarrón (Murcia), envía a la Consejería de Educación y Cultura un escrito en el que señala que el anterior día 22 de junio un alumno de 4º curso de Educación Primaria, J. G. E., había sufrido un accidente durante la práctica de las actividades programadas de fin de curso. En principio se pensó que las lesiones eran leves y por eso no se tramitó el expediente, pero, posteriormente, al levantarle la escayola se ha podido comprobar que aquéllas presentaban mayor gravedad de lo que se presumió, de tal modo que incluso ha tenido que ser intervenido quirúrgicamente en una clínica privada. Adjunta informe de accidente escolar y reclamación de daños y perjuicios suscrita por el padre del menor.

En el informe de accidente escolar el Director reitera lo manifestado en su primer escrito. El padre, J. A. G. M., también se manifiesta en términos similares en su solicitud, aunque añade que el menor necesitará rehabilitación. Al escrito de reclamación une la siguiente documentación: a) fotocopia del libro de familia acreditativo del parentesco que une al reclamante con el alumno accidentado; b) factura correspondiente a los honorarios de los Dres. R. y D. P., por importe de 2.400 euros; c) factura del H. S. C. por importe de 1.192,40 euros; d) factura de anestesista por 350 euros; e) varios informes médicos de la sanidad pública y del hospital privado de S. C..

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante, aquélla procedió a notificar tal nombramiento al reclamante mediante escrito fechado el 27 de julio de 2005.

El Director del Colegio mediante escrito de fecha 20 de octubre de 2005, incorporó al expediente fotocopia compulsada de varias facturas correspondientes a servicios médicos prestados al menor.

TERCERO.- Seguidamente la instructora solicita el preceptivo informe del centro, que fue remitido el 30 de noviembre de 2005, indicando el Director que los hechos ocurrieron de la siguiente manera:

“En la mañana del día veintidós de Junio, se estaban realizando las actividades de fin de curso programadas para ese día y que consistían en:

1ª Circuito deportivo con varias pruebas, a realizar en el patio de recreo.

2ª. Juegos físicos-deportivos, también a realizar en el patio de recreo.

3ª. Interpretación de teatro, bailes y canciones a realizar en el porche.

En cada una de estas actividades los alumnos participaban por grupos, observados en todo momento por los profesores correspondientes asignados para ello (profesor de educación física, tutores y demás profesores).

El alumno en cuestión, perteneciente al grupo de cuarto nivel de Educación Primaria, realizó la primera actividad sin problema alguno.

Posteriormente, y ya en la segunda actividad, cuando se encontraba realizando saltos junto con otros compañeros en una colchoneta inflable, este alumno, en uno de los saltos, sin que nadie le empujara, cayó, apoyando en la caída el peso del cuerpo sobre su lado derecho, comunicándole a su tutor, que se encontraba con ellos, que se había hecho daño en el codo derecho.

El profesor tutor, acto seguido, lo trasladó al centro médico más cercano, avisando a los padres que se personaron unos minutos más tarde en el centro, haciéndose cargo del niño.

En el centro médico le hicieron una primera exploración, remitiéndolo a Cartagena donde le diagnosticaron una pequeña fisura en el codo.

A la vuelta al centro, esa misma mañana, el padre me comunicó que la lesión no tenía importancia, por lo que no inicié el protocolo de accidente.

Pasados unos días, el día diez de Julio, la madre me llamó por teléfono, comunicándome que a su hijo lo habían operado de urgencia en una clínica privada, debido que al retirarle la escayola en el hospital de la Seguridad Social, se dieron cuenta

de que la lesión era más grave de la que en un principio le habían diagnosticado los doctores, el día veintidós de Junio (día del accidente).

Por lo que una vez consultado al servicio de Inspección Técnica de Educación, inicié el protocolo de accidente, remitiendo a la Consejería de Educación y Cultura en Murcia, la Solicitud de Daños y Perjuicios presentada por el padre del Alumno D. J. A. G. M.”.

CUARTO.- Tras haber dejado de prestar sus servicios en la Consejería de Educación y Cultura la instructora del expediente, Doña I. N. L., con fecha 14 de diciembre de 2005, el Secretario General de dicha Consejería procedió a designar nueva instructora, dando traslado al reclamante a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a su recusación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 en relación con el 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Tras ello, fue conferido trámite de audiencia al reclamante que no compareció.

QUINTO.- El 13 de enero de 2006 fue formulada la propuesta de resolución, consistente en desestimar la solicitud por considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno y el funcionamiento del Colegio Público “San Antonio”.

Ultimado el procedimiento, la solicitud de Dictamen tuvo entrada en el Consejo Jurídico el día 18 de enero de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La propuesta de resolución, que culmina las actuaciones practicadas, trata de finalizar un procedimiento iniciado para resarcir los daños que se dicen causados por el funcionamiento de los servicios públicos regionales. Por ello, el Dictamen se emite con carácter preceptivo, al así ordenarlo 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 Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Tramitación.

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

La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal del menor,

circunstancia que, respecto del reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

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 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

Por lo que se refiere al procedimiento, en términos generales se ha cumplido lo establecido en el RRP, sin que se aprecien carencias formales.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse una primera conformidad con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como en ella se razona no se advierte en el supuesto sometido a Dictamen 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.

De una parte, es cierto que el efecto dañoso existe y se acredita, que se produce en el seno del servicio público entendido como giro o tráfico administrativo al ser el colegio de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería de Educación y Cultura tales efectos dañosos. Como dice el informe del centro y no rebate el reclamante, el accidente se produjo sin conexión con una actividad educativa potencialmente generadora de riesgo, pues aunque fuera en desarrollo de una actividad escolar organizada, la misma carece de peligrosidad. Junto con ello se advierte, además, que el desencadenante del efecto dañoso fue una caída fortuita del alumno, sin que concurran elementos adicionales generadores de riesgo como defecto en las instalaciones o intervención mal intencionada de tercero, lo que permite calificar al accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa o indirectamente a la actuación de algún profesor, lo que conduce a considerar el hecho ajeno al funcionamiento del servicio.

En efecto, no cabía esperar de la actuación del profesorado una diligencia especial para adoptar medidas previsoras del accidente que, como hemos dicho, por su carácter, no pudo haberse evitado por la Administración, y no hubo mal funcionamiento del servicio, porque el estándar medidor del mismo, que hubiese sido esa deficiente diligencia o inadecuación en las instalaciones no se ha probado infringido. El Tribunal Supremo (Sala 3ª), en su 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 caso examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas.

Con carácter general, el Consejo de Estado rechaza que la diligencia exigible a los servidores públicos de los colegios 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 (Dictamen 289/94), habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/96, de 7 de marzo, y 811/96, de 30 de abril, entre otros), siendo esta tesis la que propugna también la doctrina legal de este Consejo Jurídico (Dictámenes números 33/2004 y 118/2005, entre otros). En función de todo ello, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que estos hechos 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, 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 31/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. M. T. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 27/02/06

Extracto de Doctrina

1. 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 poner todos los medios posibles para la curación del paciente, atribuyéndole,

por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios a emplear por el médico

2. 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 1 de abril de 2005, D. F. A. M. interpone reclamación de responsabilidad patrimonial en nombre y representación de los herederos (viuda y tres hijos mayores de edad) de D. J. M. G. T., fallecido el 27 de mayo de 2004 en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, como consecuencia de la tardanza en el diagnóstico del tumor cerebral que acabó con su vida.

La reclamación se basa en que, a pesar de acudir hasta en siete ocasiones a los servicios sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud, no se le diagnostica el tumor cerebral que le aquejaba hasta tres días antes de su muerte en el referido Hospital. De todo ello deducen los reclamantes “*un claro incumplimiento de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica en cuanto a exploraciones practicadas en atención primaria*” y una “*responsabilidad por mala praxis, esto es por culpa o negligencia e infracción del artículo 1902 del C.C.*”

La reclamación cifra en 300.000 euros la valoración del daño producido, acompañando diversa documentación acreditativa de las asistencias médicas prestadas al fallecido en el año inmediatamente anterior al óbito. Asimismo, consta en el expediente fotocopia del libro de familia, acreditativo del parentesco de los reclamantes con el finado, y copia de certificación literal del Registro Civil de Murcia que prueba el fallecimiento en la fecha indicada (27 de mayo de 2004, a las 17,30 horas).

SEGUNDO.- Admitida a trámite la solicitud, por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS), y encomendada su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, la reclamación se notifica a las partes interesadas y se solicita copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente, al Hospital de M., al Hospital Morales Meseguer y al Hospital Virgen de la Arrixaca.

TERCERO.- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se envía copia de la historia clínica, e informe del Dr. B. M., que se remite al informe de alta por *exitus* del Servicio de Medicina Intensiva de fecha 27 de mayo de 2004.

En él consta que el paciente presenta una historia previa de cefaleas, desde hace aproximadamente dos años, con trastornos inespecíficos de la personalidad y

pérdida de memoria, motivos por los que había acudido a los servicios de urgencias en múltiples ocasiones. Cuatro o cinco días antes de su último ingreso, comienza a presentar cefalea más intensa de lo habitual que no cede con analgésicos, por lo que acude a urgencias del Hospital Morales Meseguer y posteriormente al de M., donde interpretan el cuadro como crisis de ansiedad, administrándole 10 mgr. de diazepam. Es remitido a su domicilio, recomendando valoración por Psiquiatra. Una vez en casa, queda dormido, despertando sobre las 21 horas del día 24 de mayo de 2004 con náuseas intensas y vómitos, seguido de pérdida de conciencia. El Servicio de Atención Médica de Urgencias (SAMU) lo encuentra en coma, con SCG inicial de 8, con deterioro posterior hasta 6, decidiendo su traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca. Allí ingresa en la situación neurológica descrita, por lo que es intubado, tras realizarse TAC craneal, y trasladado a UCI.

La tomografía de cráneo revela *“extensa lesión frontal derecha de densidad heterogénea, que asocia importante efecto masa sobre sistema ventricular ipsilateral (colapsado), cisterna supraselar y cisternas de la base, con desplazamiento contralateral de línea media (herniación subfalciana). La masa se extiende a través de cuerpo caloso y atraviesa línea media. Aumento de tamaño de astas temporal y occipital izquierdas”*. Tal hallazgo es compatible con tumor cerebral, posible astrocitoma anaplásico/glioblastoma multiforme.

Valorado por Neurocirugía, se descarta cualquier tratamiento quirúrgico ante la gran extensión de la tumoración y se recomienda suspender la sedación para valorar neurológicamente al paciente, a pesar de lo cual sigue en coma y sin respuesta a estímulos. En los días siguientes al ingreso la situación general del paciente se deteriora rápidamente, siendo exitus el 27 de mayo de 2004, a las 17,30 horas, con el siguiente diagnóstico final: *“Tumor cerebral frontal derecho; hipertensión endocraneal; síndrome de deterioro cráneo-caudal; muerte cerebral”*.

CUARTO.- Desde el Hospital de M. se remite copia de la historia clínica e informe de los facultativos que atendieron al Sr. G. T..

El Dr. R. N. manifiesta:

“Certifico haber atendido en dos ocasiones al paciente D. J. M. G. T. como consta en nuestros archivos informáticos de registro de historias clínicas:

- *El 16/7/03 con diagnóstico de conjuntivitis aguda bacteriana.*
- *El 24-5-05 con diagnóstico de crisis de ansiedad.*

En ninguna de estas dos atenciones la exploración clínica mostró signos que hicieran sospechar de procesos neurológico en curso.

Es obvio que si en algún momento la clínica hubiera mostrado signos de la patología maligna en curso en este paciente se hubieran puesto en práctica todas las medidas diagnósticas y terapéuticas necesarias para su diagnóstico, seguimiento y tratamiento”.

El Dr. H. H., por su parte, expone:

“Revisado el informe de alta con fecha 20-5-2004 a las 20.15 horas, es un paciente que acude a la consulta por insomnio, sensación de sequedad de boca, polidipsia, poliuria y ganancia de peso, en el interrogatorio no se refieren otros síntomas de tipo

neurológico, como consta en el informe, el examen físico y la valoración neurológica es normal, basándome en los síntomas encontrados al interrogatorio se realiza una determinación de glucemia capilar encontrándola en 145, dato que no es muy llamativo si se toma en cuenta la hora de la determinación. Teniendo en cuenta la información aportada por el paciente y la glucosa capilar, se recomienda valoración por su médico de cabecera ante la posibilidad de diabetes. Se le indica Dormador como tratamiento de su motivo de consulta y por su antecedente de ansiedad Orfidal V2 comprimido”.

QUINTO.- Por el Hospital Morales Meseguer se remite historia e informe del Sr. S. M., Jefe de Unidad de Urgencias, sobre la asistencia prestada el 8 de diciembre de 2003, según el cual:

“El paciente D. J. M. G. T. acudió a este Servicio de Urgencias refiriendo sensación de desrealización y mareo, junto a parestias en miembro superior derecho desde hace varios meses que ceden espontáneamente, tras la correspondiente historia clínica solo se objetivó cifras de presión arterial elevadas siendo el resto de la exploración física normal, por lo que se le catalogó como Síndrome vertiginoso e hipertensión arterial, prescribiendo tratamiento a tal efecto, así como la recomendación de la valoración por un Neurólogo u Otorrino si persistía la clínica.

Por nuestra parte consideramos que la atención del paciente estuvo sujeta en todo momento a una adecuada praxis médica, en cuanto a la atención prestada, como a las recomendaciones sugeridas, teniendo en cuenta los meses de evolución de la clínica consultada y no encontrando en ese momento ningún dato clínico que hiciese sospechar la urgencia de una actuación inmediata”.

SEXTO.- Constan en el expediente los siguientes informes:

- Del Dr. P. M., Médico de Cabecera: *“Tengo que comunicar que no obra en mi poder historia clínica, debido a usuario no frecuentador de consulta.*

Si recuerdo que lo remití a la U.S.M. (Unidad de Salud Mental) por problemas personales y cuadro de ansiedad aproximadamente en enero del 2004”.

- De la Dra. L. O., Psiquiatra de la Unidad de Salud Mental de Molina de Segura, en el que manifiesta:

“El paciente fue remitido el 5 de febrero de 2004 por enfermería, con un volante de su médico de cabecera en el que se tomaron datos de filiación y antecedentes personales por el personal de enfermería, confirmando el paciente que el motivo de consulta era la ansiedad originada por un cuadro de stress en su trabajo, agravado por problemas económicos importantes.

Se citó con psiquiatría el 5 de marzo de 04, a las 9.30 horas, no acudiendo el paciente a dicha cita, posteriormente tras manifestar el paciente su dificultad para acudir por problemas laborales, se le dio nueva cita el 9 de marzo de 04, a la que tampoco acudió.

El 24-5-2004 fue nuevamente remitido un volante de su médico de cabecera por crisis de ansiedad de repetición, cuando se avisó telefónicamente para darle una nueva cita (24-6-04) su esposa informó que el paciente había fallecido de un tumor cerebral”.

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, ésta analiza las asistencias prestadas al paciente, indicando que las evidencias más repetidas son insomnio, mareo

y sensaciones asociadas a la ansiedad. Las cefaleas que el paciente refiere haber sufrido durante dos años antes de su fallecimiento no constan documentadas, salvo el 24 de mayo de 2004 (tres días antes de su muerte), en que la cefalea aparece asociada a ansiedad, trastornos inespecíficos de la personalidad y pérdida de memoria.

Asimismo, manifiesta el informe que *“las lesiones expansivas que se ubican en los lóbulos frontales generalmente se presentan con síntomas poco específicos, por lo que los pacientes pueden consultar inicialmente por patología psiquiátrica. El diagnóstico correcto puede sospecharse en forma tardía cuando la lesión tumoral ya ha alcanzado un gran tamaño y se presenta con signos de hipertensión intracraneal. Es posible que en este caso, los datos que hubiese que buscar tuviesen relación con trastornos de índole psicológico psiquiátrico, pero que en el contexto que se describe de problemas laborales, síndrome ansioso antiguo y tratamiento en este sentido, se explicaron y ajustaron a esa impresión que intentó confirmarse por el estudio del síndrome de ansiedad que el paciente manifestó y que se apreció en algunas de las consultas”*. Siendo los síntomas que el paciente presenta en las sucesivas ocasiones en que consulta a los servicios de urgencias compatibles con ansiedad, se intenta descartar otra patología remitiendo al paciente a su médico de cabecera y a neurólogo o psiquiatra (su médico de cabecera solicitó consulta a Salud Mental el 19 de enero de 2004).

Las conclusiones del informe son del siguiente tenor literal:

“1. Asumimos el diagnóstico de neoplasia sin confirmación histológica. La imagen topográfica realizada de urgencia indicó tumor de alto grado inoperable. No se ha descrito la causa última del aumento de presión intracraneal origen del coma.

2. La situación clínica al ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos y el deterioro progresivo y rápido hizo imposible su recuperación a pesar de haber puesto todos los medios adecuados para tal fin.

3. Según la documentación analizada el paciente utiliza preferentemente la atención médica en servicios de urgencia, la falta de continuidad en la asistencia que esto conlleva no permite una evaluación en el tiempo en este nivel asistencial, sin embargo, ninguna de las visitas a los Servicios de Urgencia justificaba otras medidas que las aconsejadas en cada momento, ni el ingreso para estudio en régimen hospitalario. La exploración neurológica fue anodina en todas las actuaciones.

4. Los tumores cerebrales pueden manifestarse súbitamente, carecer de sintomatología, indicar focalidad, presentar signos y síntomas inespecíficos. No podemos asegurar ni negar que los prodromos de ansiedad reflejados en la historia del paciente correspondiesen a un cuadro orgánico. En todo caso consideramos que no hubo mala praxis con las evidencias aportadas”.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, la actora presenta escrito de alegaciones en las que ratifica íntegramente la reclamación formulada, al considerar que los informes aportados al procedimiento corroboran su imputación de mala praxis, con cita expresa del informe del Sr. S. M., aunque sin mayor precisión, y el reconocimiento efectuado por la Inspección Médica *“en cuanto a que un grupo de los síntomas relacionados con el tumor cerebral es precisamente, aun inespecífico, los que afectaban al fallecido”*.

Por parte de la aseguradora del SMS se aporta dictamen médico colegiado, del que destacan los siguientes extremos:

a) El tumor presente en el fallecido (astrocitoma/glioblastoma) era el más agresivo dentro de la clasificación establecida por la Organización Mundial de la Salud. Su pronóstico es malo, pues apenas supera los 5 meses de supervivencia media.

b) *“La mayor parte de los astrocitomas que encontramos en los adultos son de alto grado y no suelen tener un límite claramente definido. El tratamiento no consigue la curación del paciente y tiene un impacto mínimo sobre la supervivencia”.*

Las conclusiones del informe son las siguientes:

“1. D. J. M. G. T. consultó en diversas ocasiones en el periodo comprendido entre diciembre de 2003 y mayo de 2004 en diversos servicios de urgencias tanto hospitalarios como de atención primaria.

2. Las valoraciones realizadas en las diversas ocasiones son en nuestro criterio correctas. La clínica del paciente es compatible con un cuadro de ansiedad, diagnóstico que parece confirmarse en base a la normalidad de la exploración física y de las exploraciones complementarias (análisis y electrocardiograma) que se recomiendan en ese tipo de situaciones, los antecedentes de síndrome ansioso-depresivo y la coexistencia de factores estresantes que justifican la aparición del cuadro de ansiedad.

3. El tratamiento pautado es correcto en base al diagnóstico alcanzado. No existen datos para poder sospechar la presencia de un tumor cerebral, como el que finalmente se diagnosticó al enfermo, hasta el propio día en que se alcanzó este, no existiendo por tanto, en nuestro criterio, retraso en el diagnóstico.

4. El manejo del paciente una vez alcanzado el diagnóstico es correcto, dependiendo la evolución de la agresividad del proceso tumor al diagnosticado.

5. Incluso en el caso de haber podido alcanzar el diagnóstico del tumor cerebral de forma más precoz, no existiría en nuestro criterio un cambio sustancial en el pronóstico del paciente, pues se trata de una tumoración extremadamente agresiva y con una supervivencia muy pobre pese a la aplicación de todas las medidas terapéuticas de las que disponemos.

6. Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc no existiendo indicios de mala praxis”.

Este Dictamen se remitió al interesado, presentando nuevas alegaciones en las que vuelve a ratificarse en su escrito de reclamación.

NOVENO.- Con fecha 26 de enero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada, al considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, singularmente, el nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el fallecimiento del familiar de los reclamantes.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 3 de febrero.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la viuda y los tres hijos del fallecido, quienes ostentan legitimación activa para ello pues son quienes sufren la pérdida afectiva de un familiar tan cercano.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria de la población y titular de los centros sanitarios (Hospitales Morales Meseguer y Virgen de la Arrixaca de Murcia) donde se atendió al paciente. Debe precisarse, no obstante, que el Hospital de M. es un centro de titularidad privada concertado con la Administración regional. Se desconoce si las asistencias prestadas en dicho centro al Sr. G. T. por los doctores R. N. y H. H. lo fueron en ejercicio de funciones públicas, con motivo del concierto existente con la Administración sanitaria, o como consultas privadas. En cualquier caso, la conclusión que alcanza este Dictamen convierte en irrelevante dicha incógnita.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) establece para la prescripción del derecho a reclamar, pues, producido el óbito del paciente el 27 de mayo de 2004, la acción resarcitoria se ejercita el 1 de abril de 2005.

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 de la Constitución: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (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 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 poner todos los medios posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios 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 del médico 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 puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad, referencia que hoy debe entenderse efectuada a los artículos 4 y 5 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)); 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 reclamantes la causa de la muerte del paciente se encuentra en el tardío diagnóstico del tumor cerebral, que sólo fue descubierto cuando ya cualquier tratamiento resultaba ineficaz, de forma que el proceso hacia un desenlace fatal era ya irreversible. 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, durante las numerosas ocasiones en que acudió a los servicios de urgencias en los meses anteriores a su fallecimiento, 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 muestra hasta siete asistencias solicitadas por el paciente en los años 2003 y 2004, que son confirmadas por los médicos que le atendieron y por la documentación aportada al procedimiento. La valoración de dichas asistencias y en qué medida en ellas 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)-, 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, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite error 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 dichas asistencias 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 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, que revela lo inespecífico de los signos presentes en el Sr. G. T., que condujeron siempre el diagnóstico hacia un cuadro de ansiedad, plenamente compatible con la sintomatología que presentaba, si bien, considera que no puede concretarse si los prodromos de ansiedad respondían a un cuadro orgánico.

Para los reclamantes, este informe supone un reconocimiento expreso de la existencia de error, pues consideran que, ante la existencia de síntomas, aunque inespecíficos, compatibles con un tumor cerebral, éste debió ser diagnosticado. Sin embargo, silencian que la Inspección concluye afirmando que no hubo mala praxis, precisamente por la inespecificidad de los signos presentes en el fallecido, sugestivos todos ellos de una patología psiquiátrica.

Esta conclusión es corroborada por el dictamen médico aportado al procedimiento por la aseguradora del Ente sanitario, para cuyos autores "*la ansiedad no es un síntoma que permita sospechar la presencia de un tumor cerebral, así mismo no presentaba patología sugestiva ni hallazgos en la exploración física que permitieran plantearse la posibilidad de este diagnóstico (...) El 24 de mayo de 2004 es el primer momento en que el paciente relata un síntoma (la cefalea) que podemos relacionar con el diagnóstico de tumor cerebral*". Aún así, señala que la exploración neurológica no mostraba alteraciones, no estando indicada la realización de un estudio de neuroimagen. Sólo cuando horas más tarde presenta un cuadro agudo compatible con un aumento de la presión intracraneal (náuseas, vómitos y cefalea), se efectúa la TAC que revela la existencia del tumor.

En consecuencia, siendo la clínica del paciente compatible con un cuadro de ansiedad, diagnóstico que parece confirmarse con base en la normalidad de la exploración física y de las exploraciones complementarias (análisis y electrocardiograma) que se recomiendan para este tipo de situaciones; y atendidos, asimismo, los antecedentes de síndrome ansioso-depresivo y la coexistencia de factores estresantes (estrés laboral y dificultades económicas), junto con la ausencia de síntomas específicos de tumoración cerebral hasta el propio día en que fue diagnosticado, impiden hablar de retraso en el diagnóstico, actuando los facultativos que atendieron al paciente conforme a los dictados de la *lex artis ad hoc*.

Frente a este juicio técnico no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones vertidas por la representación de los actores, 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 el fallecimiento del 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.

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, pues no se aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para el nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 32/06.- Proyecto de Orden por la que se regulan los supuestos, condiciones y requisitos técnicos o personales para la gestión tributaria telemática integral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Consultante : Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 06/03/06

Extracto de Doctrina

La habilitación es 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 (“dictar las disposiciones que procedan en el ámbito de las materias propias de esta Ley”).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Consta en el expediente un primer borrador del Proyecto de Orden, sin fechar, acompañado de una memoria suscrita el 17 de junio de 2005 por el Director General de Tributos, en la que expone que el Proyecto se elabora en desarrollo de lo previsto por el artículo 8 de la Ley 8/2004, de 28 de diciembre, de Medidas administrativas, tributarias, de tasas y de función pública (en adelante, Ley 8/2004), que atribuye a la Consejera de Economía y Hacienda la potestad reglamentaria para “*fixar 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*”. Añade que el espíritu con el que se ha elaborado el Proyecto es facilitar a los contribuyentes los trámites para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, conciliando tal objetivo con las garantías derivadas del tratamiento informático de los datos de los interesados. Finalmente, considera que es necesaria la colaboración de los profesionales que intervienen en los actos jurídicos que contienen los hechos imposables del impuesto, Notarios y Registradores de la Propiedad, colaboración de los primeros que se hace patente en virtud del convenio firmado el 30 de noviembre de 2004 y que, respecto a los segundos, se materializará mediante el oportuno convenio. También de fecha 16 de junio de 2005, consta un informe jurídico emitido por la Asesora Jurídica de la Dirección General de Tributos, favorable al Proyecto.

SEGUNDO.- Emitieron informe asimismo el Servicio Jurídico y la Vicesecretaría, ambos favorables y de 12 de julio de 2005.

TERCERO.- Tras el Acuerdo del Consejo Jurídico 12/2005, de 13 de octubre, se completó el expediente con la siguiente documentación:

a) Observaciones al Proyecto de Orden formuladas por el Colegio de Registradores de la Propiedad, proponiendo la formalización de un convenio y la adición de un párrafo tercero al apartado 6 del Proyecto.

b) Convenio con el Consejo General del Notariado, publicado en el BORM n° 302, de 31 de diciembre de 2004, así como autorización del Consejo de Gobierno a la Consejera de Economía y Hacienda para su suscripción.

c) Informe de la Dirección General de Informática, sobre las características y garantías que se han instaurado mediante el proyecto “*e-tributos: mejoras al portal tributario*” en cuanto a autenticación, verificación de firma y recepción de escrituras.

CUARTO.- Consta, finalmente, el Proyecto definitivo debidamente autorizado, así como el índice de documentos y el extracto de secretaría.

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, aspecto en el que se comparte el criterio que expresa el Servicio Jurídico de la Secretaría General en su informe de 12 de julio de 2005. Otras manifestaciones de tal informe no son compartibles, tales como que este Consejo dictaminó 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 presentación telemática de declaraciones, la cual, en efecto, es un desarrollo de la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tasas regionales (art. 6, apartado dos), y debió ser consultada a este Consejo por estar también incluida en el supuesto recogido por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, antes citada.

SEGUNDA.- Procedimiento, contenido y técnica normativa.

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.

El Proyecto se compone de una Exposición de Motivos y de una parte dispositiva integrada por un artículo único, que se estructura en 7 apartados y una Disposición Final. Los 7 apartados se refieren al objeto de la Orden; a los conceptos tributarios, documentos, hechos imposables y modelos; a la elaboración, confirmación, pago, presentación, registro y diligenciado de declaraciones; a la acreditación del cumplimiento de obligaciones formales tributarias ante los registros públicos; y a la confirmación de la veracidad de la declaración. La Disposición Final prevé la entrada en vigor de la Orden el día siguiente al de su publicación, salvo en lo que respecta a la acreditación del cumplimiento de obligaciones formales tributarias ante los registros públicos y a la confirmación de la veracidad de la declaración, que adquirirá vigencia “en el momento de la firma del Convenio entre la Consejería de Economía y Hacienda y el Colegio de Registradores de España”.

Esta estructura del Proyecto de Orden resulta extraña a las directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros en su Acuerdo de 22 de julio de 2005

(BOE núm. 180, de 29 de julio de 2005), sin que se aprecie que concurra una razón especial para ello; debiera pues ajustarse la norma a tales directrices organizándose en artículos.

TERCERA.- Cobertura legal.

El artículo 8 de la Ley 8/2004, antes citada, bajo la denominación de gestión tributaria telemática integral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dispuso lo siguiente:

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, 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 Hacienda 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.

El Proyecto de Orden contiene normas referidas a la gestión telemática del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y, por ello, encuentra justificación en el artículo 8 transcrito, lo que no impide que merezca, desde tal punto de vista, las observaciones que siguen.

A) Primeramente debe advertirse que la habilitación es 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 (“*dictar las disposiciones que procedan en el ámbito de las materias propias de esta Ley*”). Desde ese ángulo es necesario confrontar el párrafo 2 del artículo 8 de la Ley 8/2004 con el apartado cuatro del artículo 1 del Proyecto; dice el primero que el sistema que se regule “*sólo será aplicable a los hechos impositivos sujetos al impuesto y contenidos en documentos públicos notariales*”, añadiendo el segundo que el sistema será aplicado, dentro de lo anterior, “*a los modelos determinados por resolución de la Dirección General de Tributos*”. Esta determinación del Proyecto, literalmente entendida, añade a la Ley un requisito no previsto por ésta, cual es entender aplicable el sistema según modelos de declaración, además de según los hechos impositivos, estableciendo así una restricción que se extralimita de la habilitación concedida. Probablemente quiere expresarse con ello que será la Dirección General de Tributos la que apruebe los modelos en los que se hará la declaración telemática, afirmación no carente de problemas para su adecuado engarce en el ordenamiento, por dos razones: la primera de competencia material, ya que se trataría de modelos informatizados y debería compartir tal competencia con la Dirección General de Informática; la segunda de competencia jerárquica, en cuanto que la aprobación de los modelos de declaración puede suponer el ejercicio de una potestad reglamentaria, aunque sea limitada, que está vedada a los Directores Generales (art. 19 de la Ley 7/2004). Por ello, dada la trascendencia de los modelos de declaración respecto al cumplimiento de las declaraciones tributarias y su interrelación con el desarrollo reglamentario, su aprobación debería remitirse a la titular de la potestad reglamentaria derivada, que es la Consejera de Economía y Hacienda (art. 38 de la Ley 6/2004 en relación con el 8 de la Ley 8/2004).

B) El inciso final del apartado 5 del artículo 8 de la Ley 8/2004 dispone que “*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*”, comprobación que se añade a la que deberán realizar los Registros de la Propiedad a la hora de verificar que se han declarado los hechos impositivos contenidos en los documentos que se presenten a inscripción. Ambas posibilidades quedan demoradas en cuanto a su entrada en vigor porque la Disposición Final del Proyecto prevé que no se apliquen hasta “*la firma del Convenio entre la Consejería de Economía y Hacienda y el Colegio de Registradores de España*”.

Es desde luego deseable que el sistema se establezca mediante convenio, mas no por ello el interés público en la aplicación de la norma debe quedar pendiente de tal requisito de manera indefinida, sin que se establezca límite alguno, especialmente temporal.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que consideradas las anteriores observaciones, puede elevarse a la Consejera de Economía y Hacienda la propuesta de Orden sometida a Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 33/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a C. C. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. L. C., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 06/03/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm.12

DICTAMEN 34/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. M. M. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. M. S. M., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 06/03/06

Extracto de Doctrina

Lo determinante aquí es la presencia de niños solos en el aula, no ya sin permiso de los profesores, sino incluso sin su conocimiento, como parece desprenderse del propio informe del centro. En tales circunstancias, es indiferente que la rotura de las gafas se produjera de forma accidental o fortuita, sin un ánimo expreso de dañar, pues de mediar la presencia de un profesor es evidente que habría evitado el juego que, propio de la infancia, derivó en la producción del daño.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 2 de marzo de 2004, el Director del Colegio Público “La Aceña” de Mazarrón envía a la Consejería de Educación y Cultura una “comunicación de accidente escolar” ocurrido ese mismo día, a consecuencia del cual la alumna A. M. S. M., que cursaba en aquella fecha segundo de Educación Infantil (4 años), sufrió la rotura de sus gafas, cuando durante el tiempo de recreo “tres niños entran a clase y aparece A. M. S. M. con la montura de las gafas rotas, diciendo que los alumnos D. A. N. y A. H. H. se las habían roto”.

SEGUNDO.- El mismo día del incidente, la madre de la menor presenta escrito de solicitud de indemnización por valor de 380 euros, fundamentado 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), al que acompaña la siguiente documentación: a) factura de establecimiento de óptica por importe de 380 euros, en concepto de montura y dos cristales graduados; y b) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre la reclamante y la menor.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora, ésta requiere a la Dirección del Centro para que emita el preceptivo informe acerca de los hechos en que aquélla se fundamenta. El Director relata que *“la niña A. M. S. M., alumna de Educación Infantil de 4 años, siendo la hora de recreo, el día 2 de marzo de 2004, y estando los profesores de Educación Infantil vigilando el mismo, manifiesta a la tutora que ha entrado en el aula para limpiarse las gafas y que la han seguido dos compañeros, D. A. N. y A. H. H., que al empujarla le han roto la montura, al caerse dichas gafas al suelo. Por todo ello deducimos: 1º) que los hechos ocurrieron dentro del aula, en el período de recreo, al entrar los niños sin autorización expresa del profesorado, por lo que no había ningún profesor presente cuando ocurrió el suceso, por estar en la vigilancia de recreo; 2º) no fue intención de sus compañeros el romperle las gafas, sino que al empujarla provocaron dicha circunstancia”*.

CUARTO.- Tras el cambio de instructora, notificado a la interesada, se le confiere trámite de audiencia, presentando aquélla escrito de alegaciones que rebate el relato fáctico efectuado por la Dirección del Centro. Según la reclamante, los tres niños implicados (la niña y sus dos compañeros) estaban castigados dentro del aula, sin la vigilancia de ningún profesor. En ese contexto, la menor se quita las gafas para limpiárselas, lo que aprovechan sus compañeros para apoderarse de ellas y tirárselas de uno a otro hasta que finalmente rompen la montura y uno de los cristales. Afirma asimismo la interesada que, como las gafas quedaron totalmente inservibles, fue necesario comprar una montura nueva y, consiguientemente, los dos cristales.

QUINTO.- Con fecha 14 de febrero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, pues considera que se infringió el deber de vigilancia de los profesores, al permitir que los alumnos se encontraran solos en el aula. Esta circunstancia le lleva a afirmar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo en el que se inserta el centro donde ocurrieron los hechos y los daños sufridos por la niña.

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 17 de febrero 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.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que la instrucción del procedimiento se ha acomodado, en términos generales, a las normas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Colegio Público donde tuvo lugar el incidente.

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial.

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, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, en este tipo de reclamaciones (daños acaecidos en centros escolares) este Órgano Consultivo ha indicado repetidamente que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999). Resulta pues necesario analizar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si se han dado o no los requisitos legalmente establecidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el supuesto que se dictamina, el daño alegado se ha producido en el interior de un aula y durante el horario lectivo, sin que, a pesar de ello, se encontrara presente ningún profesor, como se ha puesto de manifiesto por la interesada y ha sido expresamente reconocido por la Dirección del Centro. Como ya indicara el Consejo Jurídico en Dictamen

126/2003, esta circunstancia resulta determinante a la hora de apreciar la existencia del nexo causal entre la prestación del servicio público docente y los daños sufridos por la alumna, dado que acredita la omisión del deber de vigilancia que incumbe a los profesores en el desarrollo de las actividades escolares quienes, según indicó el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 1998, tienen la obligación de observar la diligencia propia de los padres de familia. En este mismo sentido, la STSJ Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 759/2001, de 5 de noviembre, declaró la responsabilidad de la Administración educativa, con fundamento en la infracción del deber de vigilancia que supone dejar a alumnos solos en el aula, sin la supervisión de un adulto.

En el supuesto sometido a consulta, además, destaca un elemento clave a la hora de apreciar la no aplicación de la diligencia debida, como es la corta edad de los niños implicados en el incidente (4 años), lo que conlleva una considerable elevación del estándar de cuidado y vigilancia que sobre tales menores ha de desarrollarse.

En cualquier caso, y al margen de las diferentes versiones ofrecidas por la madre y por el Director, lo determinante aquí es la presencia de niños solos en el aula, no ya sin permiso de los profesores, sino incluso sin su conocimiento, como parece desprenderse del propio informe del centro. En tales circunstancias, es indiferente que la rotura de las gafas se produjera de forma accidental o fortuita, sin un ánimo expreso de dañar, pues de mediar la presencia de un profesor es evidente que habría evitado el juego que, propio de la infancia, derivó en la producción del daño.

En consecuencia, con la propuesta de resolución, procede apreciar la existencia de nexo causal entre el indebido funcionamiento del servicio público docente que permitió a los niños quedar solos y sin supervisión en el interior del aula y el daño que éstos produjeron en el curso del juego; daño que la menor no tenía la obligación de soportar, deviniendo en antijurídico.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

Si bien inicialmente sólo consta en el expediente que las gafas sufrieron la rotura de la montura, con ocasión del trámite de audiencia, la interesada afirma que también se rompió un cristal. En cualquier caso, lo cierto es que se ha aportado la factura de una óptica, a nombre de la menor afectada y en concepto de unas gafas completas (la madre explica en sus alegaciones que las gafas anteriores quedaron inservibles siendo necesario reponerlas en su totalidad), por importe de 380 euros, que cabe considerar adecuado como importe de la indemnización, sin perjuicio de la necesaria actualización impuesta 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 estimatoria de la reclamación.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 35/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. A. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. M. F., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 06/03/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24

DICTAMEN 36/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. S. S. P., en nombre y representación de su hija menor de edad M. T. S. L., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 06/03/06

Extracto de Doctrina

Ha de recordarse que en supuestos en los que los daños se producen como consecuencia de actuaciones de otros alumnos, tales como zancadillas o empujones, en los que el ánimo de los niños no es dañar ni agredir, sino que se trata de un juego más, y en el que los daños, en ocasiones graves para la integridad física de los niños, son una consecuencia involuntaria y fortuita, es doctrina asentada tanto por el Consejo de Estado como por este Consejo Jurídico que no existe el necesario nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos docentes. En este sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 2432/2000, 3860/2000, 1581/2001 y 2573/2001 del Consejo de Estado y, entre otros muchos que la Consejería consultante ya conoce, el 147/2002, 2/2003 y 184/2003 de este Consejo Jurídico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 15 de octubre de 2003 se recibe en la Consejería de Educación y Cultura una comunicación de accidente escolar, remitida por el Director del Instituto de Educación Secundaria (IES) “Ortega y Rubio” de Mula, según la cual el día 3 de octubre de 2003, a las 14,31 horas, la alumna M. T. S. L., de 1º de ESO, resultó herida a consecuencia de una caída. Según relata el director, “*al bajar las escaleras, cuando ya habían finalizado las clases del día, la alumna cayó de espaldas, golpeándose con los escalones. La caída*

pudo ser motivada por un compañero de clase que la sujetó o empujó. Se avisó a los servicios médicos de la localidad que, en principio, no dieron importancia a los daños (...) el lunes siguiente, la familia nos comunicó que la alumna había sido hospitalizada y permanecía ingresada por tener un aplastamiento en una vértebra”.

Asimismo, se comunica que los hechos relatados han sido puestos en conocimiento de la Inspección Educativa y que el centro ha incoado un expediente disciplinario a fin de determinar la responsabilidad del compañero implicado.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de junio de 2004, D. S. S. P., padre de la alumna, formula reclamación de responsabilidad patrimonial, según modelo normalizado facilitado por el centro. El relato de los hechos es similar al contenido en la comunicación de accidente escolar, si bien, ya identifica al alumno que ocasionó la caída al empujar a la niña. Ésta ingresa en el Hospital Virgen de la Arrixaca con el diagnóstico de rotura vertebral, permaneciendo en el referido centro sanitario hasta el 19 de octubre. Después ha asistido a revisiones periódicas. La indemnización reclamada asciende a 6.475,35 euros.

Junto a la reclamación el interesado aporta la siguiente documentación:

a) Fotocopia compulsada del Libro de Familia, acreditativo del parentesco que une a la menor con su padre.

b) Informe médico de valoración del daño corporal, que expresa como fecha del alta hospitalaria el 9 de octubre de 2003, tras la cual debe portar un corsé ortopédico hasta su alta médica en enero de 2004. A la fecha del informe, el 12 de febrero de 2004, la alumna presenta movilidad completa de columna dorso-lumbar, con dolor al forzar los últimos grados de movimiento y con ausencia de alteraciones neurológicas.

Los daños apreciables son siete días de hospitalización y 110 improductivos, con una secuela de dorsalgia, valorada en dos puntos.

c) Factura de establecimiento de ortopedia, por importe de 771,69 euros en concepto de corsé. El mismo centro ortopédico certifica que la alumna ha pasado siete revisiones, la última de las cuales se realizó el 12 de enero de 2004.

d) Documentación relativa al abono efectuado por el Servicio Murciano de Salud al reclamante, por importe de 691,16 euros. No se precisa el concepto.

e) Documentación acreditativa de los consumos realizados por el reclamante en la cafetería del Hospital Virgen de la Arrixaca, entre el 3 y el 9 de octubre de 2003, por importe de 69 euros.

f) Notificación del Acuerdo del Consejo Escolar del centro, que resuelve el expediente disciplinario incoado al alumno implicado en el accidente. El referido órgano considera *“que los hechos consisten en provocar de forma no intencionada la caída por las escaleras de su compañera M. T. S. L., con la consecuencia de lesiones en la espalda que le impiden asistir al centro desde el día 6 de octubre, y pueden ser encuadrados dentro de la conducta prevista en el artículo 52, letra g), del 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 de los Centros, consecuentemente el Consejo Escolar de este Centro ha adoptado el acuerdo por unanimidad de corregir dicha conducta con la realización de tareas dirigidas a reparar el daño causado, que consistirán en acudir diariamente, desde las 18.00h. hasta las 19.00h. a casa de su compañera para informarle, ayudarle, explicarle, etc. las actividades realizadas*

en las distintas asignaturas durante su ausencia de clase como consecuencia de los hechos ocurridos. Las sesiones de trabajo se prolongarán hasta que la alumna se haya puesto al día en su trabajo académico o, en todo caso, hasta que ambas partes lo estimen oportuno. Todo ello en aplicación del artículo 53 del citado Real Decreto”.

Días después presenta escrito en el que efectúa la evaluación económica del daño, con base en el informe médico de valoración aportado. Con expresa manifestación de sometimiento al baremo aprobado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en las cuantías establecidas para el año 2005 por la correspondiente Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, la valoración estimativa del daño es la que sigue:

-110 días improductivos (47,28 euros/día)	5.200,80 euros
- 7 días de hospitalización (58,19 euros/día)	407,33 euros
- 2 puntos por secuelas	1.423,32 euros
- 10% factor de corrección	663,48 euros
TOTAL	7.734,64 euros

Propone, asimismo, la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio que se ajuste “básicamente” a la evaluación económica realizada.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designado instructor del procedimiento de responsabilidad patrimonial, éste requiere a la Dirección del Centro escolar la emisión del preceptivo informe acerca de las circunstancias del accidente.

El referido informe reitera el relato fáctico contenido en la inicial comunicación de accidente escolar y ofrece diversos datos sobre la asistencia prestada a la alumna en los momentos inmediatamente posteriores al incidente. En relación con las circunstancias en que éste se produce, y con base en las averiguaciones efectuadas durante la instrucción del expediente disciplinario incoado al alumno implicado en la caída, consistentes en la toma de declaración a éste, a la alumna herida y a los compañeros testigos, concluye que el alumno *“había provocado de forma no intencionada la caída de su compañera, pues la desequilibró con un agarrón o empujón, tras haberle empujado ella a él por las prisas para llegar al autobús”*. La edad del compañero, su no intencionalidad y la buena disposición mostrada por el alumno durante todo el proceso fueron consideradas como atenuantes en el proceso disciplinario.

CUARTO.- Consta en el expediente la interposición, por parte del interesado, de recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de que trae causa este Dictamen.

QUINTO.- Por Resolución del Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura se procede al cambio de instructor del procedimiento, lo que se notifica al interesado.

SEXTO.- Constan en el expediente las declaraciones de los implicados en el incidente y de los testigos, vertidas durante la instrucción del procedimiento disciplinario.

De dichas actuaciones destaca la declaración del alumno considerado autor del empujón que dio lugar a la caída, quien niega que él empujara a la alumna, afirmando

que al ser empujado por ella, para no caer, se agarró instintivamente a la barandilla y a la mochila que portaba M. T., lo que la hizo perder el equilibrio. Preguntado sobre si está seguro de no haber empujado a su compañera, responde que sí, porque si le hubiera empujado, ella habría caído rodando por las escaleras y, sin embargo, cayó sentada, prueba de que la estaba sujetando para no caerse.

La declaración de la alumna, por el contrario, arroja una versión diferente de los hechos, al relatar que bajaba por las escaleras un poco ligera y se encontró con M. que le tapaba el paso. Ella le dijo que se apartara para pasar. Éste se apartó y ella pasó. Al pasar ella, M. la empujó muy fuerte y cayó. Dice no acordarse de haber tocado a M. para poder pasar. Preguntada sobre si cree que M. le sujetó de la mochila, dice creer que no, aunque no lo recuerda bien, pero que le pareció que le dio un empujón fuerte con las dos manos.

Las restantes declaraciones de los testigos resultan sumamente contradictorias entre sí acerca de las circunstancias concurrentes.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia, el interesado no hace uso del mismo al dejar transcurrir el plazo concedido sin formular alegaciones ni aportar documentos o justificaciones al procedimiento.

OCTAVO.- Con fecha 30 de enero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren en el supuesto los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y 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 3 de febrero de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (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 especialmente relevantes.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que al efecto establece el artículo 142.5 LPAC, pues ocurrido el accidente el 3 de octubre de 2003, la acción se ejercita el 22 de junio de 2004.

La solicitud de indemnización ha sido formulada por quien ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, 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 donde se produjo el accidente.

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 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”.

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo en supuestos de tropiezos o caídas 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, los Dictámenes 2099/2000 y 3240/2001.

Así definida la constante y pacífica doctrina acerca de las caídas y tropiezos fortuitos en los centros escolares, es preciso analizar la relevancia de la actitud de los alumnos en el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, cuando la caída es consecuencia de la acción de un compañero.

A tal efecto, ha de recordarse que en supuestos similares al presente, en que los daños se producen como consecuencia de actuaciones de otros alumnos, tales como zancadillas

o empujones, en los que el ánimo de los niños no es dañar ni agredir, sino que se trata de un juego más, y en el que los daños, en ocasiones graves para la integridad física de los niños, son una consecuencia involuntaria y fortuita, es doctrina asentada tanto por el Consejo de Estado como por este Consejo Jurídico que no existe el necesario nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos docentes. En este sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 2432/2000, 3860/2000, 1581/2001 y 2573/2001 del Consejo de Estado y, entre otros muchos que la Consejería consultante ya conoce, el 147/2002, 2/2003 y 184/2003 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, dado que la edad de los escolares (11-12 años) y la ausencia de factores específicos de riesgo -defectos de conservación de las instalaciones, antecedentes de peligrosidad o agresividad de los alumnos, etc.-, no parecen exigir mayores medidas de cuidado, las cuales, además, dado el carácter puramente fortuito del accidente, habrían sido inútiles en orden a impedirlo.

En el supuesto sometido a consulta y como ya ha quedado dicho, no se aprecian tales circunstancias de riesgo adicional, produciéndose el daño en un contexto de fin de la jornada y de apresuramiento de los alumnos para poder alcanzar el transporte escolar, con la excitación propia de dicha situación, que lleva a la menor a realizar una actitud en sí misma imprudente y no exenta de riesgos, como es la de bajar corriendo unas escaleras por la que transitan otras personas.

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 informa favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, pues no se aprecian en los hechos que la fundamentan la concurrencia de los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para que aquélla nazca.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 37/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. S. G. M., 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: 13/03/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24

DICTAMEN 38/06.- Resolución del contrato formalizado con la empresa M., S.A., por las obras de renovación del alumbrado público en el entramado urbano de la pedanía de Navares (Caravaca de la Cruz).

Consultante : Alcalde del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz

Fecha: 13/03/06

Extracto de Doctrina

Trámite preceptivo en los procedimientos de resolución contractual es el de audiencia del contratista, por así exigirlo el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RCAP). 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 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz aprobó, en virtud de acuerdo de Junta de Gobierno de fecha 8 de marzo de 2005, los pliegos de cláusulas administrativas y técnico facultativas particulares que habían de regir la contratación, mediante subasta pública por procedimiento abierto, de la obra denominada “renovación de alumbrado público en entramado urbano de la pedanía de Navares”, así como el inicio del expediente de contratación con cargo al ejercicio presupuestario de 2005, disponiendo la apertura del procedimiento licitatorio. El presupuesto base de licitación es de 67.254,04 euros.

SEGUNDO.- Publicado el anuncio de licitación en el B.O.R.M. de 6 de mayo de 2005, concurren seis empresas, resultando adjudicataria M. S.A, por ser la más económica (su oferta es de 54.000 euros, es decir, propone una baja sobre el presupuesto de licitación del 19,70%).

TERCERO.- En el pliego de condiciones administrativas particulares se establece un plazo de ejecución de cuatro meses a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo, salvo observación en contrario en la misma. El referido acto tiene lugar el 28 de julio de 2005, haciéndose constar en el acta que *“la obra no comenzará hasta la aprobación del Plan de Seguridad y Salud que deberá ser aportado por el Contratista en el plazo máximo de ocho días”*. Redactado por la adjudicataria el referido documento de prevención de riesgos, fue aprobado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local el 15 de septiembre de 2005, por lo que el plazo de ejecución del contrato finalizaba el día 15 de enero de 2006.

CUARTO.- El 16 de enero de 2006, es decir, un día después de haber finalizado el plazo de ejecución de las obras, M. S.A. remite al Ayuntamiento, vía fax, la siguiente comunicación:

“M., S.A., comunica a la DF de la obra a ejecutar, que las luminarias estudiadas para la presentación de la licitación pública a esta subasta en concreto, no son la primera alternativa reflejada en proyecto y memoria (suponemos I., aunque no indican fabricante, designan Tipo), sino que son la segunda alternativa, también reflejada en memoria y proyecto, que se designa “ similar” (C.).

(...)

Para el estudio de la obra “Renovación de Alumbrado Público en entramado urbano de la Pedanía de Navares” solicitamos al proveedor el precio de dos luminarias:

I.

C.

En el presupuesto solicitado al proveedor, el precio de la luminaria nº 1 (I.), es prácticamente igual que proyecto, con lo que la baja a realizar sería mínima. Nuestro departamento técnico, decide entonces, y después de realizar el estudio de luminotecnia y verificar el rendimiento de las mismas, realizar la oferta de la licitación con la luminaria C., de reconocido prestigio; de esta manera, la baja realizada es más ventajosa para la

empresa, y para la propiedad, en este caso el Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz.

Es obvio, que M., S.A. no pueda realizar la instalación eléctrica con las luminarias que nos indica la DF, ya que aparte de que el estudio de la proposición económica no se realizó con las luminarias I., sino con las luminarias C., el beneficio económico de la empresa al término de la obra, sería prácticamente nulo”.

QUINTO.- Con fecha 17 de enero de 2006, los técnicos directores de la obra informan que las luminarias propuestas por la empresa adjudicataria no se corresponden con las prescripciones técnicas descritas en el proyecto, no considerando la propuesta como similar a la proyectada.

SEXTO.- El 1 de febrero de 2006, la Junta de Gobierno acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual, incautar la fianza definitiva constituida por M. S.A (2.160 euros) en concepto de daños y perjuicios, dar audiencia al contratista y avalista por plazo de diez días y, en caso de manifestarse oposición por parte del contratista, solicitar informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SÉPTIMO.- En cumplimiento de lo acordado, se envía burofax a la empresa adjudicataria y avalista con fecha 13 de febrero de 2006, al objeto de darle audiencia por plazo de 10 días. El 21 siguiente se recibe burofax de la empresa adjudicataria manifestando su oposición a la incautación de la garantía definitiva, en los siguientes términos:

“Después de reiteradas llamadas por parte del personal técnico de M., a la Dirección Facultativa de la referida obra, y al Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, no hemos obtenido respuesta alguna.

1. M, S.A., comunicó el 16 de enero de 2006 al Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz vía fax, un escrito explicativo indicando los motivos que la empresa tenía para no comenzar las obras.

Han esperado al día 13 de febrero, día en que expiraba el plazo de ejecución de la obra, para remitirnos su notificación y contestación, es decir, un mes. Por lo que el retraso del comienzo de la obra no solo es imputable a M. (sic).

2. Según me notifica la dirección técnica de la obra, la luminaria propuesta por M. no cumple las características técnicas de la propuesta en Proyecto.

Indicarles, que en el proyecto que sacan a licitación pública, no se indica en ningún momento fabricante de la luminaria, suponemos I., porque designan un tipo. Y suponemos, porque llevamos desde el año 1986 trabajando para la Administración, pero un proyecto, no puede dar lugar a dudas o equívocos, e indicar tipo y no fabricante.

Si la Dirección técnica de la obra indica que la luminaria propuesta por M. no cumple con los requerimientos del proyecto, exigimos antes de la resolución del contrato, que al igual que el Dpto. técnico de M. estudió y demostró que las luminarias propuestas sí cumplen con las proyectadas, se emita un informe técnico rebatiendo el estudio de M..

3. El gran empeño del Ayuntamiento de Caravaca o de la Dirección Facultativa de obra, de colocar luminarias del fabricante I., a sabiendas que no se indican en proyecto y que son mucho más caras que el precio indicado en el presupuesto, ha provocado el retraso de la referida obra, ya que no se ha querido llegar a ningún acuerdo, desoyendo nuestras alegaciones técnicas al respecto.

4. Por todo lo expuesto anteriormente, entendemos que no se ha incumplido como contratista los términos del contrato, sino que la Administración no ha querido tener una coordinación para la ejecución de la obra con M., y que la decisión de resolución de contrato por parte del Ayuntamiento, imputando la causa a M., es totalmente ilícita.

Por lo tanto, la dirección de M., S.A., no está dispuesta a que le sea incautada la fianza definitiva de 2.160 euros, sino, según 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, cree que ha habido un incumplimiento por parte de la propiedad de coordinar con el adjudicatario y que, puesto que la oferta por la que M., S.A. ha sido adjudicataria de la obra, está realizada en base a la luminaria similar que se indica como alternativa en proyecto (y que tiene carácter contractual), y después de demostrar que son válidas técnicamente, la resolución del contrato no es imputable a M., S.A., sino que según el art. 111 pto. c, respondería a mutuo acuerdo entre la Administración y contratista.

Del mismo modo, dado la oposición de Instalaciones Eléctricas M., S.A. a la incautación de la fianza definitiva, solicitamos informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia”.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 28 de febrero de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP); por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- De la conformación del expediente remitido al Consejo Jurídico.

De conformidad con el artículo 46.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (en adelante RCJ), la consulta se acompañará de:

A) Los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen.

Examinado el expediente remitido por el Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, se advierte la ausencia de determinada documentación relevante para la formación del juicio que este Órgano Consultivo ha de plasmar en el Dictamen solicitado. Así, debería incorporarse al expediente la siguiente documentación:

1. El proyecto técnico o pliego de condiciones técnico facultativas, donde se describen las características de las luminarias a instalar en ejecución de la obra. De hecho, la adecuación o no a dicho proyecto de las propuestas por la empresa adjudicataria

constituye la verdadera *quaestio litis* entre los contratantes, de donde se advierte la necesidad de contar con la referida documentación técnica en orden a pronunciarse acerca de dicha cuestión.

2. Del mismo modo, la adjudicataria manifiesta (folios 45 y 63 del expediente) que su departamento técnico efectuó un estudio luminotécnico y de rendimiento de las luminarias que propone, llegando a afirmar que demostró que éstas cumplen con las proyectadas. Dados los términos en que se expresa la empresa, cabe presumir que el referido estudio fue remitido a la dirección de la obra, debiendo ser en tal caso incorporado al expediente. De no haber sido facilitado a la Administración, debería hacerse constar expresamente.

3. El fax remitido por la adjudicataria el 16 de enero de 2006 parece dar a entender que existe un previo requerimiento por parte de la dirección facultativa para que la empresa se ajuste al proyecto (“*es obvio que M. S.A. no pueda realizar la instalación eléctrica con las luminarias que nos indica la DF...*”). En tanto que ejercicio del poder de dirección sobre las obras que dicho requerimiento supone, debería incorporarse al expediente, como también cualquier otra comunicación dirigida por la dirección facultativa a la adjudicataria en orden a exigir el comienzo de las obras, si la hubiera.

B) Copia compulsada del expediente administrativo completo (46.2, letra c) RCJ), para lo que deberá constar la siguiente documentación:

1. Copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto que constituye el objeto de la consulta (46.2, letra c) 1º RCJ).

Carece el expediente remitido de dicha propuesta de resolución que debe formular el funcionario instructor del procedimiento (en el supuesto sometido a consulta, el Secretario General de la Corporación) al órgano competente para resolver. Esta propuesta, en tanto que antecede de manera inmediata a la terminación del procedimiento, constituye la culminación de la fase de instrucción y contiene ya todos los elementos de la resolución que pondrá fin a aquél, configurándose como verdadero objeto de la consulta. Debe, en consecuencia, incorporarse al expediente que se remita al Consejo Jurídico.

2. El cumplimiento de los trámites preceptivos exigibles al procedimiento (46.2, letra c), 4º RCJ).

Trámite preceptivo en los procedimientos de resolución contractual es el de audiencia del contratista, por así exigirlo el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RCAP). 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 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 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, en las alegaciones por ella formuladas con ocasión de dicho

trámite solicitó que el Ayuntamiento emitiera un pronunciamiento técnico acerca de las características de las luminarias por ella propuestas y aquellas que constaban en proyecto, en orden a determinar su similitud o no. Y así lo hizo el Ayuntamiento, constando en el expediente (folios 65 y 66) informe de Ingeniero Técnico Industrial Municipal al respecto. Ahora bien, lo que no consta es que se diera traslado de dicho informe a la adjudicataria de la obra, concediéndole el correspondiente plazo para formular alegaciones frente al mismo. En consecuencia, no puede entenderse debidamente cumplimentado el trámite de audiencia al contratista.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede que la Administración consultante complete la instrucción del procedimiento y conceda trámite de audiencia al contratista en los términos indicados en la Consideración Segunda, *in fine*, de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 39/06.- 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: 13/03/06

Extracto de Doctrina

No puede obviarse el deber de vigilancia que la Administración educativa, Consejería de Educación y Cultura, ha de desplegar con el fin de que las distintas instalaciones de los colegios estén en las necesarias condiciones de seguridad, obligación que se ve acentuada en lo que se refiere a elementos arquitectónicos que son utilizados constantemente por los alumnos. En el mismo sentido se pronunció este Consejo Jurídico en Dictamen 128/2003.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- 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 resultó con *“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”*.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de mayo de 2003, la Secretaria General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente.

TERCERO.- Con fecha 3 de octubre de 2005, se requiere al reclamante para que cuantifique económicamente los daños alegados y acredite la representación legal del menor mediante fotocopia compulsada del Libro de Familia, pues la aportada con la reclamación era una mera fotocopia.

Con fecha 19 de octubre de 2005, el reclamante valora los daños alegados en 25.555,14 euros y aporta fotocopia compulsada del Libro de Familia.

CUARTO.- 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 tocara el timbre de entrada y que su madre o su abuela se la habían llevado para curarla”.

QUINTO.- Con fecha de 20 de diciembre de 2005, se dirigió notificación al reclamante, comunicándole el cambio de instructor del procedimiento.

SEXTO.- 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”.

SÉPTIMO.- Con fecha 2 de febrero de 2006, se dirigió notificación al reclamante, comunicándole 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.

El 16 de febrero de 2006 comparece ante el Servicio Jurídico de la Consejería consultante una letrada, en representación del reclamante, según acredita con copia compulsada de la escritura notarial de poder que se adjunta al expediente, y retira diversa documentación.

Al día siguiente 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.

OCTAVO.- 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.

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 el pasado 28 de febrero 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.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales. No obstante, sí debe llamarse la atención acerca de la amplísima superación del plazo máximo que para resolver y notificar este tipo de procedimientos señala el artículo 13.3 RRP (6 meses), sin que del expediente se deduzcan elementos o factores que pudieran justificar esa excesiva dilación en resolver.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, pues en el momento de su presentación, el 21 de marzo de 2003, todavía no había transcurrido ni tan siquiera un mes desde el accidente, el 25 de febrero anterior.

La reclamación ha sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, la imputación del daño a las deficientes condiciones de seguridad de las instalaciones del colegio obliga a considerar la trascendencia que, para la determinación de la Administración a la que ha de imputarse el funcionamiento del servicio causante del daño, tiene el contenido de la Disposición Adicional de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, al establecer en su apartado 1 que *“la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros de educación infantil de segundo ciclo, primaria o especial, dependientes de las Administraciones educativas, corresponderán al municipio respectivo”*.

Esta circunstancia ya fue analizada en profundidad por este Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 52/2003, en el que, para el supuesto allí contemplado, se afirmaba que el criterio delimitador de la responsabilidad que se había de utilizar no era otro que aquél mediante el cual cada *“Administración responderá de modo independiente de las lesiones que le sean imputables, de conformidad con lo que resulte del reparto de competencias efectuado”*. Añadiendo más adelante que *“ciertamente, el criterio del reparto competencial como delimitador de la Administración responsable del daño podría ser modulado conforme a las circunstancias del caso concreto, especialmente si las competencias concurrentes constituyen dos sectores o “submaterias” de una materia general de la que se desgajan, tal y como sucede en el presente caso, en que tal materia general es la enseñanza y las “submaterias”, como ya hemos dicho, son la prestación de la docencia, de un lado, y el mantenimiento de las instalaciones en que se desarrolla aquélla, de otro. Sin embargo, acudir a una eventual solución de solidaridad por razones de justicia material, esto es, más allá del criterio formal de la distribución de competencias antes reseñada, exigiría que concurrieran, al menos, estas dos circunstancias: a) que la determinación sobre el reparto competencial se encontrase en normas de difícil interpretación, de las que pudiera surgir una duda razonable sobre la Administración concretamente competente, y b) que, en virtud de lo anterior, el interesado hubiera reclamado contra la Administración titular de la competencia sobre la “submateria” respecto a la que no procediera imputar el daño (en nuestro caso, la Administración regional) y no contra la verdaderamente responsable de acuerdo a la distribución competencial establecida en la correspondiente norma jurídica (en nuestro caso, el Ayuntamiento ex D.A. 17ª LOGSE citada)”*.

En el supuesto sometido a Dictamen, no sólo se da la circunstancia de que el interesado ha deducido su reclamación frente a la Administración autonómica, a la que se ha de considerar una de las posibles legitimadas con base en las competencias de gestión del servicio público educativo que le fueron transferidas mediante el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, sino que, además, no puede obviarse el deber de vigilancia que la Administración educativa, Consejería de Educación y Cultura, ha de desplegar con el fin de que las distintas instalaciones de los colegios estén en las necesarias condiciones de seguridad, obligación que se ve acentuada en lo que se refiere a elementos arquitectónicos que son utilizados constantemente por los alumnos. En el mismo sentido se pronunció este Consejo Jurídico en Dictamen 128/2003.

TERCERA.- Sobre la instrucción.

En las observaciones y sugerencias recogidas en la Memoria del año 1999, el Consejo Jurídico manifestó que *“el instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la*

totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo. En tal sentido, la actividad del instructor, al desarrollarse para el órgano resolutorio, es una actividad debida...”.

En el supuesto sometido a consulta, el escrito de alegaciones del interesado discute la fuerza probatoria del informe solicitado por la instructora a la Unidad Técnica de Centros Educativos, atendiendo a su realización tres años después del accidente, pues durante ese dilatado período, afirma, 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 que consta al folio 37 del expediente 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*” (folio 41), 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).

La alegación vertida por el reclamante en el seno del trámite de audiencia obligaba a la instructora a tenerla en cuenta en el momento de redactar la propuesta de resolución (artículos 79.1 y 89.1 LPAC), lo que no hace, pues ninguna consideración existe en la referida propuesta a la alegación que transcribe, aun cuando basa la desestimación de la pretensión indemnizatoria en el informe técnico atacado por el reclamante (Fundamento de Derecho Cuarto de la propuesta de resolución, folios 58 y 59 del expediente).

Ahora bien, para pronunciarse acerca de la referida alegación 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. El Consejo Jurídico es consciente de la dificultad que para un técnico supone emitir un juicio con el único fundamento de unas fotografías, pero esta situación se debe en buena parte a la desidia de la Administración en tramitar el procedimiento, que ha dejado transcurrir años desde que se produjo el accidente y se formuló la reclamación. En cualquier caso, cabe apuntar que si, entre el momento del accidente y el de la visita girada a las instalaciones, no constara la realización de obras de acondicionamiento o reforma de éstas, podría presumirse que su estado al momento del accidente era similar al actual y, en consecuencia, las conclusiones del informe emitido tras la visita al Colegio cabría referirlas al momento en que se produjo el accidente. Si, por el contrario, constara la realización de obras que tuvieran por objeto la remodelación o modificación de las instalaciones a cuyo estado de conservación se imputa el daño, el pronunciamiento técnico, aunque limitado, habría de basarse en la contemplación de las fotografías.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que procede completar la instrucción, requiriendo a la Unidad Técnica de Centros Educativos que se pronuncie acerca del estado de las instalaciones, no en la actualidad, sino según se refleja en las fotografías, debiendo recabarse, asimismo, 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.

Una vez incorporada al expediente dicha información, debe darse un nuevo trámite de audiencia al reclamante y formularse nueva propuesta de resolución, que habrá de ser remitida al Consejo Jurídico para Dictamen sobre el fondo del asunto.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar la instrucción del expediente en los términos señalados en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 40/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. M. G., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 13/03/06

Extracto de Doctrina

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).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de mayo de 2004, D. M. Á. M. G. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Educación y Cultura, en solicitud de indemnización de 25.307,80 euros, por los daños sufridos durante una clase de Educación Física cuando cursaba primero de Bachillerato en el Instituto de Educación Secundaria (IES) “Licenciado Cascales” de Murcia.

Según el reclamante, el accidente se produjo el 18 de febrero de 2002, cuando los alumnos jugaban a “futbito”. En el desarrollo de la actividad, sufrió un accidente debido a un encontronazo con otro alumno, teniendo que ser hospitalizado por fractura de tercio medio de tibia y peroné derechos. Intervenido quirúrgicamente el 20 de febrero, recibe el alta hospitalaria el 23 de febrero de 2002.

Por molestias en la inserción rotuliana del clavo, fue intervenido nuevamente el 6 de marzo de 2003, siendo alta definitiva el 5 de mayo de 2003.

Para el interesado, la causa del accidente fue la inadecuación de las instalaciones, debido a las escasas dimensiones de la pista, inferiores a las reglamentarias fijadas por la Federación competente, lo que hace que los contactos que se producen durante el juego sean más bruscos.

El daño (13 puntos por secuelas, 6 días de hospitalización y 436 días de curación, de los cuales 127 fueron impeditivos) es evaluado por el interesado de acuerdo con el sistema de valoración de daños sufridos por las personas en accidentes de circulación implantado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Junto a la reclamación se acompaña la siguiente documentación: a) parte de accidente escolar; b) informe de alta hospitalaria elaborado por el Servicio de Trauma-Cirugía Ortopédica del Hospital Morales Meseguer de Murcia de fecha 23 de febrero de 2002; y c) informe médico elaborado por una doctora del referido servicio, según la cual, el ahora reclamante *“ingresó a través del servicio de urgencias del Hospital Morales Meseguer en el servicio de traumatología tras sufrir accidente deportivo el día 18 de Febrero de 2002, con el diagnóstico de fractura de tercio medio de tibia y peroné derechos. El 20 de Febrero, es intervenido quirúrgicamente realizándose reducción y osteosíntesis con clavo intramedular de Grosse-Kempf tibial. Es alta hospitalaria el 23 de Febrero. La evolución es satisfactoria, lográndose la consolidación ósea y recuperando movilidad activa completa de rodilla así como de tobillo. Posteriormente comienza con molestias en la inserción rotuliana del clavo, por lo que se decide realizar E.M.O. (extracción de material de osteosíntesis), que se lleva a cabo el 6 de Marzo de 2003. El paciente mantiene un balance articular correcto y el postoperatorio transcurre sin incidencias, por lo que es alta definitiva el 5 de Mayo. Presenta una hiperestesia cutánea sobre el callo de fractura tibial”*.

El interesado solicita la apertura de período probatorio, anunciando su intención de proponer prueba documental, testifical y pericial.

SEGUNDO.- Con fecha 18 de febrero de 2005, se resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, siendo notificada la resolución al interesado.

TERCERO.- El 3 de octubre de 2005, se solicita informe sobre el acaecimiento de los hechos a la Dirección del centro, que informa lo siguiente: *“El alumno... sufrió un choque fortuito con un compañero de clase, mientras se encontraban practicando fútbol en el gimnasio del Instituto en horario lectivo el día 18 de febrero de 2002, dentro de las actividades programadas en el curso de Educación Física, estando presente el profesor de la asignatura. El choque le provocó una caída y un compañero cayó encima de su pierna, ocasionándole la lesión”*.

CUARTO.- Con fecha 19 de octubre de 2005, se comunica al interesado la apertura de período de prueba, requiriéndole la documentación que decía acompañar a su escrito inicial, lo que llevará a efecto, incorporando además un informe de valoración del daño personal que concluye valorando las secuelas en 13 puntos e indicando que la estabilidad de la lesión tardó en alcanzarse 442 días.

Además, propone el interesado prueba testifical de los compañeros del Instituto.

QUINTO.- Con fecha 7 de noviembre de 2005, se redacta informe por D. J. P. P., profesor de Educación Física que impartía la clase en el momento del accidente. Según el docente, *“el citado alumno se encontraba desarrollando una sesión de Educación Física el 18 de febrero de 2002 en el gimnasio del centro, en la que se desarrollaban actividades de tenis de mesa y fútbol-sala de acuerdo con la programación. Durante el desarrollo de dicha actividad, se produjo una fuerte entrada, arrastrándose por el suelo y con los pies por delante, de otro alumno sobre M. A., intentando quitarle el balón y golpeándole en la pierna de apoyo, produciéndose lo que a simple vista parecía una fractura de tibia(...) Encontrándome yo dirigiendo la actividad (actuaba como árbitro) y a una distancia de unos dos metros de los alumnos, pude observar la acción directamente y con total claridad (...). Entiendo que nunca hubo intención de hacer daño por parte del alumno causante de la lesión, sino una mal medida fuerza y torpeza, así como mala suerte en una acción de juego”*.

SEXTO.- Con fecha 30 de noviembre de 2005 se nombra nueva instructora del procedimiento, quien reitera la solicitud de informe que había realizado el anterior instructor a la Unidad Técnica de Centros Educativos. Emitido el informe, éste confirma las reducidas dimensiones de la pista polideportiva en que se produjo el accidente.

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección de Educación, para que se pronuncie sobre las dimensiones de la pista y se compruebe la veracidad de la afirmación de que las actividades conjuntas (fútbol-sala y tenis de mesa) desarrolladas en el gimnasio el día del accidente, estaban programadas oficialmente, es remitido el 5 de enero de 2006, conteniendo una extenso pronunciamiento sobre las características de la pista. Señala que *“el Instituto se encuentra ubicado en su mayor parte en el edificio del antiguo Colegio de Teólogos de Murcia, cuya construcción data del primer cuarto del siglo XVII, dicho edificio ha sufrido sucesivas remodelaciones, la última en 1992, disponiendo de un gimnasio de 200 m² aproximadamente (...) la actividad que se estaba realizando en el momento del accidente respondía a lo previsto en la Programación Didáctica de la materia para ese curso. En el momento del accidente, el alumno y otros 5 compañeros desarrollaban una actividad sobre uno de los deportes objeto de enseñanza: el fútbol-sala. Esta actividad simulaba un partido basado en las reglas del citado deporte (...) Las reglas fueron adaptadas por el profesor a las condiciones las instalaciones en que se desarrollaba la clase. El número de jugadores por cada equipo se había reducido a tres, en lugar de los cinco que señalan las Reglas de Juego (...) Se habían sustituido las porterías reglamentarias por unas dibujadas en las paredes de los fondos del gimnasio... Los jugadores no podían disparar a puerta a una distancia inferior a unos metros de la portería para evitar rebotes. También estaban prohibidos los arrastres”*.

Sobre la realización conjunta de actividades de tenis de mesa y fútbol-sala y su inclusión en la programación didáctica, el informe señala lo siguiente: *“se puede concluir que esta actividad de tenis de mesa, para cuya práctica los alumnos no contaban*

realmente con espacio suficiente, no interfirió en aquellos momentos con la que se estaba desarrollando en el resto del gimnasio sobre fútbol-sala. El desarrollo conjunto de estas dos actividades fue ajeno al accidente.”

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia, comparece la letrada del interesado y retira copia de los documentos obrantes en el expediente, sin llegar a formular alegaciones ni aportar documentos o justificación alguna, en el plazo concedido al efecto.

NOVENO.- Con fecha 8 de febrero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no se dan los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos docentes y el daño alegado.

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 15 de febrero 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.- Requisitos previos: legitimación y plazo para el ejercicio de la acción. Procedimiento.

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

Entre estos requisitos debe examinarse, en primer lugar, si la reclamación de responsabilidad patrimonial ha sido interpuesta dentro del plazo de un año desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, según establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), constatándose que, alcanzada la estabilidad de la lesión el 5 de mayo de 2003, la solicitud de indemnización presentada el día 5 de mayo de 2004, fue deducida en el último día del plazo legalmente previsto.

La reclamación ha sido interpuesta por la persona que sufrió el daño, contando por tanto con legitimación activa para ello en su condición de interesado (artículos 31.1, letra a y 139.1 LPAC).

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura la competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el IES donde se produjeron los hechos.

Por lo demás el procedimiento se ha atendido, en términos generales, a lo establecido en el RRP, sin perjuicio de destacar las siguientes irregularidades:

1. De las pruebas propuestas y no practicadas.

No consta que se hayan practicado todas las pruebas propuestas por la interesada, ni que se haya dictado resolución motivada por la instructora rechazándolas por ser manifiestamente improcedentes o innecesarias (artículo 80.3 LPAC y 9 RRP).

Como ya advirtiera el Consejo Jurídico en Dictamen 165/2003, el derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento no es omnímodo, y así lo ha entendido el legislador en el artículo 80.3 LPAC, al posibilitar al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, aunque, dada su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el ciudadano, rodee tal decisión de garantías. Tal carácter cabe predicar de la exigencia de una resolución expresa, garantía aparentemente formal pero que presenta evidentes repercusiones de índole 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.

En el supuesto sometido a consulta, los sucesivos instructores del procedimiento no se pronuncian de manera expresa acerca de la prueba testifical propuesta por el interesado, ni con ocasión de la apertura del período probatorio -pues el instructor se limita a requerir al interesado la aportación de diversos documentos- ni, posteriormente, al formular la propuesta de resolución. Este inmotivado rechazo de la prueba cabe calificarlo de arbitrario y podría dar lugar a indefensión, cuando sin justificación expresa alguna se impide al interesado traer al procedimiento elementos de juicio y pruebas que convienen a su defensa.

Ello no obstante, el silencio del reclamante cuando, con ocasión del trámite de audiencia, se aquieta ante la no práctica de la prueba por él propuesta, lleva a este Consejo Jurídico a considerar que no procede retrotraer las actuaciones sea para llevar a efecto la prueba, sea para dictar resolución expresa acerca del rechazo a la misma, aunque sí debe la propuesta de resolución contener dicho pronunciamiento motivado contrario a la práctica de la testifical.

2. Sobre la duración del procedimiento.

No puede el Consejo Jurídico dejar de llamar la atención acerca de la injustificada tardanza en tramitar el procedimiento del que trae causa este Dictamen. Mal pueden conciliarse principios como los de eficacia, agilidad, celeridad y oficialidad con las continuas paralizaciones sufridas por el procedimiento. Obsérvese que, desde que la reclamación tiene entrada en la Consejería competente para resolver, el 11 de mayo de 2004, hasta que se acuerda su admisión a trámite, el 18 de febrero de 2005, transcurren más de nueve meses, sin que consten ulteriores actuaciones hasta el 3 de octubre siguiente, es decir más de siete meses después, cuando el instructor procede a solicitar el preceptivo informe de la Dirección del centro escolar.

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 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.

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, 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).

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, ya que el evento se produjo en el desarrollo de la clase de Educación Física, debiendo tener en cuenta que los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva que ha de ser soportado por quien lo sufre.

El reclamante sitúa la causa del daño en el reducido tamaño de la pista polideportiva donde se desarrollaba la actividad de fútbol-sala, cuyas dimensiones no eran las establecidas por la Federación competente. La Unidad Técnica de Centros Educativos

confirma las medidas de la pista, las cuales son inferiores a las reglamentarias. Ahora bien, de ello no puede deducirse sin mayor razonamiento que cualquier daño producido en el desarrollo de la actividad ha de encontrar su causa en las instalaciones. De hecho, siendo consciente el profesor del reducido tamaño de la pista adaptó las reglas del juego a las circunstancias, por lo que redujo el número de jugadores por equipo, que era de tres (los cuales habían de rotar obligatoriamente entre las tres posiciones: portero/delantero/defensa) a los cinco reglamentarios. Del mismo modo, no se utilizaban las porterías reglamentarias, sino unas mucho más pequeñas (de 1 metro x 1 metro), marcadas en las paredes del polideportivo, por lo que se limitó la distancia desde la que se podía disparar a puerta, en orden a evitar rebotes.

Por otra parte, el accidente se produjo en la zona central de la pista, lejos de cualquier pared del gimnasio, por lo que no parece que las dimensiones de la pista tuvieran una influencia decisiva en la brusquedad de la entrada sufrida por el interesado. Antes bien, la causa del accidente cabe identificarla con un desafortunado lance del juego, motivado quizá por el ímpetu juvenil del jugador que disputaba el balón al lesionado, pero no por el estado de las instalaciones, ni por una falta de vigilancia o control por parte del profesor de Educación Física, quien, además de adecuar las reglas del juego a las condiciones en que aquél había de desarrollarse, prohibió los arrastres, en previsión de eventuales daños físicos que, desgraciadamente, se materializaron en el hoy reclamante. Ahora bien, siendo una actividad física adecuada a la edad de los alumnos (el reclamante tenía 16 años en el momento del accidente) y constituyendo un riesgo inherente a la práctica de deportes como el fútbol-sala, el choque y el contacto físico entre los contendientes, el accidente únicamente puede ser calificado de puramente fortuito, sin que pueda conectarse causalmente con la actividad docente ni con el estado de las instalaciones en que aquélla se desarrolla.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes (por todos, el 229/2001), viene señalando 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).

Así pues, 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 informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir en los hechos en que ésta se basa los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en particular el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños sufridos por el interesado.

No obstante, V.E. resolverá

DICTAMEN 41/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a E. R. D., como consecuencia de los daños sufridos al valorar erróneamente los méritos de acceso al Cuerpo de Maestros (lista de interinos).

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 13/03/06

Extracto de Doctrina

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 en el ámbito docente, 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 el Dictamen 114/2005, 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,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de mayo de 2005, D. E. R. D. presenta escrito que califica como “*reclamación o recurso de responsabilidad patrimonial, derechos y haberes económicos*” ante la Consejería de Educación y Cultura, con base en los siguientes hechos:

a) La interesada participó en el procedimiento selectivo convocado por la Orden de 10 de marzo de 2003, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se convocan procedimientos selectivos para el ingreso en el Cuerpo de Maestros, procedimiento para la adquisición de nuevas especialidades y composición de las listas de interinos en el ámbito de gestión de esta Comunidad Autónoma.

b) De acuerdo con lo que exigían las normas de la convocatoria, presentó los documentos pertinentes para la valoración de los méritos que ostentaba para su integración en la lista de interinos. Una vez publicada la resolución provisional, presentó reclamación, con fecha 12 de noviembre de 2003, para que se le computaran 0.25 puntos en el apartado C.1.1, correspondiente a su expediente académico, de acuerdo con el Baremo de la Orden de 10 de marzo de 2003.

c) Dicha reclamación no fue estimada, publicándose con fecha 19 de enero de 2004 la resolución definitiva de aspirantes al desempeño de puestos, en régimen de interinidad, en la que consta la aspirante con una nota de 4,022 puntos.

d) Frente a esa resolución definitiva, la interesada interpone el correspondiente recurso de reposición, que será estimado por Orden de 15 de septiembre de 2004, de la Consejería de Educación y Cultura, reconociendo el derecho de la interesada a figurar en la lista de interinos con una puntuación de 4,2722.

e) Para la reclamante la causa del problema sufrido se retrotrae a la convocatoria de la lista de interinos del año 2001, cuya puntuación es la que servía de punto de partida para la convocatoria del año 2003. Según manifiesta la propia interesada, contra la resolución definitiva de aquella convocatoria presentó recurso de reposición, aunque no consta que fuera estimado.

Con base en los hechos expuestos, la interesada considera que se le ha causado un daño, al no haberle puntuado correctamente desde el año 2001. Siempre según la reclamante, de haber obtenido la puntuación que le correspondía, habría podido optar a una plaza mejor, “*a una vacante de todo un año y no a sustituciones, por lo que se le debe indemnizar el daño producido así como reconocer el tiempo en que no ha trabajado como mérito administrativo*”, pues esos períodos de servicio efectivo podrán ser esgrimidos como mérito en procesos selectivos posteriores.

La valoración económica del daño parte de considerar que, desde el curso 2000/2001 hasta el curso 2004/2005, debería haber trabajado los 365 días del año, a los que resta los días efectivamente trabajados como interina del Cuerpo de Maestros, aplicando al resultado de dicha operación las retribuciones correspondientes a cada ejercicio. En total, debería haber prestado servicios durante 796,5 días más de los efectivamente trabajados, a los que correspondería una cantidad de 44.614,08 euros, en concepto de haberes dejados de percibir.

Considera además que a dicha cantidad debe sumarse una “*indemnización a tanto alzado de 9.000 euros*”, en resarcimiento por “*el tiempo de servicios dejados de cotizar,*

que ha causado un daño a efectos de cualquier tipo de prestación: desempleo, invalidez, pensiones, jubilación, etc.”.

Finalmente, si por la Administración no se reconocieran como efectivamente prestados los servicios reclamados, solicita una indemnización sustitutoria de 12.000 euros.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de junio de 2005, la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura, resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del procedimiento.

TERCERO.- Solicitado informe a la Dirección General de Personal acerca de las alegaciones efectuadas por la interesada, se emite con fecha 27 de septiembre.

En él se reflejan los servicios efectivamente prestados por la reclamante en el período comprendido entre los cursos 2000/2001 y 2004/2005, con expresión de los haberes percibidos.

Se efectúan además las siguientes manifestaciones:

-Que durante el periodo reclamado han estado vigentes las distintas listas de interinos que se enumeran:

<u>Curso</u>	<u>Año del Proceso Selectivo</u>	<u>Periodo de vigencia</u>	
		<u>Desde</u>	<u>Hasta</u>
	<u>la Lista de Interinos:</u>		
2000-01	1-9-2000	31-8-2001	
2001-02	2001 (21 de marzo)	1-9-2001	31-8-2002
2002-03	2001	1-9-2002	31-8-2003
2003-04	2001	1-9-2003	18-1-2004
	2003 (10 de marzo)	19-1-2004	31-8-2004
2004-05	2003	1-9-2004	31-8-2005

La interesada en su petición expresamente hace referencia al curso 2000-2001, cuando ese curso ni la puntuación ni la pertenencia a las listas de interinos dependía de su participación en los procesos selectivos de 2001 (posteriores a la entrada en vigor de las citadas listas), por lo que no existe nexo causal en este periodo.

En cuanto al periodo comprendido entre el 1-9-2001 y el 18-1-2004, efectivamente la interesada tenía una puntuación de 2,6399, en consonancia con la certificación académica presentada. Según menciona en el apartado cuarto de su reclamación, esa puntuación no se vio modificada por la resolución del recurso de reposición interpuesto en su día, del que no menciona fecha de notificación y que a juzgar por el extenso periodo de vigencia de la puntuación alcanzada en el proceso selectivo para formar parte de las listas de interinos, se puede presumir que ha pasado más del año señalado como plazo para la iniciación de este proceso de responsabilidad patrimonial, art. 4.2, segundo párrafo, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, RD 429/1993, de 26 de marzo, (BOE 8 de junio).

Por lo que respecta al último periodo, el que abarca desde el 19 de enero de 2004 hasta el 31 de agosto de 2005, la interesada participó en los actos de adjudicación con

una puntuación de 4,2722, desde el primer momento, ya que había alcanzado puesto por puntuación el 27 de octubre de 2003, cuando todavía no habían entrado en vigor las listas procedentes de la oposición de 2003, por lo que no puede considerarse que se le haya efectuado daño alguno, en cuanto a las oportunidades para participar en los actos públicos, ni en la prelación para la obtención de plaza en los mismos.

Solicitado informe aclaratorio por la instructora, se emite con fecha 9 de noviembre de 2005, en sustitución del último párrafo transcrito, deduciéndose del mismo que la interesada habría podido obtener nombramientos únicamente para los siguientes períodos, durante los cuales no trabajó: del 17 al 23 de mayo, del 1 al 6 de junio y los días 14 y 15 de julio de 2004.

CUARTO.- Por la instructora se requiere a la interesada para que aporte certificado de vida laboral y de prestaciones por desempleo. Incorporados ambos al expediente, el de prestaciones por desempleo acredita que la interesada percibió una prestación por desempleo entre el 1 de septiembre y el 2 de diciembre de 2001.

Asimismo, la instructora solicita a la Dirección General de Personal que determine la percepción económica que, de conformidad con el informe emitido con anterioridad, habría correspondido a la interesada. Según el Jefe de la Sección de Nóminas y Seguridad Social de la referida Dirección General, de haber trabajado en los períodos comprendidos entre el 17 y el 23 de mayo de 2004; entre el 1 y el 6 de junio de 2004 y los días 14 y 15 de julio de dicho año, la interesada habría percibido un total de 945,92 euros.

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a la interesada, ésta obtiene vista del expediente y presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta:

a) Que la reclamación ha sido presentada en plazo, pues no ha transcurrido un año desde que le fue notificada (30 de septiembre de 2004) la resolución del recurso de reposición interpuesto frente a la resolución definitiva por la que se aprobaba la lista de interinos de 2003 (Orden de 15 de septiembre de 2003, aunque la interesada, por error, alude a la Orden de 15 de septiembre de 2004).

b) Respecto a la determinación de los días que podría haber trabajado de haber participado en los actos de provisión de plazas con la puntuación finalmente reconocida, manifiesta que no tiene en consideración *“el daño moral causado cuando te limitan las plazas y las especialidades, cuando tu derecho al trabajo, que incide en tu vida personal, se ve mermado cuando esta Administración no reconoce una puntuación que por norma te corresponde y va ‘rascando’ de un acto de adjudicación a otro produciendo una gran indefensión, que atenta al artículo 23.2 CE. Todo ello nos hace comprobar que los informes y demás documentación adjunta al expediente administrativo no valora realmente los daños ocasionados, y tampoco refleja la cuestión desde un prisma objetivo, como establece la Ley”*.

SEXTO.- Con fecha 18 de enero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución de estimación parcial de las pretensiones indemnizatorias de la reclamante, declarando su derecho a ser indemnizada con 945,92 euros, sin considerar suficientemente acreditado el daño moral alegado. No se pronuncia la propuesta de resolución acerca de las pretensiones relativas al cómputo como servicios efectivos de los días en que debería haber trabajado ni a las cotizaciones sociales por dichos períodos.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remitió el expediente en petición de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 24 de enero 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).

Ha de precisarse, no obstante, que la solicitud inicial de la interesada, autodenominada “reclamación o recurso de responsabilidad patrimonial, derechos y haberes económicos” no se contrae únicamente a una pretensión indemnizatoria, sino que contiene otra que, ajena al ámbito de la responsabilidad patrimonial, cabría reconducir a la impugnación de la incorrecta ejecución de la Orden de 15 de septiembre de 2004, de la Consejería de Educación y Cultura, que reconoce el derecho de la interesada a figurar en la lista de interinos con una puntuación de 4,2722.

En efecto, la petición consistente en que se le reconozca como tiempo de servicios efectivos los períodos en los que podría haber trabajado, no pretende un resarcimiento del daño sufrido, sino precisamente evitar ese daño. Sólo de forma supletoria y para el caso de que no se efectúe tal reconocimiento, se convierte la pretensión en indemnizatoria.

No contiene el expediente remitido al Consejo Jurídico el recurso de reposición efectuado por la interesada, de forma que se desconocen los términos de la pretensión allí ejercitada, lo que a su vez impide conocer si la resolución del recurso fue o no congruente con lo solicitado en la determinación de su eficacia. Tampoco arroja luz el expediente acerca de los efectos que la Administración dio a la Orden de resolución, aunque, a la vista del informe de la Dirección General de Personal, que afirma que en las adjudicaciones correspondientes al curso 2004-2005 la interesada ya partía con la puntuación reconocida, circunstancia que no concurría durante las correspondientes al curso anterior, cabe presumir que la resolución produjo sus efectos desde la fecha de su aprobación o dictado (15 de septiembre de 2004) o desde su notificación (30 de septiembre), no desde la publicación de la resolución impugnada. De haber retrotraído los efectos de la estimación del recurso al momento en que entró en vigor la lista de interinos, se habría podido evitar la reclamación de la que trae causa este Dictamen.

En cualquier caso, y dado que la propuesta de resolución no se pronuncia, como debería, acerca de la pretensión relativa al reconocimiento de servicios efectivos, procede considerar la solicitud de indemnización formulada con carácter supletorio de aquélla.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

Concorre 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 Educación y Cultura, 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 cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, ésta se ha presentado dentro del año establecido en el artículo 142.4 LPAC, para los supuestos en que la reclamación se fundamente en la anulación en vía administrativa o contenciosa de un previo acto administrativo. En el supuesto sometido a consulta la solicitud de indemnización parte de la estimación del recurso de reposición formulado por la interesada frente a la resolución definitiva, de 19 de enero de 2004, por la que se aprueba la lista de aspirantes al desempeño de puestos en régimen de interinidad.

La orden estimatoria del recurso es notificada a la interesada en septiembre de 2004, por lo que la presentación de la reclamación en mayo de 2005 se efectúa dentro del indicado plazo anual.

Se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 5 y siguientes RRP, obrando en el expediente numerosos informes del Servicio afectado (Dirección General de Personal) y el trámite de audiencia a la interesada. Ello no obstante, debe advertirse que la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial debe ser congruente con las peticiones formuladas por los interesados, debiendo decidir todas las cuestiones planteadas por ellos (artículo 13.2 RRP y 89.1 y 2 LPAC), exigencia de contenido que no cumple la propuesta de resolución sometida a consulta, pues no se pronuncia de manera expresa sobre las peticiones relativas al reconocimiento de servicios y cotizaciones sociales.

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, 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.

Sostiene la reclamante que el error cometido por la Administración educativa al no valorarle correctamente el mérito “expediente académico”, con ocasión de la confección de la lista de interinos para proveer plazas de tal carácter correspondientes al Cuerpo de Maestros, le privó de la posibilidad de ocupar puestos de mayor duración que las cortas sustituciones que se le ofrecieron. Y todo ello porque al contar con menos puntuación que la que verdaderamente le correspondía, y que finalmente le reconoció la Orden estimatoria del recurso de reposición, se vio relegada a la hora de elegir plaza.

Considera la actora que, de haber podido elegir cuando le correspondía en función de su verdadera puntuación podría haber alcanzado una mejor plaza -una vacante de todo un año-, de donde infiere que podría haber trabajado durante cinco cursos académicos completos, desde el 2000/2001 hasta el 2004/2005, frente a las cortas sustituciones (en ocasiones de pocos días) a que se vio abocada por la puntuación inicialmente otorgada.

En consecuencia, reclama los haberes económicos dejados de percibir durante esos cursos, que cuantifica en 44.614,08 euros. Además, considera que deben reconocerse tales períodos como de servicios efectivos, solicitando, para el caso de no ser estimada esta pretensión una indemnización sustitutoria de 12.000 euros, cuantía en la que valora el perjuicio que, en orden a su participación en futuros procesos selectivos de personal interino, puede sufrir por acreditar menos servicios de los que realmente le habría correspondido prestar. Finalmente, solicita una indemnización de 9.000 euros como reparación de los perjuicios que en el futuro le depararán las cotizaciones sociales dejadas de percibir, correspondientes a dichos períodos.

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 en el ámbito docente, 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 el Dictamen 114/2005, 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 razonable 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 (*“podría haber optado a una mejor plaza”*), sin ofrecer datos concretos acerca de los diversos actos de adjudicación efectuados por la Administración y en qué medida en ellos se ofrecieron puestos mejores a quienes ostentaban una puntuación de 4,2722. Ello no obstante, la instructora suple con su diligencia las dificultades probatorias que un supuesto como el sometido a consulta plantea para los particulares, procediendo a solicitar al centro directivo competente para efectuar las adjudicaciones de plazas que informe acerca de la realidad de las posibilidades con que contaba la recurrente de haber obtenido mejores puestos si hubiera participado en los diferentes actos de adjudicación de plazas con la puntuación reconocida tras la estimación del recurso. En dos informes, la Dirección General de Personal repasa con rigor y precisión las circunstancias que concurrían en cada acto de adjudicación y en la reclamante, concluyendo que ésta podría haber trabajado del 17 al 23 de mayo de 2004; del 1 al 6 de junio de 2004 y los días 14 y 15 de julio de dicho año, períodos a los que no pudo optar por no contar todavía con la puntuación finalmente reconocida.

Al margen de resaltar el contraste entre estos escasos 15 días de trabajo adicional a los que pudiera haber optado la interesada y los cinco cursos académicos completos que, según ella y sin sustrato probatorio alguno, habría tenido derecho a trabajar, lo cierto es que ha quedado acreditado en el expediente que se mermaron las posibilidades de elección de plazas de la reclamante, generando con ello un daño cuya cuantificación queda diferida, por motivos sistemáticos, a su posterior consideración.

Es de resaltar aquí que, con ocasión del trámite de audiencia, la interesada no combate las conclusiones de los informes aportados al procedimiento y pretende, entonces, que se valore un daño no alegado en su reclamación inicial: el daño moral. Nada prueba, sin embargo, la reclamante acerca de la intensidad de dicho daño, ni en qué medida se ha visto afectada en sus sentimientos más íntimos, ni qué consecuencias ha tenido en su

esfera personal, más allá de la estrictamente laboral, el error cometido en la valoración de sus méritos. Debe recordarse aquí la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual 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 concurso por la Administración”* (STS, Sala Tercera, de 13 de mayo de 1991).

En consecuencia, y de acuerdo con la propuesta de resolución, no procede considerar acreditado el daño moral alegado.

II. El nexo causal.

Como ya se ha dicho, la reclamación se funda en la anulación por parte de la Consejería de Educación y Cultura de la puntuación inicialmente concedida en la lista de interinos resultante del procedimiento selectivo convocado por Orden de 10 de marzo de 2003. De conformidad con el informe de la Dirección General de Personal que consta a los folios 23 y siguientes del expediente, la referida lista de interinos entró en vigor el 19 de enero de 2004, manteniendo su vigencia hasta el 31 de agosto de 2005.

Comoquiera que la resolución invocada por la reclamante como fundamento de su solicitud únicamente afectaba a la referida lista, los actos de adjudicación habidos con anterioridad a su entrada en vigor se efectuaron tomando como referencia una lista anterior, a la que en nada afectaba la resolución del recurso interpuesto por la reclamante. En consecuencia, respecto de ellos ningún efecto podía tener la estimación del recurso planteado, pues su eficacia quedaba limitada a la lista de interinos surgida de la convocatoria de 2003. Por ello, respecto de las adjudicaciones realizadas durante los cursos 2000/2001, 2001/2002 y 2002/2003, no cabe apreciar nexo causal alguno entre el error cometido por la administración en la valoración de la interesada y el daño por ella alegado.

La interesada afirma que, contra la lista surgida de la convocatoria del año 2001, que fue utilizada para efectuar las adjudicaciones de interinidades durante los tres cursos académicos indicados, también interpuso un recurso, pero no ha acreditado que fuera resuelto en sentido favorable a sus pretensiones, ni siquiera que fuera resuelto expresamente. En consecuencia, atendido el sentido negativo del silencio administrativo que impone el artículo 43.2 LPAC para los procedimientos de impugnación de actos y dado que la interesada no consta que recurriera en la vía contenciosa la desestimación presunta de su recurso, el acto impugnado -lista de interinos surgida de la convocatoria de 2001- quedó firme, imposibilitando cualquier alteración de las puntuaciones allí establecidas, quedando en consecuencia sin fundamento la reclamación basada, precisamente, en un hipotético error de valoración que, dada la firmeza del acto, hoy ha de considerarse inexistente.

Procede, por consiguiente, declarar la inexistencia de nexo causal entre el daño alegado por la interesada y las adjudicaciones efectuadas por la Administración en los cursos 2000/2001, 2001/2002 y 2002/2003.

Del mismo modo, tampoco cabe apreciar dicho nexo causal en relación a los actos de adjudicación efectuados durante el curso 2004/2005, pues a ellos la reclamante acudió ya con la puntuación reconocida tras la estimación de su recurso en septiembre de 2004,

por lo que ningún perjuicio se le irrogaba ya que pudiera tener su causa en el error de valoración ya corregido.

Ahora bien, identificado el daño sufrido por la interesada como la merma en sus posibilidades de elección de plaza durante la vigencia de la lista de interinos surgida de la convocatoria de 2003, al verse relegada en ella como consecuencia de la errónea valoración efectuada por la Administración, resulta evidente la relación de causa-efecto existente entre la actuación administrativa en el ámbito del procedimiento selectivo y el daño padecido.

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 imponga al administrado la obligación de soportar la carga, o algún precepto legal que imponga al perjudicado el deber de sacrificarse (STS, Sala 3^a, de 10 de octubre de 1997).

No se aprecia en el presente supuesto causa justificativa alguna que legitime el deber de soportar el daño, pues éste tuvo su causa en una incorrecta aplicación de las bases de la convocatoria del procedimiento selectivo, 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 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.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

La interesada reclama por tres conceptos diferentes:

a) Retribuciones dejadas de percibir durante los días en que debió trabajar y no lo pudo hacer por no contar con la puntuación que realmente le correspondía.

Frente a la desmesurada pretensión indemnizatoria de la reclamante, huérfana de cualquier sustento probatorio que acredite su derecho a haber trabajado durante cinco cursos académicos completos, la Administración ha demostrado de forma objetiva y rigurosa que las opciones de la reclamante, de haber contado inicialmente con la puntuación de 4,2227, habrían quedado limitadas a tan sólo 15 días de trabajo adicionales.

De conformidad con la información aportada por la Dirección General de Personal, los haberes correspondientes a dicho período alcanzarían los 945,92 euros, cantidad que se estima adecuada como compensación por los días dejados de trabajar.

b) Cotizaciones sociales dejadas de ingresar durante dicho período, lo que producirá efectos perjudiciales sobre cualquier tipo de prestación a que pudiera tener derecho la interesada. Adviértase que la cantidad consignada en el apartado anterior se refiere a retribuciones íntegras, es decir, sin efectuar los descuentos de las aportaciones que en concepto de cotización corresponden al trabajador y que el empresario viene obligado a ingresar en la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 104.2 del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social. Por ello, cabe considerar que la referida cantidad ya

engloba esas cotizaciones que, en lugar de ser ingresadas en la Seguridad Social, son retribuidas directamente a la reclamante.

En cualquier caso, el daño alegado es meramente hipotético, no real y efectivo, como exige el artículo 139.2 LPAC, pues únicamente alcanzaría efectividad en el supuesto de que la interesada solicitara y tuviera derecho a alguna prestación de carácter contributivo, cuya cuantía se viera minorada por la ausencia de cotización durante los 15 días en que no trabajó.

c) Ausencia de cómputo como servicios efectivamente prestados de los días dejados de trabajar. Para la reclamante el daño es una vez más hipotético, futuro y no efectivo, pues se producirá con ocasión de su eventual concurso en procedimientos selectivos donde la prestación de servicios a la Administración sea considerada como un mérito. Una vez más, el daño sólo se produciría si la interesada obtuviera una puntuación inferior en ese futuro procedimiento como consecuencia de no computársele los 15 días en cuestión.

En consecuencia, ninguna indemnización procede conceder por este concepto.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación, al apreciar la concurrencia de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá..

DICTAMEN 42/06.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba la tipología básica, clasificación y codificación de centros, establecimientos y servicios sociales.

Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 21/03/06

Extracto de Doctrina

Este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 26/2003, sobre el Anteproyecto de la que después fue aprobada como Ley 3/2003, puso de manifiesto lo inadecuado que resultaba la supresión, respecto de la Ley 8/1985, de los servicios sociales especializados dirigidos a las mujeres y a los jóvenes. Se argumentó entonces que una Ley de Servicios Sociales no podía dejar de regular aspectos materiales relacionados con estos colectivos cuando

estuvieran insertos en medios de alto riesgo de marginación, aunque las competencias genéricas sobre aquéllos estuviesen en esos momentos ubicadas en Consejerías distintas a la que las ostentaba en materia de servicios sociales.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 15 de abril de 2005, el Secretario Autonómico de Acción Social elevó a la titular de la Consejería de Trabajo y Política Social propuesta de elaboración de un Proyecto de Decreto destinado a regular la tipología básica, clasificación y codificación de centros, establecimientos y servicios sociales, dando así cumplimiento al mandato recogido en el artículo 8.3 de la Ley 3/2003, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 3/2003), que establece que *“se determinará la tipología básica de centros y establecimientos, tanto de los servicios sociales de atención primaria como de los servicios sociales especializados reglamentariamente”*; al tiempo que se cumple también la previsión recogida en el artículo 39 del Decreto 54/2001, de 15 de junio, de autorizaciones, organización y funcionamiento del registro de entidades, centros y servicios sociales de la Región de Murcia, en el sentido de que mediante Decreto del Consejo de Gobierno se regularán los distintos tipos de actividad de centros y servicios, su sistema de codificación y numeración.

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.

- Certificado acreditativo de haber sometido el citado borrador a la consideración del Consejo Regional de Servicios Sociales, que lo informó favorablemente.

- Informe del citado Jefe de Servicio de Desarrollo Normativo, sobre la participación de los Consejos Sectoriales de Personas Mayores, Personas con Discapacidad, Infancia y Familia y Minorías Étnicas, en el Proyecto que nos ocupa.

- Informe sobre impacto de género.

- Memoria económica en la que se hace constar que la aprobación y aplicación del Decreto no generará gasto adicional alguno.

- El Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante, con fecha 15 de junio de 2005, emite informe favorable al borrador.

TERCERO.- Recabado el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES) es emitido el día 30 de junio de 2005, haciendo constar la valoración positiva que le merece *“porque el mismo viene a dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 8.3 de la Ley 3/2003, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia y al artículo 39 del Decreto 54/2001, de 15 de junio, de Autorizaciones, Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales y de la Inspección, estableciendo la tipología básica de centros y servicios sociales de atención primaria y especializada y determinando los distintos tipos de actividad así como su sistema de codificación y numeración”*, no obstante lo cual señala la conveniencia de que la Disposición Transitoria del borrador debería completarse con

el establecimiento de un plazo para la adaptación de los expedientes ya tramitados al contenido de la norma. Sugerencia que es incorporada al texto, dando así lugar a un segundo borrador.

También destaca el CES su opinión sobre la necesidad de que el Consejo de Gobierno aborde con carácter general la regulación de los requisitos mínimos de calidad que deben cumplir los diferentes centros, establecimientos y servicios sociales para los que todavía dichos requisitos no han sido establecidos, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el apartado e) del artículo 21 de la Ley 3/2003.

CUARTO.- El texto resultante fue enviado a la Dirección de los Servicios Jurídicos que emitió informe el día 9 de agosto de 2005, haciendo determinadas observaciones que, acogidas en su totalidad, dan lugar a un tercer y definitivo borrador que, debidamente autorizado, se halla unido al expediente.

QUINTO.- Con fecha 19 de octubre de 2005 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 habilitación normativa.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10. Uno, 18 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (en lo sucesivo EA). 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), cuya Disposición Final Cuarta preveía la creación de un Registro de Centros y Servicios sociales. Registro que, en la actualidad, se halla regulado por el Decreto 54/2001, de 15 de junio, de autorizaciones, organización y funcionamiento del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales de la Región de Murcia y de la Inspección, que establece en su artículo 39 que por Decreto del Consejo de Gobierno se regularán los distintos tipos de actividad de centros y servicios, su sistema de codificación y numeración.

La Ley 8/1985 fue derogada por la Ley 3/2003, texto legal este último que, en su artículo 8.3, dispone que *“se determinará la tipología básica de centros y establecimientos, tanto de los servicios sociales de atención primaria como de los servicios sociales especializados reglamentariamente”*.

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) de la Ley 3/2003.

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) de la Ley 3/2003 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.

De lo anterior resulta que la regulación que el texto pretende llevar a cabo sobre la tipología, clasificación, codificación y numeración de los centros, establecimientos y servicios sociales, encuentra, en un principio, cobertura en los preceptos legales que se han indicado, ello sin perjuicio de las precisiones que ulteriormente se realizarán.

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, justificación de no poder haberlo hecho ante los Consejos Sectoriales, dictamen del CES e informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

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 en el expediente viene suscrito por una asesora facultativa, y aunque presumiblemente pertenezca al Servicio Jurídico de la Vicesecretaría, su sola firma no puede tenerse como suficiente para entender cumplimentado este trámite, para ello es preciso que el citado informe sea visado por el titular de la Vicesecretaría.

b) En lo que se refiere al informe sobre el impacto de género de la norma que se pretende aprobar, debemos recordar que la Ley estatal 39/2003, de 13 de octubre, haciéndose eco del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias, modificó 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, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al carecer de normativa regional específica, venía aplicando 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 regional 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 el citado informe no resulte preceptivo en la elaboración de los reglamentos regionales, lo que no obsta para que, en opinión de este Consejo Jurídico, su incorporación sea aconsejable, ya que las normas reglamentarias, debido a su mayor grado de desarrollo y concreción, son más susceptibles de generar consecuencias positivas o negativas sobre los distintos ámbitos de intervención de estrategia marco comunitaria (vida económica, social, civil, roles, etc.).

c) La Disposición Adicional Segunda del Decreto núm. 95/2004, de 24 de septiembre, por el que se crean y regulan los Consejos asesores regionales de carácter sectorial de servicios sociales, establece un plazo de seis meses, a contar desde su entrada en vigor, para la constitución de dichos órganos consultivos. Como la citada norma alcanzó su vigencia el día 1 de enero de 2005 (Disposición Final Segunda), los Consejos debieron constituirse antes del día 1 de julio de 2005, de ahí que resulte necesario que se produzca el preceptivo dictamen que sobre el Anteproyecto han de emitir los citados órganos colegiados, cuyo acuerdo debe incorporarse al expediente mediante la aportación del correspondiente certificado acreditativo de su contenido.

d) Por último, debe recordarse al Departamento proponente la necesidad de otorgar audiencia a aquellas Consejerías u Organismos regionales que ostentan competencias que pudieran verse afectadas, pues se trata de un campo (el de los servicios sociales) donde convergen una multiplicidad de aspectos relativos a las áreas de sanidad, mujer, juventud, justicia, etc., competencias transversales que pudieran verse de algún modo invadidas por el catálogo que se establece, ya que si bien es cierto que todos los tipos que se contemplan tienen en común la prestación de un servicio social, muchos de ellos se refieren a prestaciones dirigidas a sectores de población sobre los que ostentan competencias otros organismos regionales, tales como el Instituto de la Mujer de la Región de Murcia, el Instituto de la Juventud de la Región de Murcia y la Consejería de Sanidad, entre otros.

II. El Proyecto objeto del presente Dictamen se compone de:

-Una parte expositiva, en la que se recoge la justificación y la finalidad de la norma que se pretende aprobar.

-Un artículo único, dividido en dos apartados. En el primero, se afirma que la tipología y clasificación de los centros, establecimientos y servicios sociales, tanto de atención primaria como especializados, así como su sistema de codificación y numeración, aparecen recogidos en el Anexo del Decreto. El segundo, dispone que los centros, establecimientos y servicios que no se hallen contemplados en el citado Anexo, y no puedan asimilarse a ninguno de ellos, serán objeto de clasificación individualizada mediante Orden del Consejero competente en materia de servicios sociales.

-Una Disposición Adicional, en la que se establece el plazo de un mes para que los centros, establecimientos y servicios ya constituidos, se adapten a la clasificación, tipología y codificación que se contienen en el Anexo.

-Una Disposición Transitoria, que determina la aplicación del contenido del Anexo a los expedientes que se encuentren en tramitación en la fecha de entrada en vigor de la norma.

-Una Disposición Final que establece que el Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BORM.

-Y un Anexo I sobre la tipología y clasificación de los centros, establecimientos y servicios sociales, que se divide en catorce apartados con las siguientes rúbricas: (A0) Atención primaria; (B) Infancia, adopción y juventud; (C) Personas con discapacidad, enfermos mentales crónicos y otras enfermedades crónicas y/o degenerativas; (D0) Personas mayores; (E) Mujeres; (F0) Drogodependencias; (G0) Reclusos y exreclusos; (H0) Españoles retornados; (I0) Minorías étnicas; (J0) Personas en situación de emergencia, riesgo o exclusión social; (K0) Refugiados y/o asilados; (L0) Inmigrantes; (M0) Familias; (N00) Voluntariado.

III. La sistemática seguida por el Anteproyecto no se ajusta a las reglas de una buena técnica normativa. En efecto, nos encontramos, sin lugar a dudas, ante una norma de las denominadas aprobatorias de reglamentos, estatutos, normativa técnica, etc. En el presente caso el Decreto objeto del Dictamen tiene como finalidad la aprobación de la tipología, clasificación y codificación de los centros, establecimientos y servicios sociales, y así se desprende de la memoria justificativa, de la exposición de motivos e, incluso, de la confusa redacción del único artículo de su parte dispositiva.

Admitida así la naturaleza de la norma que se pretende aprobar, las reglas de carácter sistemático que han de cumplirse se contienen en el apartado II, c) de 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).

Según se establece en las Directrices 91 y siguientes, el título de este tipo de decretos indicará que se trata de un proyecto de esta naturaleza, requisito que sí cumple la disposición que se pretende aprobar.

Por otro lado, el único artículo del que debe constar la parte dispositiva se titulará “Aprobación del/de la ...”, y en su contenido figurará expresamente la aprobación del reglamento, norma técnica, estatuto... de que se trate, y se anunciará que su texto se

incluye a continuación. Según lo anterior, el apartado 1 del Artículo único del Proyecto debe redactarse del siguiente modo:

“Artículo único.- Aprobación de la tipología básica, clasificación, codificación y numeración de los centros, establecimientos y servicios sociales”.

1. Se aprueba la tipología básica y la clasificación de los centros, establecimientos y servicios sociales, tanto de atención primaria como especializados, así como su sistema de codificación y numeración, que se inserta a continuación”.

Además, por imperativo de la Directriz 47 *“no deberá considerarse ni denominarse anexo, tal como se definen en estas directrices, el texto refundido o articulado, el reglamento, estatuto, norma, etc., que se aprueba mediante la disposición, aunque aparezca en el mismo lugar que el anexo”.* Consecuentemente deberá eliminarse la denominación de anexo dada a la clasificación que se pretende aprobar.

Por último, 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).

CUARTA.- Análisis jurídico del contenido del Proyecto.

En el contenido del Proyecto podemos distinguir dos partes: una constituida por la norma aprobante y otra en la que se recoge la tipología, clasificación, codificación y numeración de centros, establecimientos y servicios sociales.

I. La primera de ellas plantea, a juicio de este Órgano Consultivo, las siguientes cuestiones:

a) El apartado 2 del artículo 1 establece que *“aquellos Centros, Establecimientos y Servicios que no se hallen contemplados en el citado Anexo, y no puedan asimilarse a ninguno de ellos, serán objeto de clasificación individualizada. La determinación de su tipología, clasificación y codificación se hará por Orden del Consejero competente en materia de servicios sociales”.*

El Consejo de Gobierno es el órgano que tiene atribuida la competencia para el desarrollo reglamentario de la Ley 3/2003 (apartado a) del art. 21 de dicho texto legal) y, por tanto, para determinar la clasificación, tipificación y codificación de los centros, establecimientos y servicios sociales. Pues bien, el precepto que se analiza desplaza esta competencia hacia el Consejero titular del Departamento que ostente las relativas a servicios sociales, en aquellos supuestos en los que aparezca un centro, establecimiento o servicio, que no sea posible encajar en alguno de los numerosos tipos que se contienen en el Decreto. Aunque ante la exhaustiva relación establecida en la norma resulte difícil pensar que surja una actividad que no esté contemplada en ella, la eventualidad puede producirse y resulta, pues, adecuado prever la actuación que proceda ante tal circunstancia. Lo que no resulta ajustado es la derivación que el Proyecto hace de dicha potestad hacia el Consejero que, en ningún caso, puede venir justificada por la presumible excepcionalidad del supuesto al que se trata de dar respuesta. Para que esta posibilidad fuese admisible sería necesaria una habilitación legal al efecto, cuya ausencia no puede ser sustituida por la habilitación específica que el Proyecto pretende que le sea concedida por el Consejo de Gobierno. No se puede perder de vista el hecho de que la “clasificación individualizada” a la que se refiere el Proyecto constituiría la introducción

de una nueva categoría en la tipología que ahora se pretende aprobar y, por lo tanto, su declaración constituiría el ejercicio por el Consejero de la potestad reglamentaria que originariamente viene atribuida al Consejo de Gobierno, posibilidad cuya inviabilidad ya fue profusamente analizada en nuestro Dictamen núm. 65/2005.

b) Según las recientemente aprobadas Directrices de Técnica Normativa a las que antes se hacía referencia, las disposiciones transitorias de una norma tienen como objeto facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación contemplada en dicha norma; añadiendo que en ellas se incluirán, entre otros, los preceptos que declaren la aplicación retroactiva o inmediata de la norma nueva para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor (directriz 40).

La finalidad de las Disposiciones Adicional y Transitoria de la norma cuyo análisis nos ocupa, es fijar un plazo dentro del cual los centros, establecimientos y servicios ya constituidos, se ajusten a la tipología y clasificación que aprueba el Proyecto que se pretende aprobar (Disposición Adicional), así como declarar la aplicación de dicha tipología y clasificación a los expedientes en trámite a la entrada en vigor del Decreto (Disposición transitoria). Pues bien, ambas previsiones participan de la naturaleza propia de las disposiciones transitorias y, por lo tanto, deben recogerse en una sola disposición de este tipo con dos apartados o, si se prefiere, en dos disposiciones transitorias distintas.

c) Consecuentemente a la nueva redacción que debe darse al apartado 1 del artículo único en los términos que se indican en la Consideración Tercera *in fine*, deben eliminarse las referencias al Anexo contenidas en el texto, cambiándolas por las que, para cada precepto, se indican a continuación:

-Actual Disposición Adicional: Se suprimirá la expresión "...que se contiene en el anexo de esta norma...", sustituyéndola por la de "...aprobados por el presente Decreto...".

-Disposición Transitoria: Se sustituirá la expresión "...expresada en el Anexo del presente Decreto...", por la más correcta de "...aprobados por el presente Decreto".

d) La Disposición Final 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.

II. La segunda, es decir, aquella por la que se efectúa la clasificación, tipología, codificación y numeración de los centros, establecimientos y servicios sociales, podría considerarse, en principio, una cuestión rigurosamente técnica, cuya garantía de acierto residiría en la opinión de los expertos que lo han elaborado. Sin embargo, una detenida lectura de su contenido evidencia cuestiones de índole jurídica, alguna de ellas, como veremos inmediateamente, de hondo calado:

a) En lo que se refiere al título, además de la supresión de la expresión "Anexo I", que resulta obligada a tenor de la citada Directriz 47, en su denominación se ha de eliminar la palabra "propuesta", y ha de modificarse su leyenda de forma que abarque la totalidad

de su contenido con una redacción igual o similar a la siguiente: “Tipología básica y clasificación de los centros, establecimientos y servicios sociales, tanto de atención primaria como especializados, así como su sistema de codificación y numeración”.

b) A tenor de lo establecido en el artículo 10.1 de la Ley 3/2003, los servicios sociales especializados desarrollarán actuaciones y establecerán equipamientos para los siguientes sectores de población: familia; infancia; personas mayores; personas con discapacidad; inmigrantes; minorías étnicas; personas en situación de emergencia, riesgo o exclusión social; cualquier otro colectivo o situación de exclusión que así lo requiera.

Este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 26/2003, sobre el Anteproyecto de la que después fue aprobada como Ley 3/2003, puso de manifiesto lo inadecuado que resultaba la supresión, respecto de la Ley 8/1985, de los servicios sociales especializados dirigidos a las mujeres y a los jóvenes. Se argumentó entonces que una Ley de Servicios Sociales no podía dejar de regular aspectos materiales relacionados con estos colectivos cuando estuvieran insertos en medios de alto riesgo de marginación, aunque las competencias genéricas sobre aquéllos estuviesen en esos momentos ubicadas en Consejerías distintas a la que las ostentaba en materia de servicios sociales. Pues bien, tal sugerencia no fue acogida y el texto vigente, como se ha señalado en el párrafo anterior, no recoge a estos colectivos como sectores de población destinatarios de los servicios sociales especializados.

Cierto es que, a pesar de esta exclusión, la Ley 3/2003, incluye en el citado artículo 10.1 dos apartados genéricos, a modo de cláusula de cierre, que permitirían atender a cualquier colectivo en riesgo de exclusión social, pero ello ha de interpretarse desde un riguroso respeto hacia las competencias ostentadas por otras Administraciones o por otros organismos pertenecientes a la Administración Autonómica.

Pues bien, en la prolija relación que comprende la clasificación que se pretende aprobar se observa la invasión de alguna de estas competencias. Así, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 12/2002, de 3 de diciembre, de creación del Instituto de la Mujer, corresponde a este organismo, entre otras, las siguientes funciones: el desarrollo y la promoción de actuaciones integrales encaminadas a la erradicación de la violencia de género, incluyendo medidas de prevención, protección e inserción social de las víctimas [apartado b)], así como la ordenación y planificación de centros e instalaciones para la mujer, y la gestión de aquellos de titularidad regional adscritos al Instituto de la Mujer de la Región de Murcia [apartado h)]. De acuerdo con esta previsión legal la competencia sobre los Centros de acogida para mujeres (E002), o sobre las Viviendas colectivas para mujeres (E005), entre otros, corresponde al citado Instituto de la Mujer y, por lo tanto, su inclusión en el catálogo de centros, establecimientos y servicios sociales constituye una invasión de las competencias de dicho Instituto.

Otro tanto cabe decir sobre las competencias atribuidas al Instituto de la Juventud por la Ley 13/2002, de 4 de diciembre, de creación de dicho Instituto, entre las que figura la ordenación y planificación de centros e instalaciones juveniles (apartado h) del artículo 4), que también pueden resultar conculcadas por la clasificación que se pretende aprobar (apartado (B2) Juventud).

Idéntica consideración merece el apartado (F0) Drogodependencias, que clasifica y cataloga una serie de centros y servicios que tienen como destinatarios a las personas drogodependientes, cuando las competencias en esta materia las ostenta la Consejería de

Sanidad, según reza el artículo 1 del Decreto núm. 105/2004, de 22 de octubre, por el que se establecen los Órganos Básicos de dicha Consejería.

Igualmente se estarían invadiendo las competencias que a la Consejería de Sanidad otorga el artículo 6 de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia, en relación con los centros, establecimientos y servicios sanitarios. O las del la Dirección General de Instituciones Penitencias del Ministerio del Interior, en materia de reclusos.

Todo lo anterior obliga a revisar cuidadosamente la clasificación y catalogación que se pretende aprobar, al objeto de limitarla a aquellos centros, establecimientos y servicios dirigidos a los sectores de población a los que se refiere el artículo 10.1 de la Ley 3/2003, y si la lista resultante incluyese centros o servicios destinados a colectivos sobre los que ejerciesen competencias transversales otras Administraciones u otros Departamentos u organismos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, deberá otorgárseles trámite de audiencia.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Proyecto de Decreto por el que se pretende aprobar la tipología básica, clasificación, codificación y numeración de centros, establecimientos y servicios sociales no debe ser sometido, en su redacción actual, a aprobación del Consejo de Gobierno.

SEGUNDA.- Para que la tipología básica, clasificación, codificación y numeración pueda considerarse ajustada a la habilitación legal contenida en la Ley 3/2003, deberán excluirse aquellos centros, establecimientos o servicios de titularidad de otras Administraciones o de otras Consejerías u organismos autonómicos distintos del Departamento proponente.

Asimismo, si en la clasificación resultante apareciesen centros o servicios dirigidos a sectores de la población sobre los que ejerciesen competencias transversales otros organismos públicos, deberá concedérseles trámite de audiencia.

TERCERA.- También han de considerarse observaciones de carácter esencial las siguientes:

-La realizada sobre la necesidad de incorporar la certificación acreditativa de que el Proyecto ha sido sometido a la consideración de los Consejos asesores regionales de carácter sectorial de servicios sociales.

-La realizada sobre la necesidad de que el apartado 1 del Artículo Único se redacte de forma tal que conste expresamente que el objeto del Decreto es la aprobación de la tipología básica, clasificación, codificación y numeración de los centros, establecimientos y servicios sociales. Para ello puede acogerse la redacción que se propone en la Consideración Tercera.

-La realizada sobre la inviabilidad de atribuir al Consejero la competencia para efectuar una clasificación individual, cuando las características del centro, establecimiento o servicio no coincida con las categorías aprobadas por el Decreto (apartado I, a) de la Consideración Cuarta).

-La realizada sobre la necesidad de sustituir el título bajo cuya rúbrica se contiene la tipología básica, clasificación, codificación y numeración de los centros, establecimientos y servicios sociales que el Decreto aprueba, en los términos que se señalan en el apartado II, a) de la Consideración Cuarta.

CUARTA.- Recomendamos introducir el resto de correcciones que, por razón de una mejor sistemática o redacción, se sugieren en las Consideraciones del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 43/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 21/03/06

Extracto de Doctrina

Sentado que para la reclamación de reintegro de gastos resulta compatible el ejercicio de la citada vía específica con su solicitud en un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cabe indicar que, tal como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen núm. 2.850/2003, de 30 de octubre), para el éxito de la acción de responsabilidad ejercitada es preciso que quede acreditado que la asistencia sanitaria prestada por la Administración ha originado al interesado perjuicios que éste no tenga la obligación de soportar. En este sentido, se ha de examinar si, como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios regionales (concretamente, de un error de diagnóstico o de una denegación de asistencia), se ha producido el daño que el interesado alega, es decir, el perjuicio económico resultante de acudir a la medicina privada para recibir tratamiento y ser sometido a intervención quirúrgica.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 9 de diciembre de 2003, D. A. R. H. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) por los daños que aduce sufridos por la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia. Los hechos en los que fundamenta su solicitud son, en síntesis, los siguientes:

1. El día 1 de enero de 1999, acudió al Servicio de Urgencias del citado Hospital aquejado de fuerte dolor en el ojo derecho. Desde el primer momento la afección fue

diagnosticada como queratitis herpética, aunque después de tres meses de tratamiento no sólo no se produjo mejoría alguna, sino que debido a su extrema agresividad originó que la catarata congénita del paciente se agitate, lo que provocó que, posteriormente, se hiciera necesaria una intervención quirúrgica.

2. El día 20 de marzo de 1999, sin que mediase explicación alguna, se cambió el tratamiento, lo que le hizo recelar acerca del diagnóstico dado.

3. El día 5 de abril, la Dra. H. M. le aconsejó que se trasladara urgentemente al Instituto de Microcirugía Ocular de Barcelona (IMO), como única manera de salvar el ojo infectado, a cuyo efecto la citada doctora emitió informe en el que se hace referencia a una reciente sospecha de infección acantamoeba que no había podido ser tratada y/o cultivada.

4. El 6 de abril, el paciente es atendido en el IMO donde, tras realizar un raspado para frotis y cultivo de la ameba, se instauró un tratamiento de choque, gracias al cual el reclamante, aunque muy lentamente, pudo hacer frente a la infección.

5. Tras trece meses de tratamiento y desplazamientos a Barcelona, el día 30 de mayo de 2000 se le practicó una queratoplastia penetrante (trasplante de córnea) y el 21 de mayo de 2001 se realizó cirugía de la catarata y se le implantó una lente intraocular.

6. Tras año y medio de controles médicos, con los consiguientes desplazamientos a Barcelona, fue dado de alta el día 12 de diciembre de 2002.

Por todo lo expuesto, considera el interesado que la mala *praxis* del servicio público sanitario le ha originado unos daños, que concreta en el coste de la asistencia de la medicina privada a la que se vio obligado a acudir, que valora en 6.505,72 euros, cantidad que solicita en concepto de indemnización.

Adjunta a su escrito informe de la Dra. H. M. y diversa documentación relativa a la asistencia sanitaria que se le prestó en el IMO, con factura de los servicios recibidos en dicho Instituto.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designado órgano instructor mediante Resolución del Director Gerente del SMS, aquél solicita del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca la copia cotejada de la historia clínica y los informes de los profesionales que atendieron al reclamante; al mismo tiempo comunica a este último 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.- Mediante escrito presentado en el Registro General de la Consejería el día 10 de febrero de 2004, el reclamante propone prueba documental consistente en que se den por reproducidos los que se acompañaban al escrito de reclamación, así como testifical de la Dra. H. M. y, finalmente, también testifical del representante del IMO y del Dr. J. L. G., éstos sólo para el supuesto de que no se tengan por ciertos y verdaderos las facturas e informes por ellos emitidos y que se acompañaban al escrito de reclamación.

CUARTO.- La Unidad de Gestión de Riesgos Sanitarios del Hospital Virgen de la Arrixaca envía la historia clínica relativa al paciente Sr. R. H., integrada por la siguiente documentación:

a) Copia del informe emitido por la Dra. H. M. el día 5 de abril de 1999, al que hacía referencia el interesado en su reclamación, en el que se señala que el paciente fue diagnosticado de queratitis herpética el día 1 de enero de 1999, aunque con el tratamiento correcto, su evolución fue atípica. Añade que *“desde hace 15 días sospechamos infección por ACANTAMOEBAS, aunque no ha podido ser aislada y/o cultivada”*.

b) Historia del paciente que comprende las asistencias prestadas desde el día 4 de marzo de 1999 hasta el 30 de junio de dicho año.

c) Escrito del Servicio de Suministros de Medicamentos del Ministerio de Sanidad y Consumo, autorizando el suministro de Brolene sol. Oft.10 ml.

d) Informe de los Dres. H. M. y F. M., en el que indica lo siguiente:

“ANTECEDENTES

1.- Varón de 30 años de edad en la actualidad, que fue tratado en CEX de Oftalmología desde el 4 de marzo de 1999 hasta el 16 de junio de 1999, por la Dra. M. H. M.. Anteriormente había sido asistido desde el 1 de enero de 1999, por los Dres. O. A. y F. M..

2.- El proceso ocular del cual estaba siendo tratado fue una Queratopatía del Ojo Derecho, en un paciente portador de lentes de contacto blandas. Además presentaba Catarata Congénita bilateral.

3.- La patología Corneal del Ojo Derecho consistió desde el primer momento en una Queratitis que afectaba a todo el espesor corneal, con la presencia de episodios de defecto epitelial dendritiforme, que simulaban una QUERATITIS HERPÉTICA de evolución tórpida. Por este motivo fue tratado con Antivíricos sistémicos y tópicos, Antiinflamatorios y Atropina tópica.

4.- El estudio bacteriológico del exudado lacrimal fue negativo, según consta en el informe n° 698864 de Microbiología de fecha 26 de marzo de 1999.

5.- Ante la mala evolución del cuadro clínico, se valora la posibilidad de una infección por Acanthamoeba, dado que el paciente practicaba natación con las lentes de contacto puestas. Hay que señalar que la Queratitis por Amebas en pacientes portadores de lentes de contacto, siempre simulan una Queratitis por Herpes (Queratitis pseudoherpética), que hacen que el diagnóstico se retrase, como ocurrió también en este caso.

6.- El paciente acude a un Centro privado de Barcelona (IMO) para valoración y tratamiento de su enfermedad, siendo diagnosticado de probable infección Corneal por Acanthamoeba, e iniciando tratamiento Médico empírico con Brolene y Clorhexidina.

7.- A partir del 9 de abril de 1999 el paciente nos comunica su decisión de ser asistido en esta Consulta, para pedir el Colirio de Brolene a través del Servicio de Farmacia por tratarse de una medicación extranjera que no se comercializa en España, además de ir valorando el efecto de la nueva terapia para no tenerse que desplazar a Barcelona con asiduidad.

8.- El 16 de junio de 1999 existe la última recogida de datos de la situación clínica del paciente, por tanto desconozco su evolución posterior y su situación actual.

CONCLUSIÓN:

Consideramos que la asistencia prestada a D. A. R. H. durante los primeros meses del año 1999 fue correcta. El retraso en el diagnóstico es una cualidad de esta enfermedad,

que ocurre en todos los casos porque provoca una Queratitis Pseudoherpética, que al ser mucho más frecuente que la Queratitis por Amebas, hace que el primer tratamiento sea con Antivíricos, que efectivamente no es el tratamiento adecuado para las Amebas.

El tratamiento recibido desde abril de 1999 con cirugía (Queratoplastia y cirugía de la catarata), no fue indicado en este Servicio.”

QUINTO.- El día 20 de julio de 2004 tiene entrada en el SMS escrito del reclamante, al que una factura del IMO de fecha 18 de junio de 2004, correspondiente a la revisión efectuada dicho día, con el objeto de que se incorpore al expediente.

SEXTO.- La Inspección Médica emite informe el día 29 de diciembre de 2004, en el que, tras resumir la reclamación, las actuaciones practicadas, los informes de los médicos intervinientes y la historia clínica del paciente, concluye lo siguiente:

“1.- El diagnóstico y tratamiento tardío de la queratitis por Acanthamoeba parece ser una constante en esta patología. Ello es debido a la escasa incidencia de este tipo de queratitis y su confusión con las producidas por herpes simple, o las primeras fases de las fúngica o bacteriana, mucho más frecuente, lo que hace que el diagnóstico etiológico se retrase muchas veces, hasta que las anteriores posibilidades han sido descartadas. Descartadas otras etiologías, ante la evolución tórpida constatada, la presunción de queratitis por Acanthamoeba y teniendo en cuenta los factores de riesgo presentes (varón portador de lentes y que practicaba natación con las lentes puestas), se le pone tratamiento para Queratitis por Acanthamoeba. Posteriormente se confirma el diagnóstico. Considero que hay un retraso en el diagnóstico pero que este caso no se puede decir que haya una mala praxis.

2.- D. A. R. H., acude a un centro privado, sin que haya habido denegación injustificada de asistencia (sigue siendo atendido después del día 6 de abril de 1999) y sin utilizar la vía adecuada para el reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por los servicios ajenos a la Seguridad Social.

3.- Por otro lado se podría justificar la asistencia sanitaria, en caso de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, supuestos en los que no podemos incluir el trasplante de córnea del caso que nos ocupa y que se realiza casi un año después de la primera consulta al centro privado, ni la cirugía de cataratas.”

SÉPTIMO.- Evacuado trámite de audiencia por los interesados, reclamante y compañía aseguradora, el primero presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifiesta lo siguiente:

1. Que en la historia clínica faltan informes médicos, de los que se hubiera desprendido de forma más determinante la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. Que el diagnóstico correcto desde un principio hubiera evitado los resultados dañosos que ha tenido que soportar.

3. Que el traslado al IMO fue una decisión de la Dra. H. M., ante la urgente necesidad vital de recibir el tratamiento adecuado que evitara la pérdida del ojo afectado.

4. Que la práctica de la prueba testifical de la Dra. H. M., que se propuso en su momento y que no ha sido aceptada por la instructora, resultaría fundamental para esclarecer las circunstancias que le llevaron a adoptar la decisión de ser examinado en el IMO.

OCTAVO.- La Compañía de Seguros, por su parte, envía informe de las Dras. M. M. y M. R., especialistas en Oftalmología, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que se indican, concluyen que:

“PRIMERA. El reclamante presentó, durante los primeros dos meses y medio, un cuadro clínico que tenía las características clásicas de la queratitis por el virus del herpes simplex, y que no presentaba, según la historia clínica, ningún signo ni síntoma típico de la queratitis por Acanthamoeba.

SEGUNDA. Es frecuente, y no se puede considerar como mala praxis, que el diagnóstico de la queratitis por Acanthamoeba se retrase durante meses, ya que los signos y síntomas iniciales no son característicos de esta enfermedad, y además simulan queratitis por otros gérmenes, en particular por el virus del herpes simplex, como ocurrió en este caso. Además, las pruebas de laboratorio para confirmar dicha infección tardan semanas en ofrecer resultados definitivos, y con frecuencia son informadas como negativas (como ocurrió en este caso), ya que la Acanthamoeba es un germen difícil de aislar en el laboratorio.

TERCERA. El tratamiento que se pautó inicialmente, para la sospecha de queratitis por herpes simplex, era el adecuado para dicho juicio clínico, por lo que consideramos que está fuera de lugar afirmar que era un tratamiento demasiado agresivo, que agravó la catarata congénita del reclamante. Además, una inflamación aguda y severa del ojo, como ocurrió en este caso por la Acanthamoeba, es más cataratogénica que la lenta acción de los corticoides.

CUARTA. La evolución del cuadro clínico en el tiempo, con la tórpida respuesta al tratamiento pautado, y la aparición de signos que no encajaban en el juicio clínico de queratitis herpética, hicieron sospechar una queratitis por Acanthamoeba spp, y se solicitaron cultivos para demostrar dicha infección. Los cultivos fueron informados como negativos, ya que la Acanthamoeba es un germen difícil de aislar en el laboratorio.

QUINTA. No existe constancia de que desde la Sanidad Pública se derivase al reclamante a la Sanidad Privada, tal y como el reclamante afirma en su escrito. En la Sanidad Pública existen y se aplican los tratamientos médicos y quirúrgicos establecidos actualmente en la Comunidad Científica para el tratamiento de la queratitis por Acanthamoeba, por lo que el reclamante podía haber obtenido en el sistema de sanidad público el mismo tratamiento que obtuvo en la Sanidad Privada, sin ningún coste económico para él”.

NOVENO.- Como consecuencia de haberse incorporado al expediente el informe médico remitido por la entidad aseguradora, se procede a conceder al interesado un nuevo trámite de audiencia, en el que comparece mediante escrito en el que pone de manifiesto la parcialidad que, a su juicio, adolece el informe pericial que se emite sin tan siquiera haber examinado al paciente. Por otro lado, reitera la importancia de practicar la prueba testifical que, en su momento, se propuso.

DÉCIMO.- El órgano instructor del SMS emite propuesta de resolución en la que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones jurídicas que estimó oportunas, justifica la innecesariedad de practicar la prueba testifical de la Dra. H. M. por obrar en el expediente informe suscrito por ella e indica que la alegada mutilación de la historia clínica no ha sido probada, concluye afirmando que procede desestimar la reclamación, al no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

UNDÉCIMO.- Con fecha 16 de mayo de 2005 tiene entrada en este Consejo Jurídico oficio del Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Sanidad (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), solicitando el preceptivo Dictamen, acompañando el expediente administrativo.

DUODÉCIMO.- El día 14 de noviembre el Consejo Jurídico emite su Dictamen 159/2005, en el que concluye que procede devolver el expediente para que se complete la instrucción con un informe complementario de la Dra. H. M. por el que se despejase la duda que se suscita sobre el hecho de si fue ella la que aconsejó al reclamante su traslado al IMO.

DECIMOTERCERO.- Completada en dicho sentido la instrucción, se incorpora al expediente informe de la citada Dra. en el que, textualmente, afirma lo siguiente:

“En relación a la petición de respuesta sobre si se aconsejó al reclamante, D. A. R. H. su traslado al IMO (Instituto de Microcirugía Ocular-Barcelona) se consulta la historia clínica, no existiendo referencia alguna sobre tal decisión”.

DECIMOCUARTO.- Concedido nuevo trámite de audiencia a las partes, la aseguradora Z. no hace uso de él. Sí que comparece el reclamante presentando escrito de alegaciones mediante el que, en síntesis, afirma que la Dra. H. M. en su informe complementario no niega directamente el hecho controvertido, es decir, si fue ella quien aconsejó al reclamante que acudiera al IMO. Añade que la reticencia de dicha facultativa a admitir expresamente que así fue se debe a su dependencia de la Administración sanitaria regional, de la que es funcionaria.

DECIMOQUINTO.- Seguidamente por el órgano instructor se formula nueva propuesta de resolución en la que tras analizar el informe incorporado al expediente, concluye que su contenido confirma que la pretendida remisión nunca se produjo, porque de ser así debería haber quedado constancia en la historia clínica y, por lo tanto, se ratifica en su primera propuesta desestimatoria al no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

DECIMOSEXTO.- El día 23 de febrero 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 presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación y plazo de reclamación.

Tal como se señalaba en nuestro Dictamen 159/2005, la acción ha sido ejercida por quien está legitimado para ello, es decir, por el Sr. R. H., que habría sufrido los perjuicios

imputados a la actuación administrativa sanitaria recibida en un hospital dependiente de la Administración regional. Esta última circunstancia permite, asimismo, afirmar la legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. También se indicaba en dicho Dictamen que la acción de responsabilidad había sido ejercida 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 el reclamante fue dado de alta en el IMO.

TERCERA.- Procedimiento.

El reclamante ciñe su reclamación al reintegro de los gastos médicos ocasionados en la sanidad privada, a la que dice se vio obligado a acudir por un error de diagnóstico en la pública. Dicha pretensión indemnizatoria ha sido tramitada conforme a los artículos 139 y siguiente LPAC, se debe, pues, examinarla desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque la vía específica normativamente establecida para reclamar el reintegro de gastos sea la contenida en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Sentado que para la reclamación de reintegro de gastos resulta compatible el ejercicio de la citada vía específica con su solicitud en un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cabe indicar que, tal como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen núm. 2.850/2003, de 30 de octubre), para el éxito de la acción de responsabilidad ejercitada es preciso que quede acreditado que la asistencia sanitaria prestada por la Administración ha originado al interesado perjuicios que éste no tenga la obligación de soportar. En este sentido, se ha de examinar si, como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios regionales (concretamente, de un error de diagnóstico o de una denegación de asistencia), se ha producido el daño que el interesado alega, es decir, el perjuicio económico resultante de acudir a la medicina privada para recibir tratamiento y ser sometido a intervención quirúrgica; circunstancia que será objeto de análisis en la siguiente Consideración.

CUARTA.- 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) y este Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes núms. 49/2001, 97/2003 y 41/2005), 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.

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 interesado alega (es decir, el perjuicio económico resultante de acudir a la medicina privada para ser atendido e intervenido quirúrgicamente). 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.

De la historia clínica y de los informes obrantes en el procedimiento cabe significar que el paciente recibe por primera vez asistencia sanitaria en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca el día 4 de marzo de 1999, aunque desde el día 1 de enero de dicho año había sido tratado por otros doctores. Desde el principio el Sr. R. H. presentó una queratopatía (alteración de la córnea) con afectación de todo el espesor corneal, con episodios de defecto epitelial dendritiforme, que simulaba una queratitis herpética, patología de la que fue diagnosticado. A la vista de la sintomatología que presentaba el paciente, unido al hecho de padecer una catarata congénita bilateral, dicho diagnóstico inicial resultaba adecuado (informes de la Inspección Médica y de los peritos de la compañía aseguradora). A mediados de marzo, ante la mala evolución del cuadro clínico y dado que el paciente practicaba natación con las lentes de contacto puestas, se sospecha que la causa de la queratitis fuese una infección por *acanthamoeba*, por lo que se solicitaron cultivos para comprobar tal posibilidad, y aunque los resultados fueron negativos al ser la *acanthamoeba* un germen difícil de aislar en el laboratorio, el día 31 de marzo le fue modificada la medicación. A pesar de que en la historia clínica no aparece ninguna otra anotación hasta el día 9 de abril, el día 5 de ese mes la Dra. H. M. emitió informe clínico en el que se describe la evolución de la dolencia y el tratamiento al que estaba siendo sometido en ese momento (folio 42). El día 6 de abril el paciente, sin que aparezca en su historia clínica dato alguno de que así le fuese prescrito (folio 134), decide acudir a la medicina privada, más concretamente al IMO.

Pues bien, el retraso de dos meses y medio en diagnosticar la dolencia que realmente padecía el reclamante, es considerado por todos los facultativos que han emitido informe en el expediente (Dra. H. M., Inspector Médico y peritos de la aseguradora), como algo frecuente y no constitutivo de mala praxis médica, *“ya que los signos y síntomas iniciales no son característicos de esta enfermedad (la queratitis por acanthamoeba), y además simulan queratitis por otros gérmenes, en particular por el virus del herpes simple, como ocurrió en este caso. Además, las pruebas de laboratorio para confirmar dicha infección tardan semanas en ofrecer resultados definitivos, y con frecuencia son informadas como negativas, ya que la Acanthamoeba es un germen difícil de aislar en el laboratorio”* (folio 84).

Según destaca el Inspector Médico en su informe, el paciente se encontraba en proceso de diagnóstico al no haberse podido aislar la *acanthamoeba*, cuando decide voluntariamente abandonar la sanidad pública y acudir a la privada, sin que el reclamante haya desplegado actividad probatoria alguna de haber sido derivado por los servicios públicos sanitarios, ya que su afirmación de que así lo hizo la Dra. H. M. se ve enervada por el informe de dicha facultativa en el que niega tal circunstancia con apoyo en la falta de constancia en la historia clínica del paciente sobre esa supuesta remisión.

Por lo tanto, no se ha acreditado que el retraso en el diagnóstico haya excedido de lo razonable ante los síntomas que presentaba el paciente y el lapso de tiempo transcurrido; por otra parte, tampoco se ha acreditado la incidencia negativa que haya tenido el alegado retraso en el diagnóstico con la evolución de la enfermedad ni en la necesidad de la posterior intervención quirúrgica; y, por último, tampoco se ha probado que la Dra. H. M. derivara al Paciente al IMO.

Finalmente, en relación con la imputación del reclamante de que la historia clínica ha sido “*mutitada*”, que es cuestionada por el órgano instructor por tratarse de alegaciones infundadas, cabe señalar que tal circunstancia 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.

Partiendo de estas consideraciones, cabe entender que en el presente caso el SMS prestó una asistencia sanitaria ajustada a los estándares de actuación razonablemente exigibles, sin que pueda imputarse causalmente al funcionamiento de la Administración el abandono de los servicios públicos sanitarios por el reclamante y, en consecuencia, el daño cuyo resarcimiento se pretende.

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 indemnización.

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 44/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. F. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 21/03/06

Extracto de Doctrina

La atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “lex artis ad hoc” o módulo rector

de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de enero de 2004, D. F. F. M., de 81 años de edad, y sus hijos D. J. y D. C. F. R., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial, al estimar que hubo negligencia médica al no diagnosticarle a D. F. F. M. (en lo sucesivo el paciente) una fractura-luxación de Monteggia del codo izquierdo, pese al dolor intenso que sufría, cuando ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen del Castillo de Yecla para ser tratado de las lesiones provocadas por un accidente de tráfico, ni tampoco posteriormente (tras varias semanas). Por el contrario, afirman, sí fue diagnosticado de una fractura en la cadera y de la 5ª costilla en el arco distal.

Señalan que, como consecuencia de la falta de diagnóstico de la fractura del codo izquierdo, el paciente presenta las secuelas de anquilosis dolorosa del codo izquierdo (de 80°), por la que debe llevar ostesis inmovilizadora (inoperable e irreversible), y limitación de la movilidad del hombro izquierdo (60%, irreversible), sin que pueda hacerse por sí mismo las tareas más esenciales de la vida para lo que necesita a alguien que le preste ayuda.

Solicitan una indemnización para el paciente a concretar posteriormente (por las secuelas descritas y la incapacidad permanente absoluta) y 109.987,87 euros para cada uno de sus hijos.

Por último acompañan un informe médico del Gabinete C., S.L., suscrito por el Dr. D. F. L. P., Catedrático de Cirugía Ortopédica y Traumatológica de la Universidad Miguel Hernández, de Elche, que recoge las secuelas que presenta el paciente, y que proponen como prueba documental conjuntamente con la historia clínica.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de febrero de 2004, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, la cual se notificó a los reclamantes el 12 siguiente.

En la misma fecha, se notificó la reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria, a la compañía de seguros a través de la correduría de seguros, y al Director Gerente del Hospital Virgen del Castillo de Yecla, para que remitiera copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente

TERCERO.- Consta la historia clínica de éste en el Hospital Virgen del Castillo, integrada por los folios 19 a 233 del expediente, de la que reproducimos algunos párrafos del informe de alta correspondiente al 31 de enero de 2003, tras su ingreso por accidente de tráfico (el 4 anterior):

1. Motivo de Ingreso.

“Paciente que ingresa de urgencias tras accidente de tráfico. A su ingreso presenta fractura de acetábulo derecho y fractura subcapital de cadera empotrada, y fractura del arco costal 5ª costilla del lado derecho”.

2. Exploraciones Complementarias.

“Ha sido visto durante su ingreso por los Servicios de Medicina Interna y Otorrinolaringología”.

3. Diagnóstico Principal.

“Fractura de acetábulo derecho más subcapital de cadera. Fractura de 5ª costilla lado derecho”.

4. Diagnósticos secundarios.

“Se decide por tratamiento conservador de su fractura acetabular, 3 semanas de tracción en régimen de ingreso, y otras 3 semanas a domicilio mediante férula de Thomas para posteriormente ver posibilidad de tratamiento mediante P.T.C.”

CUARTO.- A petición de la instructora, el Hospital Virgen del Castillo de Yecla remite, el 7 de abril de 2004, informes de la Dirección Médica, del Jefe de Sección de Traumatología, Dr. R. S., y del Dr. J. J. S., médico adjunto del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología.

En su informe, el Director Médico señala: *“Según consta en la historia clínica y en los informes de los facultativos, el paciente no se quejó durante sus hospitalizaciones de molestias en el miembro superior izquierdo.”*

El Dr. R. S. hace constar:

“El paciente arriba mencionado fue ingresado en este Servicio de Traumatología tras sufrir un accidente de tráfico que le produjo fractura acetabular derecha, fractura del 5º arco costal y erosiones varias.

Fue tratado, desde el punto de vista profesional, según las bases académicas vigentes y el arte y experiencia de los facultativos del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, a pesar de la no colaboración del paciente dada su situación psiquiátrica y trastornos del comportamiento.

En su historia clínica no consta ninguna reseña a otra lesión teniendo en cuenta que el pase de visita diaria lo realizaron todos los médicos del servicio según la turnicidad y en ningún momento se ha referido a otra lesión.

Las fracturas de antebrazo presentan una clínica inconfundible, dado el dolor, hematoma, impotencia funcional y sobre todo un chasquido o crujido generalmente audible. El paciente no presentaba ni se quejaba de estos síntomas. Es más, movía los brazos con suficiente soltura, arrancando las vías intravenosas que llevaba”.

El Dr. D. J. J. S., en su informe de 1 de marzo de 2004, describe la asistencia recibida por el paciente desde su ingreso el 4 de enero de 2003, resaltando finalmente que *“el paciente nunca, ni el último día que se le vio, dijo dolerle o tener algún problema en el codo izquierdo y en los diversos periodos de tiempo que ha estado de alta, es decir, entre ingreso e ingreso, acudió por diversos problemas al Servicio de Urgencias del Hospital, nunca por dolor en codo izquierdo o impotencia funcional”.*

QUINTO.- En fecha 5 de mayo de 2004 se requiere a los reclamantes para que aporten la documentación referente al accidente de tráfico que provocó el ingreso del paciente, contestando a este respecto que desconocen si existieron diligencias judiciales,

dado que no se presentó denuncia penal, al mismo tiempo que aporta copia de los partes de asistencia en el Hospital Virgen del Castillo.

SEXTO.- La Inspección Médica emite informe el 19 de abril de 2005, que contiene las siguientes conclusiones:

“1. No se aprecian deficiencias en la atención recibida por el paciente.

2. No poseemos evidencias de fractura en brazo izquierdo como consecuencia del accidente de tráfico.

3. No poseemos evidencias de fractura en brazo izquierdo durante los periodos de ingreso hospitalario.”

SÉPTIMO.- Por parte de la compañía aseguradora Z. se remite informe médico realizado por los Drs. L. R. M. G., O. G. R. G. y G. R. A., todos ellos especialistas en traumatología y ortopedia, que recoge las siguientes conclusiones:

1. “Accidente de tráfico en paciente de 81 años con antecedentes patológicos previos.

2. Se le diagnosticó fractura de acetábulo y subcapital de cadera derecha con fractura de quinta costilla derecha. Dadas las características anatomopatológicas de las fracturas de la región inguinal y los antecedentes personales se decide por tratamiento ortopédico informando a la familia. Reingreso por problemas cerebrovasculares y retorragia en Medicina Interna y Cirugía General.

3. Posteriormente es intervenido efectuándose una artroplastia total de cadera, previo consentimiento informado.

4. La información que nos ofrecen los datos consultados es que el postoperatorio inmediato cursó con normalidad (no luxación, no lesión nerviosa). Cuando el paciente se va a su domicilio no mantiene la férula de abducción indicada, y, posiblemente esto contribuya a que en la visita de consultas externas se demuestre radiológicamente luxación. En ningún momento se señala, posteriormente a la cirugía en el Hospital de Yecla, que hubiese problemas de lesión nerviosa o la sintomatología que el paciente mostrase se interpretara como tal.

5. No poseemos evidencias de fractura en brazo izquierdo como consecuencia del accidente de tráfico, al igual que no poseemos evidencias de fractura en brazo izquierdo durante los periodos de ingreso hospitalario por la documentación correspondiente al periodo previo a la fecha de la sustitución articular, no muestra patología de miembro superior izquierdo. En el Hospital de Yecla fue atendido por varias causas y la información es amplia, sobre todo en las hojas correspondientes a evolución y comentarios de enfermería, facultativos, etc.; no se señala en ningún momento que las quejas del paciente se debiesen a patología localizada en el brazo izquierdo a pesar de haber sido sometido a multitud de exploraciones y pruebas complementarias: radiografías, hemocultivos o manipulación de las vías periféricas.

6. Según el informe del Gabinete de C., S.L., a partir del día 30/5/03 el paciente consultó en un Centro Médico privado, en el cual fue operado de la cadera derecha el día 4/6/03 (luxación inveterada con parálisis del nervio ciático poplíteo externo) y el 16/9/03 (fractura - luxación de Monteggia) se procede a exéresis de la cabeza radial izquierda para disminuir el dolor de la anquilosis del codo izquierdo.

7. *Es después de la reintervención de la cadera en el Centro Médico privado, cuando, en las visitas a Urgencias, el paciente comienza a acudir por problemas localizados en el miembro inferior derecho. “El enfermo operado hace un mes de cadera y ha estado en tratamiento con Fraxiparina ® coincidiendo con la suspensión del tratamiento nota dormido el pie derecho”*

8. *No podemos apreciar por lo tanto relación entre los cuidados recibidos en el Sistema Sanitario Público y el daño que manifiestan.*

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a los reclamantes no consta que hayan formulado alegaciones.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 23 de enero de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, al no haber acreditado el nexo causal entre el daño sufrido y la actuación sanitaria.

DÉCIMO.- Con fecha 2 de febrero 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, plazo y procedimiento.

La condición de interesados de los reclamantes (paciente e hijos) para ejercitar la acción de reclamación, conforme a 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), no se cuestiona en el expediente en tanto se consideran perjudicados por una actuación sanitaria; D. F. F. M., en su condición de paciente por las secuelas que atribuye a la actuación sanitaria, y sus hijos que dicen convivir con él (D. J. y D. C. F. R.), aunque no lo acreditan documentalmente, por los perjuicios morales que les produce la incapacidad de su padre.

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

En cuanto al plazo, la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el alta del paciente en el Hospital, tras el accidente, se produjo el 31 de enero de 2003 (folio 21), y la acción de reclamación se presentó el 5 de enero de 2004.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial.

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. 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).

CUARTA.- Funcionamiento anómalo que se imputa a los servicios públicos sanitarios.

Conviene, en primer lugar, aclarar la actuación sanitaria a la que los reclamantes imputan un funcionamiento anómalo, pues existe cierta confusión respecto a los actos sanitarios a los que se extiende.

El escrito de reclamación imputa a los servicios públicos sanitarios la negligencia médica exclusivamente por falta de diagnóstico y tratamiento de una fractura-luxación de Monteggia del codo izquierdo, y que *“no sólo no se le vio esa fractura el día en que fue a urgencias sino que no se le detectó pasadas semanas pese al dolor intenso que se le manifestaba a los médicos y pese a que la familia insistía en ello”*. Congruente con dicha imputación las lesiones cuya indemnización se solicita se contraen al brazo izquierdo (anquilosis dolorosa del codo izquierdo, puntuado entre 25-30 puntos, y limitación de movilidad del hombro izquierdo, valorado en 10-15 puntos).

Por el contrario, nada reprochan los reclamantes a la actuación sanitaria en relación a la fractura de cadera; pese a ello, los informes médicos (Inspección Médica y los peritos de la compañía de seguros), así como la propuesta de resolución, han entrado a considerar la praxis médica seguida en relación con dicha fractura que sí fue tratada por los servicios sanitarios, motivado por el informe del perito de parte que se acompaña al escrito de reclamación y que se extiende a todas las secuelas que presenta en la actualidad el paciente, no sólo al brazo izquierdo, sino también las relativas a la fractura de cadera. En todo caso, dicha confusión sobre las concretas imputaciones al servicio público sanitario correspondía aclararla a los reclamantes, que ni tan siquiera han presentado alegaciones cuando se les otorgó el correspondiente trámite de audiencia, y no a la Administración reclamada que, ante las dudas suscitadas, se extiende congruentemente a toda la asistencia médica prestada al paciente. Por tanto, se considera acertado que la resolución que se adopte recoja los aspectos relativos a la actuación sanitaria en relación con la fractura de cadera aunque lo sea a mayor abundamiento, si bien el Consejo Jurídico va a centrarse en la actuación sanitaria a la que los reclamantes imputan la negligencia médica, es decir, la falta de diagnóstico y tratamiento de la fractura-luxación de Monteggia del codo izquierdo.

Se coincide con la propuesta de resolución en que no existen elementos de juicio derivados del expediente que lleven a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, a lo que no ha contribuido precisamente la pasividad de los reclamantes, cuando se les otorgó un trámite de audiencia tras la emisión de los distintos informes médicos por parte de la Administración, por la Inspección Médica y por los peritos de la compañía de seguros. Las razones que sustentan este parecer del Consejo Jurídico son las siguientes:

1ª) El paciente, de 81 años de edad y con síndrome depresivo en tratamiento (con antecedentes de síndrome de S.I.A.D.H., hernia discal lumbar, herniorrafia inguinal, polipoctemia y fractura costal derecha), fue trasladado en ambulancia al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen del Castillo tras un accidente de tráfico, según informa el 061. Quedó ingresado en el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, diagnosticándole fractura de acetábulo derecho y subcapital de cadera, y fractura de quinta costilla derecha. También fue visto por los Servicios de Medicina Interna y Otorrinolaringología. Sobre las circunstancias previas a su ingreso no arrojan mucha luz los reclamantes cuando la instructora solicita expresamente información sobre el accidente (folio 245), si bien de la historia clínica se desprende que el paciente conducía el automóvil y que se produjo un choque frontal lateral (folio 24). Si bien es cierto que las circunstancias que concurrieran en

aquel accidente no se relacionan con la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, que se contrae exclusivamente a una concreta praxis médica prestada por el Hospital, sí debemos resaltar que el formulario de asistencia del 061 al entonces accidentado no recoge expresamente que tuviera dolor en el miembro izquierdo, y sí en el derecho, aspecto que debe resaltarse por cuanto los interesados aluden, en su escrito de reclamación, al dolor intenso en el brazo izquierdo del paciente cuando ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital, y que se le manifestó a los médicos.

2ª) El Inspector Médico y los informes de los peritos de la compañía aseguradora alcanzan la conclusión de que no existen evidencias de fractura en el brazo izquierdo como consecuencia del accidente de tráfico, ni durante los periodos de ingreso hospitalario. Esta conclusión viene avalada por la historia clínica obrante en el expediente, como veremos seguidamente, sin que, por el contrario, se acompañe la base documental en la que se sustenta la aseveración “no diagnosticada desde el accidente”, en relación con la secuela de la fractura-luxación de Monteggia del codo izquierdo, contenida en el informe médico aportado por los reclamantes.

3ª) Como resaltan los informes médicos obrantes en el expediente (Director Médico del Hospital, Jefe de Sección de Traumatología, Adjunto del Servicio de C. -Cirugía Ortopédica y Traumatología-, Inspector Médico y peritos de la compañía aseguradora), no consta que el paciente se quejara durante sus hospitalizaciones de molestias en el miembro superior izquierdo, teniendo en cuenta que la información que integra la historia clínica es amplia, sobre todo las hojas correspondientes a los comentarios de la evolución del paciente por parte de la enfermería (folios 46 y siguientes), que no recogen en ningún momento que las quejas del paciente se debiesen a patología localizada en el brazo izquierdo a pesar, como señala el Inspector Médico, de haber sido sometido a múltiples exploraciones y pruebas complementarias: radiografías, hemocultivos o manipulación de vías periféricas, siendo ilustrativo a este respecto lo señalado por el Jefe de Sección de Traumatología sobre la clínica de este tipo de fractura: *“las fracturas de antebrazo presentan un clínica inconfundible dado el dolor, hematoma, impotencia funcional y sobre todo un chasquido o crujido generalmente audible. El paciente no presentaba ni se quejaba de estos síntomas; es más, movía los brazos con suficiente soltura arrancando las vías intravenosas que llevaba”*.

A mayor abundamiento, el informe del Adjunto del Servicio de C. de 1 de marzo de 2004 relata los diversos ingresos del paciente y su constancia en la historia clínica (folios 242 y 243), en relación con la imputación sobre la falta de diagnóstico del codo izquierdo:

“(…) Como se observa, en ningún momento consta en su hoja de evolución que se quejara del codo izquierdo, mientras sí se quejó por otros motivos, y además esa movilidad en brazos para arrancárselo todo difícilmente, por no decir imposible, la hubiera tenido en caso de existir una fractura-luxación del codo.

Posteriormente y según consta en su historial, ingresó en el Servicio de Medicina Interna por presentar un accidente cerebro vascular desde el 13 de febrero hasta el 22 de febrero de 2003. Tampoco consta en ningún momento mientras estuvo ingresado en ese Servicio que aquejase de dolor o limitación de la movilidad a nivel del codo izquierdo.

El 24-2-2003 ingresa ahora en el Servicio de Cirugía por presentar rectorragia, siendo alta el día 27-2-2003. Tampoco consta que aquejara dolor o limitación de movilidad en dicho codo.

El 27-2-2003 ingresa de nuevo en el Servicio de Traumatología colocándose ahora una transesquelética y siendo visto de nuevo por el Servicio de Medicina Interna, Neurología, que solicita TAC craneal. Presentó una infección urinaria con fiebre que se trata médicamente.

Visto por el Servicio de Anestesia nos da el visto bueno para su intervención quirúrgica que se lleva a cabo el día 21-3-2003 mediante prótesis total de cadera con injerto de banco de hueso y se solicita una férula de abducción ortopédica, para evitar una posible luxación por tratarse de una fractura compleja, siendo dado de alta el 5-4-2003 y citándose a consulta externa”.

4º) Tampoco en la última visita a traumatología (consultas externas del Hospital), antes de acudir al centro privado, el paciente se queja del codo izquierdo de acuerdo con las manifestaciones del Dr. J., Adjunto Jefe del Servicio de C., quien asevera:

“El 15-5-2003 acude a Consulta Externa apreciándose la cadera luxada. La férula de abducción para evitar la luxación la familia se la retiró porque dicen que no aguantaba con ella.

El paciente que todavía no tiene que apoyar, no refiere dolor y me consulta si voy a recetarle unas muletas, todo ello con evidente movilidad de ambos brazos.

Es decir nunca, ni el último día que se le vio dijo dolerle o tener algún problema en el codo izquierdo”.

Como recoge la propuesta de resolución, aun en la hipótesis de que esa clínica se hubiese podido producir como consecuencia del accidente, “no se hubiera podido diagnosticar si el paciente no refiere dolor, impotencia funcional o cualquier otro síntoma que pudiese dar lugar a sospecha y por tanto a la realización de pruebas complementarias en la zona afectada”. En este mismo sentido, sobre adecuación de la praxis médica cuando se diagnóstica y prescribe en función de los síntomas que presenta el paciente, cabe citar las sentencias del STS, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 2001 y 25 de octubre de 2002.

5º) Con posterioridad, el paciente fue intervenido en un centro privado -el 16 de septiembre de 2003-, según el informe médico que acompaña del Gabinete C.. S.L: “el 16-09-2003 se procedió a exéresis de la cabeza radial con objeto de disminuir el importante dolor de la anquilosis del codo izquierdo”.

Por todo lo expuesto, se coincide con la propuesta de resolución, en que no ha quedado acreditado el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

Por último, en cuanto al *quantum* indemnizatorio, pese a manifestar en el escrito de reclamación que durante la instrucción se aportaría peritación médica puntuando la lesión, no ha sido incorporada al expediente, por lo que tampoco han concretado los reclamantes la cuantía finalmente reclamada. En todo caso las cantidades citadas en el escrito de reclamación (por la incapacidad permanente del paciente y por cada uno de sus hijos) son desproporcionadas en relación con la lesión que atribuyen al funcionamiento del servicio público, pues han tenido en cuenta para su determinación las restantes secuelas que presenta el paciente.

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 el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños alegados. Tampoco se concreta y se justifica la cuantía indemnizatoria reclamada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 45/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. C. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. P. C. G. , debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/03/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm.23.

DICTAMEN 46/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a N. J. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad R. Z. J., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/03/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el dictamen núm. 23.

DICTAMEN 47/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. T. G. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. M., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/03/06

Extracto de Doctrina

El análisis de la documentación obrante en el expediente no permite precisar el tipo de ejercicio físico que practicaban los alumnos ni las circunstancias concretas que provocaron el accidente. Al no existir suficientes elementos de juicio para adoptar una resolución congruente procede que la instructora, en cumplimiento del artículo 78 LPAC, recabe la información necesaria para ello, requiriendo al profesor de educación física para que describa el ejercicio en el que se produjo el accidente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 10 de noviembre de 2004, D. T. G. S. presenta, en documento normalizado, reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional en cuantía de 210 euros, como reparación por los daños sufridos por su hijo, J. G. M., en el desarrollo de actividades docentes en el Colegio Público “Nuestra Señora del Rosario” de Santomera. Según el reclamante, el 3 de noviembre de 2004, durante la clase de Educación Física, un balón lanzado por un compañero partió las gafas del menor, haciendo inútil su reparación, por lo que fue preciso comprar otros anteojos, cuyo importe es el que se reclama.

La reclamación se acompaña de fotocopia compulsada del Libro de Familia, acreditativo del parentesco existente entre reclamante y menor, así como factura expedida el 5 de noviembre de 2004 por establecimiento de óptica a nombre del reclamante, por importe de 210 euros, en concepto de “*montura y lentes de corrección oftálmica*”.

SEGUNDO.- Acordada la admisión a trámite de la solicitud y designado instructor, éste reclama a la Dirección del Colegio informe acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente. Contesta el Director, en informe de 8 de julio de 2005, que “*el pasado 3 de noviembre de 2004 a las once y veinte de la mañana, el alumno de 5º de Primaria J. G. M., en la pista polideportiva del colegio, durante la clase de Educación Física, recibió un pelotazo en la cara durante la realización de una de las actividades, lo que produjo la caída al suelo y rotura de sus gafas*”. Los hechos tuvieron lugar en presencia del profesor responsable del grupo y del resto de compañeros.

TERCERO.- Con fecha 6 de octubre de 2005 se confiere trámite de audiencia al reclamante, quien no hace uso del mismo al no presentar alegaciones ni aportar documento alguno.

CUARTO.- Tras producirse un cambio de instructor motivado por el cambio de destino administrativo del anterior, la nueva instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del centro escolar y los daños padecidos por el alumno.

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 marzo 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.- Sobre la instrucción.

En las ocasiones en que el Consejo Jurídico ha afrontado el examen de expedientes de responsabilidad patrimonial por accidentes escolares producidos durante la clase de educación física ha indicado, así, por ejemplo, en los Dictámenes 49/2002, 188/2003 y 19/2004, que se ha de tener en cuenta que no todos los accidentes sufridos en el marco de tales clases han de tener el mismo tratamiento. En efecto, en el desarrollo de una actividad deportiva usual u ordinaria pueden no existir elementos de peligrosidad, de tal modo que los accidentes producidos durante su ejecución deben considerarse como hechos casuales ocurridos con ocasión de la prestación del servicio público educativo, pero no como consecuencia de su funcionamiento. Sin embargo, en otras ocasiones, la propia naturaleza del ejercicio a desarrollar puede generar un riesgo susceptible de producir un daño, y si así ocurriese corresponderá indemnizarlos al que ha puesto en marcha el mecanismo de riesgo que excede de los patrones socialmente aceptables, según tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 28 de octubre de 1998).

Por otra parte, también hemos manifestado en multitud de ocasiones que el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”.

Centrándonos en el supuesto sometido a consulta, el análisis de la documentación obrante en el expediente no permite precisar el tipo de ejercicio físico que practicaban los alumnos ni las circunstancias concretas que provocaron el accidente.

En las observaciones y sugerencias recogidas en la Memoria del año 1999, el Consejo Jurídico manifestó que *“el instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente*

su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo. En tal sentido, la actividad del instructor, al desarrollarse para el órgano resolutorio, es una actividad debida,...”.

Al no existir suficientes elementos de juicio para adoptar una resolución congruente procede que la instructora, en cumplimiento del artículo 78 LPAC, recabe la información necesaria para ello, requiriendo al profesor de educación física para que describa el ejercicio en el que se produjo el accidente.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 48/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. G., en representación de A. R. S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de un parabrisas.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/03/06

Extracto de Doctrina

La Administración titular del servicio público docente ha de responder por los daños causados por los alumnos de dichos centros cuando concurren los requisitos establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC, complementados en este punto por el artículo 1903 del Código Civil

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de mayo de 2003 (registro de entrada en la Consejería consultante), se remitió por el Director del Colegio Público “Antonio Díaz” de Los Garres comunicación de accidente escolar ocurrido el 13 anterior, exponiendo lo siguiente:

“Fecha: 13-05-03. Hora: 12’30. Lugar: autocar. Actividad: los valores del cine.

Personas presentes: varios profesores, incluido el profesor tutor, D. M. N..

Daños sufridos: rotura del parabrisas superior del autocar.

Relato de los hechos: Cinco grupos de alumnos de 5º y 6º regresaban del cine con motivo de la actividad “Los valores del cine” que organiza la Concejalía de Educación.

Al llegar a Los Garres, ya parados los autobuses a la puerta del colegio, el alumno J. Á. M. B. que viajaba en el piso superior, junto al parabrisas del autocar X de la empresa A. R., S.A., gritó ¡Viva Los Garres! y simultáneamente dio un puñetazo sobre el parabrisas produciéndole una grieta grande.

Observaciones: La empresa se ha dirigido al Colegio reclamando el importe de la luna porque el seguro no cubre esta incidencia. “

SEGUNDO.- El 10 de junio de 2003 D. A. R. G., en representación de A. R., S.A., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por el alumno, que cuantifica en 1.045,76 euros.

Acompaña la reclamación con la siguiente documentación:

- Fotocopia de la escritura de apoderamiento otorgada por la mercantil a favor de su representante.

- Dos fotografías de la luna rota.

TERCERO.- Con fecha 4 de febrero de 2004, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, quien a continuación requiere

al reclamante para que subsane los defectos que adolece su reclamación, siendo cumplimentado mediante comparencia en las dependencias del departamento consultante, según diligencia extendida el 10 de febrero de 2004, con la aportación de los siguientes documentos:

-Fotocopia compulsada de la escritura pública de apoderamiento otorgada por A. R., S.A., a favor de D. A. R. G. y otros.

- Duplicado de la factura acreditativa de la cuantía de los daños reclamados, emitida por un taller de construcción y reparación de carrocerías (fecha el 5 de junio de 2003, por importe de 1.045,76 euros).

- Fotocopia compulsada de un escrito firmado por el Secretario del Colegio y por el alumno causante del accidente, en el que se reconoce por ambos que *“el alumno ha dado un golpe al parabrisas del autobús, produciendo la rotura del mismo”*.

CUARTO.- Con fecha 29 de septiembre de 2005 se comunicó a D. Á. M. J. y a D^a E. B. M., padres del menor implicado en el accidente, la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial por los daños causados por su hijo, a los efectos de que pudieran aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, en cualquier momento anterior al trámite de audiencia, por tener la condición de interesados en virtud del artículo 79 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).

QUINTO.- El Director del Colegio Público “Antonio Díaz” emite informe el 4 de octubre de 2005 en el siguiente sentido:

“El 10 de mayo de 2003 los alumnos de 6º B hicieron una salida acompañados por su tutor a las salas de cine Atalayas para completar la actividad “los valores del cine” con la visión de la película Atlantis.

Tanto la ida como la vuelta se hizo en un autobús de dos plantas, en compañía de los alumnos de 6º A y 6ºC acompañados por sus tutores.

A la vuelta, el alumno J. Á. M. B. se sentó en la planta de arriba, en la primera fila de asientos.

Su tutor iba sentado cuatro filas más atrás. En un determinado momento los alumnos empezaron a gritar; “Ha roto el cristal”, repetidas veces. El tutor se levantó a ver qué había sucedido y vio la luna del autobús rajada.

Preguntó qué había pasado y los alumnos respondieron que el citado alumno había golpeado el cristal y lo había roto. El alumno no llevaba en la mano ningún objeto, por lo que el golpe fue con el puño.

Dicho alumno reconoció los hechos.

Al acabar el viaje el conductor del autobús fue informado de los hechos”.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a los interesados al objeto de que pudieran examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimasen pertinentes, consta un escrito del representante legal de la empresa de 23 de diciembre de 2005 (tras diversos intentos de notificación), en el que

reitera la solicitud de indemnización de acuerdo con las pruebas presentadas, sin que, por el contrario, los padres del menor hayan comparecido en el expediente.

SÉPTIMO.- Acordado el cambio de instructor conforme a la Resolución del Secretario General de la Consejería consultante de 21 de diciembre de 2005, se recaba de la mercantil reclamante la póliza del seguro que tienen suscrito para la cobertura de daños que se pudieran causar a sus autocares, personándose su representante, según diligencia expedida por la instructora, en la que se hace constar que no ha recibido cantidad alguna del seguro contratado por la empresa reclamante, en concepto de indemnización por los daños causados a uno de sus autobuses por el alumno J. Á. M. B., el día 13 de mayo de 2003.

OCTAVO.- Con fecha 9 de febrero de 2006 se otorga un nuevo trámite de audiencia a los interesados, sin que hayan comparecido en este trámite.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 3 de marzo de 2006, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial por existir responsabilidad de la Administración prestadora del servicio público educativo, al estimar que se trata de un daño que la mercantil reclamante no tiene el deber jurídico de soportar.

DÉCIMO.- Con fecha 8 de marzo 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 y procedimiento.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.1 LPAC.

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, que preceptúa el artículo 142.5 LPAC.

A la vista de las actuaciones que constan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, 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, salvo en el plazo máximo de 6 meses para resolver (artículo 13.3 RRP), habiéndose rebasado los tiempos prudenciales para ello, teniendo en cuenta que la reclamación se presentó el 10 de junio de 2003.

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

El presente supuesto versa sobre una reclamación de daños por parte de un tercero ajeno al servicio público educativo (en sentido amplio), atribuyéndolos a la acción de un alumno de un Centro Público Escolar que dio un puñetazo al parabrisas superior del autocar, rompiéndolo.

Como indicamos en nuestro Dictamen 28/2002, la Administración titular del servicio público docente ha de responder por los daños causados por los alumnos de dichos centros cuando concurren los requisitos establecidos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), complementados en este punto por el artículo 1903 del Código Civil: *“Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”*. Sólo se exime de tal responsabilidad cuando el centro acredite haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño causado por los alumnos. Este deber o diligencia es más intenso cuando se trata de prevenir daños a terceras personas, ajenas a la prestación del servicio educativo, según la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado emanada al efecto.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, procede, en primer lugar, destacar que se ha acreditado que el alumno se encontraba bajo el control y vigilancia del profesorado del centro, y que se estaba desarrollando una actividad extraescolar consistente en la asistencia a una actividad cultural que organiza la Concejalía de Educación (*“Los valores del cine”*). Por otra parte, dicha responsabilidad ha sido asumida directamente por el centro, en tanto en cuanto aporta una declaración del alumno sobre su autoría, validada también por el Secretario.

Lo anterior permite imputar el daño directamente a la Administración regional, por cuanto la Administración no ha acreditado que haya observado la diligencia de un buen padre de familia, como exige para la cesación de su responsabilidad el artículo 1903, párrafo quinto del Código Civil. También permite sostener que nos encontramos ante un daño que la mercantil reclamante no está obligada a soportar, conforme a lo dispuesto en el artículo 141.1 LPAC.

Cabe señalar que la cuantía indemnizatoria reclamada se justifica con la factura aportada (1.045,76 euros), en concepto de sustitución de la luna delantera superior, y que debe actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC). No obstante, y para su aplicación a futuros expedientes, conviene recordar lo indicado en el Dictamen núm. 57/2005, sobre la conveniencia de solicitar un informe específico al Parque Móvil Regional, como órgano administrativo especialmente idóneo para determinar la adecuación del importe reclamado con los daños alegados.

CUARTA.- Sobre la posible repercusión a los padres representantes legales del menor.

El que la Administración regional haya de responder directamente ante la mercantil contratada no excluye que puedan ser responsables también de los daños materiales (en caso de menores por las personas que deben responder) los progenitores, si no demuestran que emplearon toda la diligencia del buen padre de familia conforme a lo dispuesto en el primer y último párrafo del artículo 1.903 del Código Civil.

Por ello, la Consejería proponente, en función de las circunstancias en la producción de los hechos que se desconocen por no haber sido traídas al expediente por parte del órgano instructor (si fue o no en un lance de juego, etc), podría considerar, en su caso, la posibilidad de iniciar la acción de regreso por la responsabilidad que a los padres impone el primer párrafo del artículo 1.903 del Código Civil:

“Los padres son responsables de los daños causados por sus hijos que se encuentren bajo su guarda”.

A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo de 2002, sobre un supuesto similar al presente (rotura de la luna de un autocar por parte de un menor durante una excursión) reconoce la concurrencia de la responsabilidad de los padres con la del centro docente con el siguiente fundamento:

“Acerca de la responsabilidad que a los padres impone el artículo 1903 del Código Civil al establecer que “los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda” y “la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”, es doctrina jurisprudencial (...) que la responsabilidad declarada en el precepto aunque sigue a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, y la inserción de este matiz objetivo en dicha responsabilidad pasa de obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia, sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito, o que aquéllos tengan que trabajar o que no puedan (...). No apreciamos obstáculo alguno a la concurrencia de la responsabilidad de los padres con los centros docentes, si bien en este caso la presunción de culpa de los padres no estaría en relación al deber de vigilancia sino a una culpa “in educando”.

A mayor abundamiento el Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen las normas de convivencia en los Centros, entonces aplicable, recoge la responsabilidad civil de los padres o representantes legales por los daños que los alumnos causen intencionadamente.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución, que estima la reclamación de responsabilidad presentada ante la Administración regional, por el daño ocasionado por un alumno al vehículo del transporte escolar en la cuantía reclamada.

SEGUNDA.- Sin perjuicio de la responsabilidad directa de la Administración, se traslada a la Consejería proponente las consideraciones sobre la responsabilidad de los progenitores en los términos recogidos en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 49/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. R. A., en nombre y representación de su hijo V. G. R., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en el Centro Ocupacional “El Palmar”.

Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 27/03/06

Extracto de Doctrina

El Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 3533/1999, de 17 de diciembre), sostiene que, aun cuando sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de tales centros, teniendo en cuenta las minusvalías que padecen los alumnos, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en un centro de educación especial deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2005, D. J. R. A., en representación de su hijo incapacitado D. V. G. R. y asistida legalmente por la letrada D. M. D. P. J., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la caída sufrida por su hijo el 29 de julio de 2004, en el Centro Ocupacional “El Palmar”, dependiente del Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia (ISSORM), que achaca, sin concretar, a una negligencia grave por parte del citado Centro.

Acompaña la siguiente documentación:

-Informe sobre el accidente del Director del Centro Ocupacional, de 9 de septiembre de 2004 (doc. núm. uno).

-Informe de Alta del Servicio de Medicina Interna del Hospital Morales Meseguer (doc. núm. dos).

-Hoja de interconsulta primaria especializada del Servicio Murciano de Salud, de 29 de septiembre de 2004 (doc. núm. tres).

-Informe del Dr. D. F. M. M., especialista en cirugía ortopédica y traumatología, de 29 de marzo de 2005 (doc. núm. cuatro).

-Informe de electromiografía del Dr. D. V. G. R., de 3 de marzo de 2005 (doc. núm. cinco).

-Informe médico emitido por el Dr. D. M. M.-C. T., de 9 de mayo de 2004, sobre valoración de secuelas (doc. núm. seis).

Finalmente solicita una cuantía indemnizatoria de 609.403,35 euros, en concepto de daños y perjuicios, y propone los siguientes medios probatorios:

- Que se tome declaración al Director del Centro Ocupacional.
- Que la Administración indique la compañía aseguradora con la que tiene suscrita el seguro de responsabilidad civil.
- Que se ponga en conocimiento de la aseguradora el accidente producido.
- Que se tengan por aportados, como prueba documental, los que se acompañan al escrito de reclamación.

SEGUNDO.- De oficio se acredita la representación con la que actúa D. J. R. A., según diligencia de 17 de octubre de 2005, con la incorporación al expediente de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. Dos de Molina de Segura, de 10 de enero de 1996, por la que se declara que D. V. G. R. es incapaz para regir su persona y bienes, y se rehabilita la patria potestad de su progenitora.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial por Orden de la titular de la Consejería de Trabajo y Política Social de 21 de octubre de 2005, se procede al nombramiento de la instructora, y se traslada la reclamación a la aseguradora del ente público a través de la correduría de seguros (folio 25).

CUARTO.- Con fecha 24 de octubre de 2005, se practicaron las siguientes actuaciones:

1ª) Se recaba informe de la Dirección del Centro Ocupacional donde se produjo el accidente, así como la declaración suscrita por el profesional responsable de las áreas de aseo y ducha el día de los hechos, y copia del protocolo de actuación establecido por el Centro, que fueron remitidos por comunicación interior el 9 de noviembre de 2005, en la que también se hace constar que D. V. G. R. está asistiendo con regularidad al centro, recibiendo los cuidados médicos sanitarios y de atención que precisa.

Del informe del Director del Centro de 9 de septiembre de 2004, también aportado por la reclamante en su escrito inicial (doc. n.º. uno), destacamos, por su relación con el objeto de la reclamación, los siguientes aspectos:

“El diagnóstico emitido por el Equipo de Valoración y Orientación de Murcia del Servicio Social de Minusválidos Físicos y Psíquicos (INSERSO), lo diagnostica con fecha de 9-9-83 como “deficiencia mental con afectación física”. Su diagnóstico clínico corresponde a un “retraso mental severo secundario a trisomía del par 20”.

Ingresó en el Centro Ocupacional “El Palmar”, el día 15-10-86, en régimen de media pensión, con horario de 10h. a 17h. de lunes a viernes. Se desplaza desde su domicilio al Centro en una de las rutas de autobuses del Centro.

Al ingreso en este Centro, el usuario no precisaba la silla de ruedas para su desplazamiento, aunque presentaba dificultad al caminar debido a su síndrome polimalformativo que muestra cifosis dorsal, pie zambo y equinismo izquierdo. Su integración en el Centro fue buena y rápida.

A partir de febrero de 2002, cambia el régimen de estancia, pasando de media pensión a internado de lunes a viernes, mediante un periodo de adaptación, continuando en dicho régimen hasta el día de hoy.

Actualmente, V. G. R. precisa utilizar silla de ruedas para sus desplazamientos, aunque en distancias cortas tiene autonomía suficiente para desplazarse por sí mismo.

En estos dos últimos años como usuario interno, viene realizando diariamente, sin silla de ruedas, desplazamientos en trayectos cortos por las distintas dependencias del Centro como: sentarse y levantarse de la silla del comedor para recoger y dejar sus útiles de comer; levantarse y acostarse en la cama; levantarse de la silla de ruedas para ducharse; desplazarse por su taller para realizar diversas tareas y trasladar objetos; salir del comedor al cuarto de baño anexo a éste, etc.

(...) Las instalaciones del Centro donde se realizan las tareas de aseo están técnicamente diseñadas para la atención a estos usuarios. Disponen de agarradores, pavimento antideslizante, asientos adaptados, etc.

El día 29 de julio de 2004 a las 18,30 h., V., supervisado por la profesional responsable de referencia, y de forma individualizada, inició su actividad de ducha y aseo. Se desplazó al cuarto de baño en silla de ruedas y, con las indicaciones y vigilancia permanente de la auxiliar, se desnuda y se levanta hacia la ducha andando, tal y como viene haciendo diariamente, sujetándose al agarrador que hay en la misma. Durante la ducha, V. hace un movimiento extraño cayendo al suelo y golpeándose a nivel del coxi.

De forma inmediata, se dio aviso al personal sanitario del Centro, el cual intervino rápidamente, observando que sufre un fuerte golpe en la zona del coxi, con dolor intenso en dicha zona y no respondiendo a estímulos dolorosos en las piernas con falta de movilidad en las mismas. Ante esta situación se siguió el protocolo de actuación establecido en el Centro para estos casos, llamando al Centro de Emergencias 112, el cual lo valora y lo deriva a urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, acompañado por un trabajador del Centro.

A continuación se llamó inmediatamente a la familia para comunicarle lo sucedido, la cual acudió y se hizo cargo en el Hospital de V., regresando el trabajador al Centro.”

En el mismo sentido sobre la forma de producirse la caída se pronuncia el auxiliar técnico educativo del Centro Ocupacional (folio 50). Asimismo se acompaña el Protocolo de Traslado de Pacientes a Servicios Sanitarios (folios 55 a 57).

2ª) Se solicita informe técnico sobre las condiciones en que se encuentran las instalaciones en las que se realizan las tareas de aseo, en especial de las duchas. Al respecto, el Técnico Responsable de la Oficina Técnica del ISSORM remite informe de 16 de septiembre de 2004, con el siguiente contenido:

“Realizada una visita al citado centro, en la mañana del día 8 de septiembre de 2004, a requerimiento de la Técnico Responsable de la Oficina Técnica del ISSORM, por motivo de una caída reciente de un usuario de dicho centro, así como junto a la

administradora y al encargado de mantenimiento del mismo, observo la zona donde se produjo dicha caída, indicada por los responsables del centro, y compruebo mediante una inspección visual que el pavimento no se aprecia deteriorado (adjunto dos copias impresas de dos fotografías de la zona afectada), se me comunica que tampoco se le ha dado tratamiento superficial alguno a dicha superficie, así como se me facilita por el encargado de mantenimiento del centro una muestra del tipo de pavimento existente en la zona de duchas (material de reposición que se dejó al término de la obra efectuada en su día, y del cual se adjunta una copia impresa en una fotografía).

Conclusión:

En función de lo mencionado anteriormente, y tras recabar información respecto a la muestra facilitada, observo que según sello impreso en la misma en su parte posterior, ésta se trata de un material comercializado en su día por la casa "P." en formato 20 x 20 centímetros y denominado modelo "T. R." (dado por la tonalidad y el acabado superficial del mismo), y el cual según las características dadas por dicha casa comercial (catálogo de modelos y características de dicho material existentes en Oficina Técnica - adjunto dos copias impresas de sendas fotografías y cinco páginas correlativas de la resistencia al deslizamiento de dicho producto) reúne una serie de condiciones y concretamente presenta una resistencia al deslizamiento en dicho modelo rústico calificada como "satisfactoria", según se desprende de dicha información consultada."

3ª) Asimismo se recaba informe del Servicio de Valoración y Diagnóstico, que remite Resolución de 7 de noviembre de 1996, del Director Provincial del Instituto Nacional de Servicios Sociales, que reconoce a D. V. G. R. la condición de minusválido en un grado del 96%, acompañando los dictámenes médicos emitidos al efecto, entre los que destacamos el emitido por el equipo de valoración y orientación del centro base de Murcia (folio 43), de 4 de octubre de 1996, que recoge las siguientes patologías del accidentado:

"1º. Paraparesia por lexi3n cerebral anoxica, de etiología congénita.

2º. Alteraci3n alin. C.verti. con limitaci3n funcional por escoliosis.

3º. Retraso mental severo por lesi3n cerebral an3xica de etiología congénita".

Concluye que el grado de discapacidad global es del 89%, a lo que aña de un 7% más por factores sociales.

QUINTO.- Conferida trámite de audiencia a la reclamante y a la aseguradora, esta última acompaña un informe médico pericial de 28 de noviembre de 2005, que contiene las siguientes conclusiones:

"... el lesionado sufrió un traumatismo dorso-lumbar por una caída en el baño. En dicho accidente se descartó la existencia de un proceso expansivo intrarradicular (el único capaz de desencadenar un síndrome de cola de caballo postraumático).

La aparici3n del cuadro denominado síndrome de cola de caballo es consecuencia del curso natural de la patología previa en la columna dorso-lumbar (cifosis severa con angulaci3n mayor de 90 grados) y en modo alguno derivado de un accidente en el que no hubo afectaci3n del canal medular. El resultado del electromiograma realizado durante el ingreso (pérdida del volumen axonal...compatible con polineuropatía de predominio axonal... se descarta patología aguda) confirma que el paciente estaba evolucionando a esa patología previamente al accidente.

Por tanto, entendemos que del accidente del 29/07/2004 no pueden derivarse secuelas.”

SEXTO.- Trasladado el precitado informe pericial a la reclamante para que pudiera realizar alegaciones, su letrada presenta escrito el 16 de enero de 2006, aportando fotocopia de dos informes médicos, sin compulsas ni firmas. El primero de ellos corresponde al Dr. D. M. M.-C. T., que contiene las siguientes conclusiones:

“a. V. G. R. en accidente ocurrido el 29/07/04 sufrió una lesión en Cola de Caballo, a nivel proximal de L2, que le produjo la situación actual de paraparesia flácida e incontinencia de esfínteres.

b. Los documentos médicos utilizados en la elaboración del informe pericial del Dr. H., los mismos que los utilizados por mí, informan de las pruebas realizadas y sus resultados. Dichas pruebas y resultados han sido parcialmente estimadas por el Perito y, en parte, obviadas.

c. El nexo causal, en base a los Criterios Cronológico, Evolutivo, Topográfico y de Intensidad, están suficientemente probados”.

El segundo del Dr. D. F. M. M., del Centro Médico A., recoge las siguientes anotaciones respecto al informe del perito de la aseguradora:

“1. Yo no conocía el estado previo del paciente pero en el centro ocupacional de El Palmar, donde acudía periódicamente, emiten un informe donde certifican que previo al accidente tenía autonomía suficiente para desplazamientos cortos.

2. Las pruebas complementarias son de difícil interpretación por la patología previa, que efectivamente presentaba (...)

3. El síndrome de cola de caballo puede aparecer (...) y sobre todo en columnas inestables y con severas alteraciones anatomopatológicas como las descritas”.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 24 de enero de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no quedar acreditada la existencia de nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público ocupacional-educativo, ni el carácter antijurídico de dicho daño.

OCTAVO.- Con fecha 2 de febrero 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, plazo y procedimiento.

Se acredita la condición de interesada de la reclamante, que ostenta la representación legal de su hijo incapacitado, para ejercitar la acción de reclamación, conforme a 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), si bien conviene destacar que sólo ha acreditado actuar en su propio nombre y en representación de su hijo, y no respecto a otros posibles familiares sobre los que parece que también pretende indemnización (“perjuicios morales a familiares: 112.847,55 euros”).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del servicio público ocupacional-educativo a cuyo funcionamiento se imputa el daño: el Centro Ocupacional de El Palmar.

En cuanto al plazo, la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues en el supuesto de daños físicos el daño empezará a computarse desde la determinación del alcance de las secuelas, y aunque la reclamante no concreta el *dies a quo* sí lo hace el informe médico del Dr. D. M. M.-C. T., que se acompaña al escrito de reclamación, que considera la situación del afectado, a fecha 29 de marzo de 2005 (correspondiente al informe del Dr. D. F. M. M.) como crónica o irreversible, sin que haya sido cuestionada la temporaneidad de la acción por parte de instructora del expediente.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, debiendo destacarse el respeto al principio de contradicción con el traslado a la parte reclamante del informe del perito de la aseguradora, cuando previamente se le había otorgado un trámite de audiencia para la presentación de alegaciones. En cuanto a la prueba solicitada consistente en la declaración del Director del Centro Ocupacional, la parte reclamante no ha cuestionado la forma de practicarla -a través del correspondiente informe-, y no ha reiterado su práctica como testifical.

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, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos (por todos, el número 126/2004), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos 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 de la Sala 3ª, del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). Por lo tanto, para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC, el primero de los cuales es el nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

La reclamante fundamenta exclusivamente su reclamación de responsabilidad patrimonial en el hecho de que la caída de D. V. G. R. se produjo en las instalaciones del Centro Ocupacional de El Palmar donde se encontraba en régimen de internado desde lunes a viernes a partir de febrero 2002. En efecto, ni en el escrito de reclamación ni en las alegaciones se ha achacado al Centro Ocupacional, al que su hijo se encuentra vinculado en uno u otro régimen desde hace 18 años aproximadamente, falta de vigilancia, defecto en las instalaciones o fallos en las medidas de seguridad, por lo que cabe deducir que su reclamación se basa en el hecho de que la caída se produjo en un centro de titularidad pública. Por tanto conviene insistir que la finalidad del presente procedimiento es determinar si se produjo nexo causal entre la actuación del servicio público y el daño alegado, que es un requisito previo a la posible relación entre el accidente y la secuela posterior, cuya determinación entra de lleno en el *quantum* indemnizatorio; sin embargo, toda la motivación de la presente reclamación va orientada a determinar la relación de causalidad entre el accidente y la secuela, omitiendo cualquier imputación concreta a la actuación del servicio público asistencial (se dice escuetamente en la reclamación por “negligencia” sin mayor concreción) y, conforme a la jurisprudencia citada, para que exista responsabilidad patrimonial es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación (u omisión) de la Administración y el resultado lesivo, sin que quepa apreciarlo a la vista de lo actuado en el expediente:

1º) Sobre la prestación del Centro Ocupacional del ISSORM al afectado.

D. V. G. R., de 27 años de edad cuando se produjo la caída, diagnosticado de “retraso mental severo secundario a cromosomopatía con estenosis pulmonar, cifosis dorsal severa, deformidad en flexo de ambas rodillas, pie zambo y equinismo izquierdo” (informe de Alta del Hospital Morales Meseguer) ingresó en el Centro Ocupacional de “El Palmar” el 15 de octubre de 1986, en régimen de media pensión, desplazándose durante dicho periodo desde su domicilio en los autobuses del Centro. Conforme a la propuesta de resolución, dicho Centro está destinado a posibilitar el desarrollo ocupacional, personal y social de las personas atendidas para la superación de los obstáculos que la discapacidad les supone a su integración social y laboral.

A partir de febrero de 2002, como ya se ha descrito, cambió el régimen, pasando de media pensión a internado (de lunes a viernes).

También se ha acreditado en el expediente que el afectado, antes del accidente, precisaba de silla de ruedas (folios 8 y 11), aunque en distancias cortas tenía autonomía para desplazarse por sí mismo. Así, lo detalla el informe del Director del Centro, aportado y no contradicho por la reclamante (doc. núm. uno), que en los dos últimos años, anteriores al accidente, el afectado venía realizando diariamente, sin silla de ruedas, desplazamientos en trayectos cortos por las distintas dependencias del Centro, y cita como ejemplos sentarse y levantarse de la silla del comedor para recoger y dejar sus útiles de comer; levantarse y acostarse de la cama; levantarse de la silla de ruedas para ducharse, etc.

De los datos expuestos, se constata que el afectado llevaba muchos años vinculados al Centro Ocupacional, sin que la reclamante haya manifestado que se debió aumentar los estándares de prestación del servicio público en relación con su hijo.

2º) Sobre la forma de producción de la caída y si denota falta de vigilancia o cuidado, o realización de una actividad que implicara un riesgo añadido al afectado.

Como venía haciendo diariamente, el 29 de julio de 2004 -día de la caída- a las 18,30 horas, el afectado, acompañado por la profesional responsable, y de forma individualizada, inició su actividad de ducha y aseo. Se desplazó al cuarto de baño en silla de ruedas, y bajo la vigilancia permanente del auxiliar, se desnuda y se levanta hacia la ducha andando, sujetándose al agarrador que hay en la misma. Durante la ducha, hace un movimiento extraño cayendo al suelo y golpeándose a nivel del coxi (folios 9 y 50).

Los hechos descritos, no cuestionados por la reclamante, evidencian, por una parte, que el usuario, cuando se cayó, realizaba dicha actividad en la forma habitual, que estuvo bajo vigilancia individualizada durante todo su desarrollo, y que su caída se produjo por un movimiento extraño que realizó.

También se infiere que el grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que ya las adoptadas con anterioridad (dicha actividad se realizaba desde hacía dos años sin que se hubiera producido ningún percance). Corolario de lo expuesto es que, aun cuando sea exigible al profesorado la diligencia propia de un buen padre de familia para prevenir el daño (artículo 1903 del Código Civil), incluso añadiendo un plus de intensidad por el especial cuidado de los usuarios en el centro que nos ocupa, resulta imposible que pueda convertirse en una actividad absolutamente controlada, respecto a una reacción fuera de todo cálculo. A la vista de que no se reprocha por la reclamante ningún incumplimiento a este respecto debemos inferir que se ha observado en el presente caso la diligencia propia de los padres de familia que le es exigible al profesorado o cuidadores (por todos, Dictamen núm. 17/2003 del Consejo Jurídico)

3º) Sobre la existencia de defectos en las instalaciones.

Además tampoco han concurrido en la producción del accidente elementos generadores de riesgo, como defectos en las instalaciones, pues se ha acreditado, sin que se haya aportada por la parte reclamante prueba en contrario, que las instalaciones del Centro donde se realizan las tareas de aseo están técnicamente diseñadas para la atención de estos usuarios (agarradores, pavimento antideslizantes, asientos adaptados, etc.), siendo concluyente el informe del Arquitecto Técnico del ISSORM que, tras visitar *in situ* las instalaciones, manifiesta que el pavimento de las duchas no se encuentra deteriorado (se acompañan fotografías), y el material empleado presenta una resistencia al deslizamiento satisfactoria.

4º) Sobre las medidas adoptadas tras el accidente.

Tampoco se achaca por la reclamante que el personal del Centro no reaccionara prontamente tras la caída, habiéndose actuado conforme al protocolo de traslado de pacientes a servicios sanitarios.

Así se resume la actuación del Centro, tras la caída del usuario, en el informe de su Director que acompaña la reclamante:

“De forma inmediata, se dio aviso al personal sanitario del Centro, el cual intervino rápidamente, observando que sufre un fuerte golpe en la zona del coxi, con dolor intenso en dicha zona y no respondiendo a estímulos dolorosos en las piernas con falta de movilidad en las mismas. Ante esta situación se siguió el protocolo de actuación establecido en el Centro para estos casos, llamando al Centro de Emergencias 112, el cual lo valora y lo deriva a urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, acompañado por un trabajador del Centro”. En el presente caso se le trasladó al Hospital Morales Meseguer.

En conclusión, no puede entenderse que exista responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que su actuación no desencadena la caída, sin que tampoco quepa imputar a la misma una falta de vigilancia del personal, ni defectos en las instalaciones, ni la práctica de una actuación de riesgo, ni la reacción tardía del personal.

Por su evidente aplicación al caso, se trae a colación un considerando de la Sentencia de la Sala 3ª, del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 1998:

“El recurrente pretende fundamentar su recurso en el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración que le lleva a entender que ésta viene obligada a indemnizar por el sólo hecho de que aquel haya ocurrido en el recinto del aeropuerto, sin embargo esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de Noviembre de 1992, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que 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 estas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de estos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente”.

También el Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 3533/1999, de 17 de diciembre), sostiene que, aun cuando sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de tales centros, teniendo en cuenta las minusvalías que padecen los alumnos, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en un centro de educación especial deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Finalmente, en lo que concierne a la cuantía indemnizatoria solicitada, el Consejo Jurídico evidencia su manifiesta desproporción (609.403,35 euros), porque, además de no justificar determinadas partidas reclamadas, no tiene en cuenta las patologías previas

que presentaba el afectado, y que llevaron al reconocimiento de una minusvalía del 96% (89% por discapacidad global más 7% por factores sociales), y a la prestación de la asistencia por parte de un Centro Ocupacional público, sin que tampoco se haya aclarado en el expediente por parte de los peritos en qué medida ha podido influir en la aparición del cuadro denominado síndrome de cola de caballo la patología previa del usuario en la columna dorso-lumbar (cifosis severa con angulación mayor del 90°). Basta leer las notas, en contestación al perito de la aseguradora, del Dr. D. F. M. M., perito de la parte reclamante, sobre las patologías previas del afectado:

“las pruebas complementarias son de difícil interpretación por la patología previa, que efectivamente presentaba (...) El síndrome de cola de caballo puede aparecer por prolongación de fibras sin necesidad de un proceso expansivo y sobre todo en columnas inestables y con severas alteraciones anatomopatológicas como las descritas”.

Tampoco conviene olvidar el parecer que recoge el informe de alta del Hospital Morales Meseguer, donde fue llevado el afectado tras la caída (folio 11):

“Al ingreso y dada la debilidad aguda en extremidades inferiores se solicita RMN urgente de columna que es dificultosa desde el punto de vista técnico por las características del paciente y difícilmente interpretable pero que no pone de manifiesto la existencia de lesiones medulares o vertebrales traumáticas agudas”, con el juicio diagnóstico, entre otros, de paraparesia de causa no filiada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución al no haberse acreditado el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público ocupacional-educativo y los daños alegados.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria reclamada no se justifica y evidencia una manifiesta desproporción por las razones que se recogen en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 50/06.- 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: 27/03/06

Extracto de Doctrina

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.- 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 de alta dos días mas 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 “*íleo paralítico*” y dada de alta tres días más tarde, el 8 del mismo mes.

Al día siguiente, la reclamante tuvo que acudir de urgencias 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.

SEGUNDO.- La interesada formuló querrela, incoándose las Diligencias Previas nº X, ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia, las cuales fueron sobreesidas provisionalmente, al no considerar los hechos constitutivos de infracción penal, mediante Auto de archivo de la causa, que fue notificado el 26 de abril de 2002.

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 declaró como imputada la Dra. C. L., 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.

c) Días improductivos, cuya duración no precisa.

Acompaña la reclamación de diversa documentación obrante en la historia clínica y numerosos partes médicos de incapacidad temporal por contingencias comunes.

CUARTO.- Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se admite a trámite la reclamación, encomendando su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

Por la instructora se solicita de los Hospitales Morales Meseguer y Virgen de la Arrixaca copia de la historia clínica de la paciente e informes de los facultativos que la atendieron.

QUINTO.- Desde el Hospital Morales Meseguer se remite copia de la historia clínica (folios 92 al 213) e informe del Dr. M. T. R., Urologo, según el cual:

“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 proica, tras un postoperatorio sin incidencias y dada la buena evolución el 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”.

SEXTO.- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remite copia de la historia clínica de la paciente (folios 217 al 287) así como informe de los Dres. G. A. y F. H., del Servicio de Cirugía General:

“La paciente Dña. 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 advirtiéndose 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”.

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, éste 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”.

OCTAVO.- Por la reclamante se interpuso recurso Contencioso-Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (procedimiento ordinario X). Consta en el expediente la remisión a la Sala de copia del expediente administrativo, la designación de Letrado para la defensa en juicio del Servicio Murciano de Salud y los emplazamientos efectuados a las partes interesadas.

No constan ulteriores actuaciones relativas al referido procedimiento, por lo que se carece de información acerca del estado procesal en que se encuentra en la actualidad, casi dos años después de su iniciación.

NOVENO.- 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 dónde 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 profesiones 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.

DÉCIMO.- *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".*

UNDÉCIMO.- *Otorgado trámite de audiencia a las partes, éstas no formulan alegaciones.*

DUODÉCIMO.- *En fecha 27 de diciembre de 2005, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, con fundamento en la ausencia del requisito de la antijuridicidad del daño, al considerar que la actuación de los profesionales intervinientes se ajustó en todo momento a la *lex artis*.*

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 16 de enero 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 fue interpuesta por la representación letrada de 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 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 una vez producido el traspaso de funciones y servicios en materia sanitaria de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma, cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo Jurídico en Dictamen 65/2002.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, atendido el efecto suspensivo que, respecto de su cómputo, tiene la iniciación y sustanciación del procedimiento penal consiguiente a la querrela formulada por la interesada con base en los mismos hechos. En efecto, aunque el daño se imputa a la intervención quirúrgica padecida en 1999 y a la atención recibida durante el postoperatorio inmediato, como señaló el Consejo Jurídico en su Dictamen n.º. 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. En consecuencia, notificado el auto de archivo de las actuaciones penales el 26 de abril de 2002, la interposición de la reclamación el 16 de abril de 2003 se produce dentro del plazo anual establecido al efecto.

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.

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); 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.

Aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial, los referidos criterios obligan a efectuar las siguientes consideraciones.

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

La reclamación contiene en su apartado octavo una síntesis de las actuaciones por las que se reclama, cuando afirma que: a) la interesada presentó una complicación postoperatoria causada por la médico que la intervino; y b) no existió un control postoperatorio adecuado a la sintomatología que presentaba, pues no se avisó al servicio de urología, aun estando íntimamente ligado a las posibles complicaciones postoperatorias de la intervención, por lo que no se practicaron pruebas específicas, y en consecuencia no se detectó la verdadera complicación. Sólo la insistencia de la reclamante evitó que perdiera el riñón, siendo en otro centro hospitalario donde finalmente se acertó con el diagnóstico.

Pueden distinguirse por tanto 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 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.

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”. 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. 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 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.

En el supuesto sometido a consulta, la reclamante prescinde de proponer prueba pericial alguna, en la confianza de que la documentación obrante en la historia clínica sea suficiente para formar la convicción del órgano decisor acerca de la, a su juicio, deficiente asistencia prestada.

La aseguradora del Servicio Murciano de Salud, por su parte, sí 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 esta prueba debe ser efectuada con prudencia, pues aunque parte del análisis de la historia clínica a la luz de los conocimientos técnicos de sus autores, no deja de ser un informe

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.

También la Inspección Médica emite informe en el que 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*”. 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 intervenciones 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.

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. En efecto, cuando se afirma que no hubo “*negligencia*” de la ginecóloga que operó a la interesada, parece indicarse -si bien de forma imprecisa, pues se acude a un concepto más propio del derecho civil de daños, y del ámbito penal, con una significación de culpa o imprudencia, que son ajenos al ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial- que no hubo mala praxis médica, lo que excluiría la existencia de infracción de la *lex artis*, afectando por tanto a la necesaria relación causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos. Sin embargo, la Inspectora informante mantiene su valoración favorable a la estimación de la reclamación.

Del mismo modo, tampoco se concreta la existencia o no de infracción de la *lex artis* durante el postoperatorio inmediato, cuando no se diagnostica la lesión ureteral. Adviértase que, en el primer informe se alude a la conveniencia de practicar dos pruebas (ecografía y/o urografía) que hubieran permitido confirmar o descartar la existencia de dicha patología.

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 que, atendido el contenido de la historia clínica, precise los siguientes extremos:

a) Si considera que hubo infracción de la *lex artis ad hoc* en la ligadura ureteral ocurrida durante la intervención de histerectomía.

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.

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.

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 resolución dificultada por la tardanza en el diagnóstico del daño ureteral. Caso de ser afirmativa la respuesta, debería precisarse asimismo en qué medida.

QUINTA.- Sobre el consentimiento informado.

No obstante la conclusión alcanzada en la Consideración anterior, contiene el expediente suficientes elementos de juicio para pronunciarse acerca de una de las imputaciones de infracción de la *lex artis* efectuada por la reclamante: la ausencia de consentimiento informado.

Como ya dijimos en nuestro Dictamen 114/2003, 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. La información que se dé al paciente puede ser, esencialmente, de dos tipos. De un lado, la que forma parte del proceso para obtener el consentimiento informado y, de otro, aquella información que guarda sustantividad propia, también llamada terapéutica, clínica o asistencial y cuyos requisitos y elementos suelen ser coincidentes con los de la información previa al consentimiento. 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).

Centrando el análisis en la información previa al consentimiento, entendida como aquella que persigue que la interesada 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 (21 de octubre de 1999) 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 o la insuficiencia de su contenido no determinan 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 dialéctica 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 3^a, 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”*.

Finalmente, tampoco exime al médico de la obligación de informar el hecho de que la intervención quirúrgica pudiera ser la única alternativa de tratamiento ante la lesión sufrida por la interesada, como apunta la propuesta de resolución, pues ello supondría incurrir en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado (sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2003).

Atendida esta doctrina general y aplicada al supuesto sometido a consulta, ha de advertirse que, en realidad, la reclamante en ningún momento afirma que no se le haya dado cumplida información que pudiera servirle de base para decidir someterse o no a la intervención, con conocimiento de riesgos y alternativas de tratamiento. En la reclamación únicamente se afirma que el documento de consentimiento informado presentado a su firma el mismo día de la intervención no cumple con los requisitos de contenido exigibles.

Es cierto que el referido documento resulta absolutamente inespecífico, pues ni siquiera consta en él el tipo de operación a la que venía referido, salvo la genérica indicación “*intervención*”, ni el facultativo que informa a la paciente. Es cierto, asimismo, que dicho documento carece de los mínimos requisitos formales para acreditar que se ha ofrecido la suficiente información a la paciente acerca del tipo de operación que se le iba a practicar, pero no por ello su consentimiento cabe entenderlo viciado.

En efecto, olvida la reclamante que el 18 de mayo de 1999, es decir, meses antes de la operación, otorgó su consentimiento a la misma, mediante la firma de otro documento, según consta al folio 277 del expediente. Éste, si bien consiste en un formulario de carácter genérico que permitiría su utilización para cualquier tipo de intervención, prueba, exploración o tratamiento, ya especifica en el espacio habilitado a tal fin la intervención que se consiente, constando la indicación de “*miomectomía y/o histerectomía*”, respecto de la cual la paciente afirma haber sido informada sobre alternativas existentes, riesgos y consecuencias que, en casos extremos, dicha intervención pudiera ocasionar.

La existencia de este documento firmado por la paciente, su marido, que asiste como testigo, y por el facultativo interviniente, donde se hace constar que conoce los riesgos de la intervención, permite entender que sí se ofreció dicha información a la interesada, sobre todo si, como señala la jurisprudencia, ante la utilización de formularios genéricos, corresponde a la paciente solicitar que se amplíe o precise la información en caso de que se considere insuficiente, lo que no consta que aquí se haya producido, sin que ni tan siquiera sea objeto de alegación por la reclamante. En este sentido, la STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2000, indica que: *“es cierto que la fórmula que figura en el impreso (...) es genérica, pero el contenido específico a que se refiere ha sido implícitamente asumido por la paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que esta es insuficiente etcétera, se desplaza al firmante. Ciertamente también que el impreso utilizado es perfectible, pero nos encontramos en ese punto en que resulta difícil, casi humanamente imposible, mantener en el fiel los platillos de la garantía y de la eficacia. Por todo ello, nuestra Sala entiende que no puede descargarse todo el peso de una actuación jurídica (...) sobre los servicios sanitarios. Es el paciente, o en su caso el familiar o allegado que lo asiste y sustituye, quien puede y debe solicitar, si lo considera necesario, que se le dé una información más elocuente, y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada y por escrito”*.

Además, como señala la propuesta de resolución, consta en la historia clínica que ya el 12 de mayo de 1999, tras descubrir el mioma uterino que la aquejaba, la interesada manifiesta su deseo de operarse, quedando recogido en la misma documentación que la ginecóloga le explica la posibilidad de tener que proceder, “*en último lugar*”, a efectuar una histerectomía, de donde se infiere que existió al menos cierta información, y que la paciente, de haberla considerado insuficiente, siempre podría haber solicitado que fuera completada.

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 requiriendo a la Inspección Médica que efectúe las aclaraciones y precisiones que se contienen en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración 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.

TERCERA.- Según se indica en el Antecedente Octavo en relación al Procedimiento Ordinario X, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, no constan en el expediente remitido al Consejo Jurídico otras actuaciones procesales que las allí enumeradas, por lo que se desconoce el estado actual del referido procedimiento. Procede, en consecuencia, 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 51/06.- Consulta facultativa sobre expediente de reversión del inmueble denominado “Almacén del FEGA”, sito en Lorca, Paraje de San Diego.

Consultante : Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 27/03/06

Extracto de Doctrina

La reversión ha de regirse por el derecho vigente al momento de ejercitarse, aunque el expediente se haya tramitado bajo la vigencia de otra ley distinta que incluso no contemplara la existencia de dicho derecho. Así se recoge por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, la Sentencia de la Sala 3ª, de 20 de julio de 2002.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de febrero de 2006, el titular de la Consejería de Agricultura y Agua recaba Dictamen facultativo sobre el expediente de reversión de un inmueble denominado “almacén de FEGA”, sito en el p. S. D. (L.), al apreciar cuestiones que lo requieren, sin concretarlas, aunque el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante (doc. núm. 29), que sustenta la petición de consulta, las contrae en la forma siguiente:

“El artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, establece que el Consejo Jurídico emitirá dictamen en cuantos asuntos sea consultado por los (...) Consejeros (...); dado que en el presente caso, según interpretemos, que el expediente de reversión se inicia con la solicitud de reversión del 29 de octubre de 1998 o después de la desafectación del bien, producida por Acuerdo del Consejo de Gobierno en su sesión de 10 de octubre de 2003, los causahabientes tendrán o no derecho a la reversión, se considera adecuado solicitar el dictamen de ese superior órgano consultivo” (sic).

SEGUNDO.- Examinada la documentación obrante en el expediente, cabe destacar las siguientes actuaciones:

1ª) Por Real Decreto 1868/1998, de 4 de septiembre (publicado en el BORM del día 30 siguiente), se transfirió a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia los medios adscritos al Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), en materia de agricultura. Entre los inmuebles que se relacionaban en el traspaso -citado entre las unidades de almacenamiento que no forman parte de la red básica en Murcia-, figura una superficie de 2.830 m² en el municipio de Lorca. Por Decreto regional núm. 56/1998, de 8 de octubre (con entrada en vigor el 11 siguiente), se adscribieron los medios asumidos a la entonces Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua (hoy Agricultura y Agua).

2ª) La finca precitada, sita en la D. T. (P. S. D.), es resultado de la agrupación de otras dos (de 1.282 m² y 1.548 m²), propiedad de D. L. C. C. y D. A. D. M., respectivamente), adquiridas por el Servicio Nacional de Productos Agrarios (Ministerio de Agricultura), mediante expropiación, en el año 1956 para la construcción de un silo con la finalidad de almacenar productos agrícolas (doc. núm. 3). Consta en el expediente (doc. núm. 9) que

dicha finca está inscrita en el Registro de la Propiedad de Lorca núm. 1 (con el núm. X, folio X, libro 1., tomo), a nombre de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Sobre su superficie se construyó un almacén de aproximadamente 900 m², una explanada y una báscula de pesaje.

3ª) Con fecha 29 de octubre de 1998 (registro de entrada), D. G. D. M., causahabiente de D. A. D. M., presenta escrito manifestando su intención de ejercitar el derecho de reversión sobre el inmueble, solicitando a la Administración regional que fije el justiprecio. Posteriormente, el 16 de julio de 1999, presenta un nuevo escrito solicitando información acerca de su petición del derecho de reversión respecto a las fincas núms. X y X, que son de su propiedad, si bien incurre en un error material respecto a la finca cuya reversión se pretende (la finca propiedad de la Comunidad Autónoma es la núm. X).

4ª) El Arquitecto de la Dirección General de Patrimonio de la Comunidad Autónoma emite informe el 27 de diciembre de 1999 que señala que la finca, aunque clasificada como suelo no urbanizable, se encuentra situada al límite del suelo urbano, y la zona inmediata tiene la calificación de casco, ordenanza 1ª y ordenanza 3ª (Plan Especial de Reforma Interior, con una edificabilidad entre 2 y 2,5 m²/m² y 5 alturas). Añade que la situación real de proximidad con el casco y su desarrollo urbanístico futuro le conceden un valor urbanístico superior y aproximado al valor de las zonas cercanas, menos los supuestos costes de urbanización y cesiones que dependen de la clasificación que se adopte en la Revisión del Plan General. Determina que el valor de la parcela estaría próximo a los 85 millones de pesetas (510.860,28 euros). Con posterioridad, el 6 de junio de 2003, amplía su informe recogiendo los datos de la Revisión del Plan General de Lorca, en el trámite de la aprobación provisional, que clasifica los terrenos cuya reversión se pretende como suelo urbanizable sectorizado, con un aprovechamiento de referencia de 0,60 m²/m², una densidad máxima de 50 viviendas/ha y una tipología de vivienda unifamiliar y vivienda colectiva en manzana cerrada con altura máxima de 8 plantas, por lo que el valor de la finca, de acuerdo con dicha Revisión entonces en tramitación, sería de 84.757.028 pts. (509.400 euros), similar a la establecida con anterioridad.

5ª) El Secretario General de la Consejería consultante remite oficio el 20 de octubre de 2000 (registro de salida) a la Dirección General de Patrimonio en el que manifiesta que su departamento no tiene previsto la utilización del inmueble, por lo que manifiesta que no existe inconveniente a la desafectación, y a que se inicie el procedimiento de reversión.

6ª) Con fecha 4 de febrero de 2002, presenta nuevo escrito D. G. D. M. manifestando que la solicitud de reversión efectuada en el año 1998 se formuló en su condición de heredero de D. A. D. M. y, además, como mandatario verbal de los herederos de D. L. C. C., comprometiéndose, cuando sea requerido para ello, a presentar la acreditación documental de todos los causahabientes.

7ª) Por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, de 10 de octubre de 2003, se desafecta del dominio público el inmueble objeto del expediente, con un valor de tasación de 509.400 euros.

8ª) De la misma fecha es un escrito de D. G. D. M. que ofrece la cantidad de 200.000 euros por el inmueble.

9ª) Con fecha 12 de mayo de 2004, los hermanos de D. G. D. M. (D. M. y D. J.) presentan escrito en el que solicitan información sobre el expediente de reversión para poder hacer valer su condición de herederos de D. A. D. M..

10ª) Consta un informe del Arquitecto D. V. P. A., desconociéndose quien lo aporta al expediente, que valora la parcela objeto de reversión en 265.173,26 euros, especificando que en la valoración se ha tenido en cuenta la revisión del Plan General de Lorca, y que el valor utilizado es el urbanístico, sin que se haya tenido en cuenta la edificación existente pues se encuentra en régimen de fuera de ordenación (Doc. núm. 24).

11ª) El expediente de reversión es sometido a información pública según anuncios publicados en el BORM de 1 de diciembre de 2004, y expuesto en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Lorca desde el 19 de noviembre hasta el 28 de diciembre. También se solicita certificación literal de la finca del Registro de la Propiedad de Lorca que obra como doc. núm. 28.

12ª) En fecha 15 de febrero de 2005 emite informe el Servicio Jurídico de la Consejería consultante que, tras analizar los derechos de los causahabientes para ejercitar la reversión, así como los restantes requisitos legales (plazo, competencia, procedimiento y justiprecio), concluye en la conveniencia de solicitar el presente Dictamen acerca de si los interesados tienen derecho a la reversión en relación con las modificaciones introducidas en el derecho de reversión por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo LOE).

13ª) Obra un borrador de Orden del titular de la Consejería, sin suscribir, que resuelve conceder el derecho de reversión a los causahabientes citados y determina proporcionalmente sus derechos.

TERCERO.- Además, figuran en el expediente una serie de documentos relacionados con los causahabientes de D. A. D. M. (folios 62 a 87), y de D. L. C. C. (folios 88 a 214).

En tal estado de la tramitación del expediente se recaba el Dictamen del Consejo Jurídico, y se procede a realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen

El Dictamen se solicita con carácter facultativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico (LCJ), estando habilitado el titular de la Consejería para formular la presente consulta, a la que se acompaña el expediente administrativo

SEGUNDA.- Planteamiento de la consulta.

En la consulta formulada subyace que se dictamine, en realidad, sobre el régimen jurídico aplicable al presente expediente de reversión, pues en función de su respuesta se podrá oponer o no por la Administración regional la excepción al derecho de reversión prevista en el artículo 54.2, b) de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la LOE, en su Disposición Adicional Quinta: *“Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se*

prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio”.

De este modo, según el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, citado en el Antecedente Segundo, 12ª (doc. núm. 29), cabrían dos interpretaciones:

a) Si el expediente de reversión se inicia con la solicitud de uno de los interesados (de fecha 29 de octubre de 1998), no podría oponerse la citada excepción a la reversión, pues no había entrado en vigor la LOE.

b) Si, por el contrario, se entiende que el expediente de reversión se inicia con posterioridad a la desafectación expresa por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad (de fecha 10 de octubre de 2003), sí sería oponible la excepción de la LOE y no prosperaría la reversión.

Pese a la cuestión consultada, el borrador de Orden del titular de la Consejería, sin suscribir, parece decantarse por la procedencia de la reversión.

TERCERA.- Configuración legal del derecho de reversión.

La reversión del bien expropiado es la última garantía que el sistema legal arbitra en beneficio del expropiado. Supone la recuperación del bien objeto de expropiación cuanto no se ejecuta la obra o no se establece el servicio causante de la privación, desaparece la afección o, también, cuando existiera alguna parte sobrante de la finca expropiada (artículo 54, según redacción primitiva de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en adelante LEF).

La reversión se ha caracterizado dogmáticamente como una especie de invalidez sobrevenida de la expropiación por desaparición del elemento esencial de la misma: la causa de utilidad pública o interés social de que habla el artículo 33 CE. La reversión aparece y procede con fuerza de retrocesión si se incumple el destino causal de la expropiación, si claudica, se incumple o desaparece la causa. Si no ha habido fracaso en la operación expropiatoria, si se satisface la causa expropiatoria, el derecho de reversión no tiene oportunidad de desplegarse ni posibilidad de surgir en cuanto que no ha habido incumplimiento de su causa (STC, 67/1988, de 18 de abril).

Según destacamos en nuestro Dictamen núm. 201/2003, las características del derecho de reversión son las siguientes:

1ª) Es un derecho autónomo y nuevo, que no es continuación del expediente expropiatorio, y que surge cuando se produce alguno de los supuestos determinantes de su nacimiento conforme a lo previsto en el artículo 54 LEF y concordantes del Reglamento, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (en lo sucesivo REF). Por ello, la reversión ha de regirse por el derecho vigente al momento de ejercitarse, aunque el expediente se haya tramitado bajo la vigencia de otra ley distinta que incluso no contemplara la existencia de dicho derecho. Así se recoge por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, la Sentencia de la Sala 3ª, de 20 de julio de 2002, cuyo fundamento jurídico cuarto transcribimos parcialmente:

“La reversión de los terrenos expropiados con aquel fin ha de regirse por el ordenamiento vigente al momento de ejercitarse dicho derecho por los causahabientes del primitivo dueño (...) conforme a la doctrina jurisprudencial citada en la sentencia recurrida, según la cual el derecho de reversión, aunque hunda sus raíces en el derecho

dominical expropiado, es un derecho nuevo y autónomo, pues no nace ni con el acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta, y, en consecuencia, el procedimiento a través del que se actúa no es continuación del expediente expropiatorio, por lo que la reversión se ha de regir por la Ley vigente en el momento de ejercitarse”.

2ª) Es un derecho de configuración legal, lo que significa que puede ser eliminado o modulado por el legislador en supuestos específicos. En este sentido, la LOE introdujo una serie de excepciones en las que no procede el derecho a la reversión: cuando simultáneamente a la desafectación del fin que motivó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social, o cuando la afectación al fin que justificó la expropiación se prolongue durante diez años.

3ª) Es un derecho real de adquisición, ya que le otorga la facultad de adquirir la propiedad una vez que la afectación ha desaparecido. Tiene un valor patrimonial propio y es transmisible por atribuirlo la Ley al expropiado o a sus causahabientes.

CUARTA.- Normativa aplicable al presente expediente.

Conforme al criterio jurisprudencial expuesto con anterioridad, la reversión se ha de regir por la ley vigente en el momento de ejercitarse, que sería, en el presente caso, la siguiente:

1ª) El reversionista, en su condición de heredero de D. A. D. M., presentó el primer escrito el 29 de octubre de 1998 (con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, que modificó, como hemos indicado, el derecho de reversión), en el que manifestaba que hacía uso del derecho de reversión por haber desaparecido la afectación, comunicando a la Administración regional su intención de ejercitarlo sobre el inmueble. Convendría, no obstante, despejar ciertos interrogantes sobre dicha petición: a) si puede entenderse como una especie de preaviso y no como solicitud de tal derecho; y b) si se identifica adecuadamente el inmueble objeto de reversión;

a) Respecto a la primera cuestión, no puede equipararse la solicitud de D. G. D. M. con un mero preaviso de ejercitar la reversión porque, en el caso de las desafectaciones, el reversionista no tiene obligación de realizar el preaviso al que alude el artículo 64.2 REF para el supuesto de que no se ejecute la obra o no se establezca el servicio que motivó la expropiación (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 de noviembre de 1990). En todo caso, dicha cuestión se aclara en el segundo escrito del interesado de 16 de julio de 1999 (también anterior a la LOE) en que solicita información a la Administración sobre el estado de su petición del derecho de reversión.

b) Se produce un cierto equívoco en el escrito de petición sobre el inmueble para el que se solicita la reversión, pues el reversionista manifiesta que se encuentra dentro de dos fincas de su propiedad (núms. X y X), cuando el inmueble, propiedad de la Administración regional, es una finca independiente de las colindantes. En todo caso queda identificada en el exponiendo segundo de su solicitud de reversión.

2ª) La posibilidad de entender aplicable la LOE (en cuanto que no procede el derecho de reversión cuando la afectación al fin que justificó la expropiación, o a otro declarado de utilidad pública o interés social, se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio) sustentada en la interpretación de que el expediente de reversión se inicia con posterioridad a la desafectación expresa

por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad (de fecha 10 de octubre de 2003), contradice la redacción literal de la Disposición Transitoria Segunda de la LOE que expresa: “*Lo establecido en la disposición adicional quinta no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la Ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión*”. Tal Disposición Adicional Quinta, a la que remite, es la que incorpora la nueva regulación del derecho de reversión, y establece la citada excepción. Por tanto, dicha Disposición Transitoria no hace referencia a los procedimientos que se hayan iniciado con anterioridad a su entrada en vigor, en cuyo caso sí cabría la interpretación citada, sino al momento en que se presenta la solicitud de reversión, uno de cuyos presupuestos para su prosperabilidad es la desafectación, y la solicitud del causahabiente de D. A. D. M. se presentó ante la Administración regional, como hemos indicado en el apartado anterior, el 29 de octubre de 1998. A mayor abundamiento, al tratarse de una disposición que restringe el ejercicio del derecho de reversión ha de interpretarse restrictivamente. En consecuencia, no sería de aplicación a la petición de reversión por parte de D. G. D. M. respecto a la parcela de su causante la excepción al derecho de reversión por permanencia al fin que justificó la expropiación durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio (permanencia que, por otra parte, tampoco justifica en el expediente la Consejería consultante), puesto que la reversión se ha de regir por la ley vigente en el momento de ejercitarse (entre otras, STS, Sala 3ª, de 28 de abril de 1995), y tal ley era la LEF de 1954, todavía no modificada por la LOE de 1999.

Por las mismas razones tampoco sería aplicable a dicho reversionista el plazo de prescripción de 20 años para el ejercicio del derecho de reversión introducido por la LOE para los supuestos de desafectación del bien expropiado (artículo 54.3,a LEF).

3ª) ¿Es aplicable la regla del ejercicio por un reversionista en beneficio de los herederos de otro causante?

Conviene recordar que la finca registral nº. X, propiedad de la Comunidad Autónoma, fue resultado de la agrupación de dos parcelas distintas (de 1.282 m² y 1.548 m²), que fueron expropiadas a dos propietarios D. L. C. C. y D. A. D. M., respectivamente.

La petición de reversión fue realizada inicialmente por el causahabiente de uno de los expropiados (D. G. D. M.), si bien con posterioridad, por escrito de 20 de enero de 2002, dice actuar desde el inicio como mandatario verbal de los causahabientes del otro expropiado, D. L. C. C., aunque no lo justifica documentalmente y tampoco la Administración le ha requerido para ello.

En consecuencia, se suscita la cuestión de si la petición de los causahabientes del otro expropiado (D. L. C. C.) es anterior a la LOE o, por el contrario, posterior a su entrada en vigor, en cuyo caso la Administración está obligada a oponerse a la reversión, en lo que concierne a la parcela de dicho causante, con fundamento en el artículo 54.2,b) modificado por la LOE: “*No habrá derecho de reversión, sin embargo, en los casos siguientes: (...) b) Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento*”, siempre y cuando se justifique dicha afectación durante los citados diez años; y también con fundamento en lo dispuesto en el artículo 54.3,b) modificado por la misma norma, sobre la prescripción del plazo para el ejercicio de la reversión (veinte años desde la toma de posesión).

El Consejo Jurídico considera que existe sustento legal para que la Administración regional se oponga a la reversión de la parcela expropiada a D. L. C. C., por ser su petición posterior a la reforma introducida por la LOE en la LEF, por la concurrencia de una o dos de las excepciones citadas en el párrafo anterior, en base a las siguientes razones:

a) D. G. D. M., cuando presenta su solicitud de reversión anterior a la reforma de la LOE, lo hace a título individual, y sólo puede extenderse el ejercicio de su derecho de reversión a la parcela de su causante. Dicho ejercicio puede beneficiar a otros cotitulares del derecho de reversión de su causante (por ejemplo, sus hermanos), siempre y cuando acrediten su derecho, a lo que nos referiremos posteriormente, pues en estos casos es aplicable la regla del ejercicio por uno de los cotitulares en beneficio de los demás, y así lo ha entendido la jurisprudencia contenciosa administrativa, que estima que la recuperación del bien expropiado tiene un carácter beneficioso para la comunidad, siendo suficiente que no conste la oposición o discrepancia de los demás cotitulares. Por su interés reproducimos un considerando de la STS, Sala 3^a, de 30 de enero de 1997: *“las alegaciones en estos puntos del Sr. Abogado del Estado no pueden prosperar porque como tiene declarado esta Sala, sentencias, entre otras, de 14 de Julio de 1992, 22 de Junio y 30 de Septiembre de 1991, en relación con el problema de si en los casos como el presente, de cotitularidad de derechos expropiados es preciso, para el válido ejercicio de derecho reversional, que se inste por todos los cotitulares o si ejercitado el derecho por uno o varios de los mismos ha de entenderse que aprovecha o beneficia a todos. La Sala entiende que en tanto no conste la oposición o discrepancia de determinados comuneros o cotitulares del bien o derecho en su día expropiado, el ejercicio por uno o varios del derecho de reversión es suficiente para resolver sobre su procedencia y, en su caso, dar lugar al mismo, pues la acción de recuperación del objeto expropiado comporta beneficio para la comunidad, siguiendo la línea de la Sentencia de este Tribunal, de su antigua Sala Quinta, de 16.11.1978, dado que en realidad los condóminos son propietarios de toda la casa común al mismo tiempo que de una parte abstracta de la misma y les corresponden todos los derechos de la propiedad, con la amplitud que abarca el concepto jurídico del dominio, pudiendo solicitar la reversión de una finca expropiada a sus causantes cualquiera de los causahabientes al amparo de lo dispuesto en el art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, en el que no sólo se habla de que este derecho pueda ser ejercitado por el primitivo dueño expropiado sino también por sus causahabientes, sin puntualizar que tengan que ser precisamente todos ellos conjuntamente, por ello, admitiéndose tanto en vía administrativa como jurisdiccional que el peticionario de la reversión de los terrenos expropiados es causahabiente del expropiado, y así lo acredita la prueba documental aportada a los autos, procede considerar viable la petición de reversión ejercitada por el recurrente en instancia, aquí apelado”*. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 20 de marzo de 2002, que estima que la petición formulada por uno de los comuneros en beneficio de la comunidad hereditaria le legitimaba para ejercer el derecho de reversión.

b) Sin embargo, frente al criterio del Servicio Jurídico de la Consejería consultante (doc. núm. 29) de que al haber una sola finca registral la devolución tendría que ser a la comunidad de causahabientes, entendiendo que la solicitud de uno beneficia a los restantes, no puede entenderse como cotitulares del derecho de reversión de D. G. D.

M. a los herederos del otro causante (D. L. C. C.) por el mero dato registral de que las dos parcelas expropiadas se agruparon posteriormente por la Administración regional, formando una finca independiente, cuando se encuentran identificadas las parcelas primitivas que pertenecían a propietarios distintos (Doc. núm.3), y sin que se aporten datos en contrario que pudieran impedir su futura división, pues de acuerdo con el informe del Arquitecto D. V. P. A. (doc. núm. 24) la edificación existente quedaría fuera de ordenación. A este respecto, los herederos materializan sus derechos en las parcelas primitivas de sus causantes, sin que se haya transformado en un derecho sobre una cuota de copropiedad, como propone el borrador de Orden.

c) Sólo se puede constatar en el expediente que los herederos de D. L. C. C. solicitaron la reversión de la parcela de su causante mediante el escrito presentado el 4 de febrero de 2002, con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE, al indicar D. G. D. M. que actuaba como mandatario verbal, con independencia de que no lo acreditara documentalmente, sin que su aseveración sobre que *“la referida solicitud de reversión la formulé en mi condición de heredero de D. A. D. M. y además como mandatario verbal de los herederos de D. L. C. C.”*, sea suficiente para enervar la aplicación de la reforma del derecho de reversión introducida por la LOE respecto a la parcela del otro expropiado, cuando ni en la solicitud de reversión, ni en escrito posterior de 16 de julio de 1999 se cita a los herederos del otro causante, y cuando reconoce el reversionista (doc. núm. 13) que contactó posteriormente con ellos para informarles del expediente de reversión, que le designaron mandatario verbal, una vez constatado que una de las fincas había sido propiedad de D. L. C. C.. A mayor abundamiento, para entender que D. G. D. M. formuló la solicitud en el año 1998 en nombre de otras personas interesadas, debería haber acreditado en aquel momento la representación por cualquier medio válido en derecho que dejara constancia fidedigna, o mediante declaración en comparencia personal del interesado, como recoge el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), sin que la inactividad de la Administración en aquel momento sane la falta de legitimación activa del reversionista para solicitar la reversión de la parcela, que no es propiedad de su causante.

En consecuencia, se considera que existen razones legales para que la Consejería consultante se oponga a la reversión de la parcela expropiada a D. L. C. C., por una o dos de las excepciones legales descritas, al tratarse de una solicitud realizada por el mandatario verbal de sus herederos con posterioridad a la reforma introducida por la LOE en la LEF, con fundamento en lo dispuesto en su Disposición Transitoria Segunda de la primera norma.

QUINTA.- Otras cuestiones derivadas del expediente.

Además de la determinación de la normativa aplicable, que constituye la cuestión a dilucidar según el informe de los Servicios Jurídicos de la Consejería consultante y que ha sido objeto de consideración anteriormente, el Consejo Jurídico, en atención a los términos tan generales de la consulta por parte del órgano competente para formularla (*“al haber cuestiones que requieren el Dictamen”*) y que, en ejercicio de la función consultiva, ha de velar por la observancia del ordenamiento jurídico (artículo 2.1 LCJ), va en entrar a considerar las siguientes cuestiones que se derivan del expediente remitido:

I) La competencia para resolver la presente reversión.

Las dos fincas (que luego se agruparon) fueron expropiadas en el año 1956 por el Servicio Nacional del Trigo del Ministerio de Agricultura, lo que suscita la cuestión de cuál es Administración a la que compete la resolución de la reversión: la Administración General del Estado, en su condición de órgano expropiante, o la Comunidad Autónoma de la Región, en su condición de actual titular del bien como consecuencia del traspaso de competencias efectuado por el Real Decreto 1868/1998, de 4 de septiembre.

Es clara la legitimación pasiva de la Administración regional cuando se solicita la reversión, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo en los supuestos de traspaso de competencias:

“El traspaso al afectar al conjunto de bienes, derechos y obligaciones en relación con las funciones objeto de transferencias, supone una sucesión patrimonial que afecta no sólo a la parte activa del patrimonio -bienes y derechos- sino a la pasiva –obligaciones, con independencia de su fecha y constitución...” (Sala de lo Social, de 12 de junio de 2001).

“...No deben recaer sobre el particular los efectos negativos de las dudas o incertidumbres que objetivamente puedan existir sobre el concreto alcance de la titularidad de la competencia que puede originar el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas, las cuales deben dilucidarse en el marco de la coordinación con la Administración del Estado propia del proceso de traspaso de bienes y servicios. La transferencia de la competencia comporta la asunción por el ente que la recibe de todas las potestades, deberes y cargas inherentes a su ejercicio, salvo que exista una disposición del ordenamiento jurídico que claramente determine lo contrario, por lo que la presunción de titularidad competencial opera a favor del reconocimiento de ésta a la Administración a la que ha sido transferida...” (Sala 3ª, de 28 de abril de 1998).

La anterior interpretación es recogida por la reforma introducida en la LEF por la LOE (artículo 54.4), que recoge expresamente que la competencia para resolver la reversión corresponderá a la Administración en cuya titularidad se halle el bien o derecho en el momento en que se solicite aquélla.

II) Presupuestos para el ejercicio del derecho de reversión.

1) Requisitos subjetivos

De acuerdo con el artículo 54.1 LEF pueden ejercitar el derecho de reversión, además del expropiado, sus causahabientes. En el presente supuesto, como se ha indicado, se expropiaron dos fincas de 1.282 m² y 1.548 m², pertenecientes a dos dueños distintos, D. L. C. C. y D. A. D. M., respectivamente, ambos fallecidos, si bien sólo obra en el expediente el certificado de defunción del segundo (folio 62), aunque el fallecimiento del primero se infiere de la escritura obrante en el folio 100. Por ello conviene realizar las siguientes consideraciones sobre la legitimación activa que suscita el presente expediente de reversión:

a) Ya se ha indicado que no consta documentalmente, ni ha sido requerido para ello por la Administración, la representación con la que dice actuar el reversionista en relación con los causahabientes del otro expropiado, en contra de lo dispuesto en el artículo 32.3 LPAC, más aún cuando el reversionista está ofreciendo a la Administración determinado precio por la totalidad de la finca expropiada y no sólo por la parcela de su causante (doc. núm. 18).

b) No se ha incorporado al expediente la documentación relativa al expropiado D. L. C. C., referenciada en la escritura obrante como doc. núm. 40 y que se detalla seguidamente:

- Certificado de defunción del expropiado.

- Renuncia de su heredero testamentario D. R. C. E. y Auto del juzgado de Primera Instancia de Lorca de 16 de enero de de 1961, que declaraba como único heredero abintestato de D. L. C. C. a su hermano D. F. C. C..

- Certificado de defunción de D. F. C. C., y su testamento instituyendo herederos a sus siete hijos.

- Certificado de defunción de D. R. C. E. y Auto del Juzgado de Primera Instancia de Lorca, de 10 de octubre de 1977, por el que fueron declarados herederos universales *ab intestato* sus seis restantes hermanos.

c) Respecto al otro expropiado D. A. D. M., se han personado en el expediente, además del reversionista (D. G. D. M.), otros dos hijos del causante (D. J. D. M. y D. A. M. D. M.) que alegan sus derechos como herederos del expropiado (folios 30 y 31), y solicitan que se les informe como interesados sobre las actuaciones que se han llevado a cabo. Tal personación exigiría por parte de la Consejería que se les otorgarse un trámite de audiencia para que acreditaran sus derechos en relación con el derecho de reversión, sin que pueda sostenerse que, por no comparecer en el trámite de información pública, han decaído en sus derechos (pues lo habían hecho con anterioridad), si es que finalmente los tuvieron a la vista de la escritura obrante como doc. núm. 33, en la que se describe (aunque existen deficiencias en la copia reproducida) que los tres hijos fueron declarados únicos y universales herederos abintestato, y se testimonia que los dos hermanos que ahora comparecen renunciaron expresamente a la herencia que les correspondía por el fallecimiento de su padre (folio 74), quedando como único interesado en la sucesión de D. A. D. M. su hijo D. G. D. M., que aceptó expresamente dicha herencia, y que es el solicitante de la reversión.

d) El borrador de Orden del titular de la Consejería, sin suscribir y sin que obre la propuesta que lo sustenta, establece en la parte dispositiva las cuotas de los distintos causahabientes, y reconoce a los herederos de D. L. C. C. el 45,30% de la finca, y al heredero de D. A. D. M. el 54,70%. Sin embargo, el derecho de reversión de D. A. D. M. ha de materializarse en la parcela primitiva de su causante, al producirse con la reversión una retrocesión de los bienes expropiados, y no en cuotas de la finca registral actual como si su derecho se hubiera transformado en una cuota de copropiedad; dicho reconocimiento al derecho de reversión de un causante, que no se extiende a los herederos del otro causante D. L. C. C., exigirá que se proceda con posterioridad a la división de la finca registral para acomodarla a las nuevas titularidades, pues la parcela expropiada a D. L. C. C. seguirá siendo un bien patrimonial de la Administración regional.

2) Requisitos objetivos: la desafectación previa y el plazo para ejercitarla.

Presupuesto previo de toda reversión es la desafectación del bien expropiado de la obra o servicio público que motivó la expropiación. La desafectación puede ser expresa o tácita, si bien esta última debe resultar de actos concluyentes, de acuerdo con diversos pronunciamientos judiciales (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de diciembre de 2000).

Cuando el interesado solicita la reversión en el año 1998, una vez transferido el inmueble a la Comunidad Autónoma, cabe preguntarse si el almacén se encontraba en desuso, puesto que no se aportan datos por parte de la Administración a este respecto, y el reversionista únicamente hace referencia a que con el traspaso del inmueble el bien deja de destinarse al fin para el que se expropió, afirmación incorrecta pues mezcla el cambio de titularidad con el uso al que se destinaba. Sin embargo el desuso desde hace años del almacén de trigo, no contradicho por los informes obrantes en el expediente, se recoge expresamente en el escrito presentado por los hermanos del reversionista (folio 30) *“Que el citado silo se encuentra sin servicio una gran cantidad de años, ya que ni anteriormente el Servicio Nacional del Trigo ni después la Comunidad Autónoma lo está utilizando (...)”*. En todo caso, la desafectación expresa del inmueble fue adoptada por acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 2003, en cumplimiento de los artículos 28 y 29 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que exige en todo caso la desafectación expresa, una vez constatado que la Consejería a la que se adscribió no tiene previsto la utilización del inmueble.

Esta cuestión se trae a colación en relación con el cumplimiento del requisito temporal para el ejercicio del derecho de reversión, y conforme al artículo 55 LEF el plazo será de un mes, a contar desde la fecha en que la Administración hubiera notificado la desafectación, o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado.

Podemos entender que se ha ejercitado la reversión en plazo, pese a que la desafectación se adoptó expresamente aproximadamente cinco años después de la petición de reversión, pues el interesado compareció en el expediente por el desuso del inmueble, de acuerdo con lo expresado por la Sentencia precitada del Tribunal Superior de Justicia de Murcia: *“Asimismo la jurisprudencia ha señalado que la desafectación es una garantía jurídica que la LEF indudablemente persigue de no dejar indefenso al expropiado cerrándole el paso mientras no se declare espontáneamente por la Administración y no se le comunique la desafectación del bien al destino público al que se afectó, a cuya precisión acuden los artículos 55 LEF y 54 y 65 REF, no sólo cuando ello se decida y notifique por la Administración, sino por simples actuaciones de hecho advertidas por los interesados de la reversión.*

III. Valoración de la parcela que se revierte.

Conforme al artículo 54 LEF, antes de la modificación operada por la LOE, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad abonando a la Administración su justo precio, y se estimará como tal el valor que tenga la finca en el momento en que se solicite la recuperación, fijado con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo III del Título II LEF. Congruentemente con la normativa aplicable al presente supuesto, la valoración debe ir referida a la fecha de la solicitud de la reversión (el 20 de octubre de 1998), como sugiere el informe del Servicio Jurídico de la Consejería proponente, a cuyos efectos, declarada la reversión deberá procederse de oficio a la valoración de la parcela expropiada a D. A. D. M., obrando en el expediente diversos informes técnicos al respecto (dos del Arquitecto de la Dirección General de Patrimonio y un tercero, que se desconoce quién lo ha aportado al expediente), pero referidos a la totalidad de la finca.

En cuanto a la determinación de su justo precio hay que tener en cuenta, como acertadamente recoge el informe del Arquitecto de la Dirección General de Patrimonio

de 27 de diciembre de 1999, que la finca, aunque formalmente clasificada como suelo no urbanizable en el año 1998, por su situación real de proximidad al casco urbano y su desarrollo urbanístico futuro ya gozaba de un valor urbanístico superior y aproximado al valor de las zonas urbanas, confirmado por la posterior revisión del Plan General Municipal del municipio de Lorca, que la ha clasificado como suelo urbanizable sectorizado, según el informe posterior del mismo Arquitecto de 6 de junio de 2003.

A este respecto, aunque el artículo 54 LEF establece como momento en el que se realiza la cuantificación el de la solicitud de la reversión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por una interpretación finalista y no literal del precepto, aplicando como criterio de valoración el previsto para esos terrenos por el planeamiento urbanístico, independientemente de que no se hubiera alcanzado esa clasificación en el momento en que se solicitó la reversión. Así, en la sentencia de la Sala 3ª, de 20 de abril de 1999 (al igual que las de 20 de junio y 29 de mayo de 1995, entre otras) se declara:

“En este sentido, decíamos también, se pronunció esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 1993 (...) al resolver otro supuesto idéntico, declarando que, al estar pendiente la finca de una prevista y determinada reclasificación urbanística, que había de producirse antes de que los bienes se encontrasen de nuevo en la posesión del reversionista, si se hubiesen valorado, como solicita la entidad apelante, conforme a su clasificación urbanística al momento de solicitarse la reversión, se produciría un enriquecimiento sin causa para quien ha de percibir el justiprecio de aquélla, mientras que, si éste se fija conforme a la clasificación de suelo al momento de revertir a su antiguo propietario, se habrá obtenido el valor de sustitución, que es el fin pretendido por el tantas veces citado artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa”.

De lo anterior se desprende *a sensu contrario* que de no tenerse en cuenta el valor urbanístico de la finca, y concretamente de la parcela a revertir, se produciría un enriquecimiento injusto por parte del reversionista sin que la Administración hubiera obtenido el valor de sustitución, que es el fin pretendido por el artículo 54 LEF.

Por último, podemos concluir con la reflexión de algún autor de que si el justiprecio fuera justo los potenciales reversionistas no tendrían interés en recuperar sus bienes.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La reversión se ha de regir por la ley vigente en el momento de ejercitarse, y para la petición de reversión de D. G. D. M., respecto a la parcela de su causante, tal ley era la LEF de 1954, todavía no modificada por la LOE, con fundamento en lo dispuesto en su Disposición Transitoria Segunda. Por el contrario, a la petición de reversión de los causahabientes de D. L. C. C., respecto a la parcela expropiada a su causante, le es aplicable la reforma introducida por la LOE en la LEF y, por tanto, la Consejería debería oponer frente a éstos la excepción a la reversión por permanencia al fin que justificó la expropiación durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio, si se acredita tal concurrencia, y/o la prescripción de la acción para el ejercicio del derecho de reversión (20 años desde la toma de posesión).

SEGUNDA.- Se ponen de manifiesto a la Consejería consultante para su consideración otras cuestiones que derivan del expediente, especialmente las siguientes:

- No consta la acreditación de la representación con la que dice actuar G. D. M. respecto a los herederos de otro causante (Consideración Quinta, II, 1.a).

- Debe otorgarse un trámite de audiencia a los dos hermanos del reversionista, que han comparecido en el expediente, para que acrediten los derechos que dicen ostentar (Consideración Quinta, II, 1.c).

- Los derechos del reversionista se materializan en la parcela de su causante (no en cuotas de la finca resultado de la agrupación), debiendo modificarse a este respecto el borrador de Orden, también para excluir del reconocimiento del derecho de reversión a los herederos de D. L. C. C. respecto a la parcela expropiada de su causante (Consideración Quinta, II, 1. d).

- Consecuencia del reconocimiento del derecho de reversión a D. G. D. M. sería la división de las parcelas agrupadas en la finca núm. X para acomodarla a las titularidades resultantes del derecho ejercitado (Consideración Quinta, II, 1.d).

- Para la valoración de la parcela del reversionista han de tenerse en cuenta las consideraciones que se realizan en la Consideración Quinta, III.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 52/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. L. C. C., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. I. C. M., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/04/06

Extracto de Doctrina

Tratándose de una indemnización de daños y perjuicios, es necesario que los reclamantes prueben tanto la realidad del daño como su cuantía, conforme exige el artículo 6 RRP al disponer que la reclamación deberá ir acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de los que pretende valerse.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Director del Centro de Educación Infantil y Primaria “Mare Nostrum” de Cartagena envía a la Consejería de Educación y Cultura una “comunicación de accidente escolar”, ocurrido el día 29 de septiembre de 2003, según la cual el alumno C. I. C. M., que cursaba en aquella fecha sexto de Educación Primaria, estaba jugando durante el recreo colgado de una portería y, posiblemente por un empujón, cayó al suelo golpeándose el codo.

SEGUNDO.- Al parte de accidente une el Director escrito firmado por el padre del alumno accidentado, mediante el que formula 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), al que acompaña la siguiente documentación: a) informe de un centro médico en el que se describen las lesiones padecidas por el menor; b) factura de ese mismo centro por importe de 40 euros; c) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre el reclamante y el alumno.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de fecha 2 de febrero de 2004, aquél, mediante escrito fechado el día 3 de octubre de 2005, solicitó el preceptivo informe del centro, que fue remitido el siguiente día 10, indicando el Director lo siguiente:

“Con relación al informe que me solicitan sobre el supuesto accidente escolar del antiguo alumno C. I. C. M. informo lo siguiente:

-A la hora del recreo, el niño según comunica el padre al día siguiente, estaba jugando colgado de una de las porterías de fútbol sala. Posiblemente por un empujón cayó y se golpeó el codo izquierdo.

-Esa misma tarde fue llevado al médico por su padre y se adjuntó el correspondiente parte.

-El niño no dijo nada a ningún profesor ni fue visto el accidente por los vigilantes del recreo. Ese es el motivo del desconocimiento de los detalles del mismo.

-Todos los detalles son los expuestos por el padre en su visita al colegio al día siguiente. Pero al no decir nada nuestro alumno no pudimos contrastar con nadie la versión, ni en sentido afirmativo ni en el negativo”.

CUARTO.- El instructor notificó al interesado, con fecha 10 de octubre de 2005, la apertura de trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Tras haber dejado de prestar sus servicios en la Consejería de Educación y Cultura el instructor del expediente, D. P. J. V. C., el Secretario General de dicha Consejería procedió a designar nueva instructora, dando traslado al reclamante a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a la recusación del aquélla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 en relación con el 28 LPAC.

QUINTO.- El día 15 de marzo de 2006 fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno 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 22 de marzo 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 tales 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 copia del Libro de Familia obrante al folio 2 y siguientes del expediente, el reclamante es padre del alumno lesionado y al ser éste menor de edad le corresponde ejercitar su representación legal conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que 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, por tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el CEIP Mare Nostrum de Cartagena.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP. No obstante, es preciso señalar que 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 dos años y seis meses, sin que la circunstancia de haber dejado de prestar servicio en la Consejería de Educación y Cultura el funcionario que lo instruyó constituya justificación para ello. Como ha tenido ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en otros Dictámenes emitidos en procedimientos que han sufrido dilaciones de tramitación similares, estos retrasos colisionan frontalmente con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa, debiendo adoptar la Consejería consultante las medidas oportunas para que hechos como éste no se repitan.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

1) De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona la misma, no se advierte que concurran en los hechos examinados todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa de los mismos.

En efecto, el sistema de responsabilidad patrimonial diseñado por los artículos 139 y siguientes LPAC ha sido calificado por la doctrina y la jurisprudencia 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 de causa a efecto, sin intervención extraña que pueda influir alterando el nexo causal; c) que no se haya producido fuerza mayor, única hipótesis excepcionante de la responsabilidad de la Administración.

Del examen del expediente que nos ocupa resulta que el menor C. I. sufre una artritis traumática en el codo izquierdo, lesión que, según su padre, se habría producido al caer

de una portería de la que se había colgado para jugar durante el recreo. Ahora bien, de esta afirmación sólo ha quedado probado en el expediente la realidad de las lesiones que se afirma padece el menor; sin embargo, la también alegada circunstancia de que aquéllas fueran consecuencia de un accidente ocurrido en el recinto escolar, más concretamente, en el patio del Colegio, no ha sido objeto de actividad probatoria alguna. En efecto, según indica el Director en su informe los datos que se facilitan sobre el supuesto accidente escolar no son otra cosa que la transcripción de lo manifestado por el reclamante, ya que no existe constancia en el centro escolar de que el alumno sufriera incidente alguno durante el recreo del día 29 de septiembre de 2003, a pesar de que dicha actividad estuvo controlada por los profesores encargados de la vigilancia.

Como ya ha tenido ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en varios Dictámenes (entre ellos el núm. 49/2003), tratándose de una indemnización de daños y perjuicios, es necesario que los reclamantes prueben tanto la realidad del daño como su cuantía, conforme exige el artículo 6 RRP al disponer que la reclamación deberá ir acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de los que pretende valerse, circunstancias todas ellas que no han sido cumplimentadas por el reclamante.

A este respecto hay que recordar que es principio general, con arreglo a lo que dispone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que corresponde a quien reclama la carga de la prueba de cuanto alega. En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 14 y 21 de septiembre de 1998, consideran que la carga de la prueba ha de ajustarse a la regla general, según la cual, cada parte debe soportar la de los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invoca a su favor.

Por todo ello, este Consejo entiende que en el presente caso no ha quedado acreditado que el menor sufriera un accidente en el centro escolar, y, por lo tanto, tampoco que se cumpla el requisito de la existencia de un daño como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Pero es que, aun admitiendo, a efectos puramente dialécticos, que los hechos ocurrieran tal como los describe el reclamante, tampoco cabría afirmar que el daño fuese imputable a la Administración educativa regional ya que, tal como ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo de Estado en relación con daños producidos en supuestos de tropiezos o caídas considerando que en estos casos, 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 2099/2000). A este respecto, no se ha alegado y mucho menos probado por el interesado que los hechos se produjeran por una inadecuada vigilancia de los profesores o una inadecuada ubicación o estado de las instalaciones, ya que, según se desprende del informe del Director (cuyo contenido, en lo que a descripción de los hechos se refiere, es una mera reproducción de la información verbal facilitada por el padre del alumno accidentado), la caída se produjo accidentalmente, sin que interviniese ningún otro factor coadyuvante, ya que la presunta intervención de un tercero que empujara sin intención, no deja de ser una mera conjetura que ni tan siquiera ha sido probada por el reclamante.

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, no se ha probado que se haya producido con ocasión de la prestación del servicio público, y aunque se admitiera que sí lo fue, no podría afirmarse que tuviera como causa el funcionamiento de dicho servicio público 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 el alumno y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 53/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. E. B., en nombre y representación de su hijo menor de edad E. J. E. C., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/04/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 23.

DICTAMEN 54/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. F. J., en nombre y representación de su hijo menor de edad Z. M. F., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/04/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 55/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a I. M. L. L., en nombre y representación de su hija menor de edad C. G. L., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/04/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 23.

DICTAMEN 56/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. A. J., en nombre y representación de su hija menor de edad M. A. A., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 10/04/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 57/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. G. C., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante : Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 10/04/06

Extracto de Doctrina

La concurrencia de circunstancias especiales en la carretera (obras en este caso) obligan al conductor a extremar la prudencia y a observar una especial diligencia en la conducción, de tal forma que adecue la velocidad, ponderando el estado de la vía, a las condiciones y a cualquier otra circunstancia que concurra en el momento, de manera que siempre pueda detener el vehículo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse, como señala el artículo 19, apartado 1, 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de julio de 2005, D. D. G. C. presenta en el registro de entrada de la Consejería de Agricultura y Agua escrito dirigido a la Dirección General del Agua, en el que reclamaba la cantidad de 175,16 euros como indemnización por los daños sufridos por su vehículo a consecuencia, según afirmaba, de haber introducido la rueda delantera derecha en el registro de una tapadera de alcantarillado ubicada en la carretera de Zeneta a Beniel, a la altura del Colegio Público Antonio Monzón, que se encontraba en obras contratadas por la citada Dirección General, las cuales carecían de señalización alguna que advirtiera de su existencia. Como consecuencia del impacto la rueda se reventó, haciendo que la reclamante perdiera el control de su vehículo, chocando contra el bordillo y dañando las llantas delantera y trasera del lado derecho del vehículo.

Añade la interesada que, en principio, ante la creencia de que la responsabilidad correspondía al Ayuntamiento de Beniel, presentó ante este último organismo reclamación fechada el día 23 de diciembre 2004, que fue resuelta por la Junta de Gobierno de la citada Corporación Local, denegando su solicitud por haberse producido el accidente en la carretera F-17, de titularidad autonómica, y como consecuencia de unas obras ejecutadas por dicha Administración. Se indicaba que se procedía a la remisión de la reclamación a la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente.

La Sra. G. une a su escrito la siguiente documentación:

- Factura de un establecimiento de reparación y venta de neumáticos a nombre de la interesada, por importe de 175,16 euros.
- Copia de la reclamación presentada ante el Ayuntamiento de Beniel.
- Copia del certificado del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del citado

Ayuntamiento, denegando, por falta de legitimación pasiva, la reclamación deducida por la interesada.

SEGUNDO.- Con fecha 6 de octubre de 2005, el órgano instructor dirige a la reclamante un oficio 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).

Se comunicaba también en dicho escrito la admisión a trámite de su solicitud y la designación de instructor.

TERCERO.- Mediante oficio de 17 de octubre de 2005, el instructor requiere de la Dirección General del Agua, el informe previsto en el artículo 10.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), solicitando, en concreto, información sobre los siguientes extremos:

“-Realización de obras en el lugar indicado por el reclamante.

-En su caso, fecha de comienzo y terminación de las mismas, trabajos concretos realizados y empresa adjudicataria.

-Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público.

-Cualquier otra cuestión que estime de interés”.

Con la misma fecha el instructor se dirige a la reclamante requiriéndole el envío de la siguiente documentación compulsada:

1. Documento nacional de identidad y permiso de conducir de la conductora del vehículo.
2. Permiso de circulación y tarjeta de inspección técnica del vehículo siniestrado.
3. Contrato de seguro del vehículo siniestrado.
4. Indicación de si, en el lugar de los hechos, intervino la Guardia Civil, Policía Local, etc., y si como consecuencia de dicha intervención se levantó atestado.

Asimismo se le indica que, al amparo de lo previsto en el artículo 6 RRP, podrá aportar los documentos e informes que estime oportunos, proponiendo, en su caso, la práctica de prueba, concretando los medios de que pretende valerse.

Finalmente, se le señala haber solicitado a la Dirección General del Agua para que informase de lo ocurrido, quedando, por lo tanto, en suspenso el procedimiento hasta la recepción de dicho informe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 c) LPAC.

El anterior escrito fue reiterado a la reclamante el día 9 de enero de 2006.

CUARTO.- Recabado del Ayuntamiento de Beniel testimonio de las actuaciones que se siguieron ante dicha Corporación Local como consecuencia de la reclamación presentada por la interesada, por el Alcalde del citado Ayuntamiento se cumplimenta el requerimiento con fecha 19 de octubre de 2005, adjuntando la siguiente documentación:

- Instancia presentada por la Sra. G..
- Factura de la reparación.
- Notificación del acuerdo de la Junta de Gobierno.

QUINTO.- Con fecha 24 de enero de 2006, la interesada presenta escrito adjuntando copia compulsada de la documentación que le había sido requerida, indicando que no se instruyó atestado del accidente y proponiendo como prueba la documental consistente en dar por reproducidos los documentos que se unieron al escrito de iniciación del expediente.

SEXTO.- Con fecha 30 de enero de 2006 el ingeniero director de las obras, a cuya ejecución se imputan los daños sufridos por la reclamante, emite informe en el que indica lo siguiente:

“Las obras del Colector General se ejecutaron durante 24 meses, quedando finalizadas en el mes de diciembre de 2004.

Durante todo el desarrollo de los trabajos se ha mantenido el Plan de Seguridad y Salud de las obras, coordinado por D. D. B. D.. Entre las medidas del Plan se contempla la señalización viaria durante la ejecución de los trabajos, en especial en todo el tramo que afecta a la carretera de Beniel a El Raiguero-Zeneta, en la que se ha abierto zanja con protección de tablestacas y tras colocar la conducción (de 630 mm. de diámetro) se ha rellenado, compactado y se ha pavimentado toda la calzada, con doble capa de aglomerado asfáltico”.

Como conclusión se tiene constancia de haber mantenido las condiciones mínimas suficientes de seguridad durante todo el desarrollo de las obras”.

SÉPTIMO.- El 30 de enero de 2006 el Servicio Jurídico de la Dirección General del Agua, emite informe en el que considera que procede desestimar la reclamación al no estar acreditados los requisitos exigidos por el artículo 139.1 LPAC.

OCTAVO.- El instructor notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

NOVENO.- El 13 de marzo de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por las razones expresadas en el informe del Servicio Jurídico.

DÉCIMO.- Con fecha 16 de marzo de 2006 tiene entrada en este Consejo Jurídico oficio de la Consejería de Agricultura y Agua 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, en principio, puede entenderse iniciado por persona legitimada para ello, puesto que la Sra. G. afirma haber sufrido daños en un vehículo de su propiedad. Sin embargo, la documentación aportada sólo permite apreciar tal legitimación de modo indiciario. Así, la interesada no identifica en ningún momento el vehículo siniestrado, acompaña una factura a su nombre, pero en la que no se especifican los datos correspondientes al automóvil reparado y, finalmente, el permiso de circulación que remite a requerimiento del instructor corresponde al turismo X, a nombre de D. P. L. G. N., con el mismo domicilio que la reclamante, lo que permite suponer que a ambos les une relación de parentesco que, por la coincidencia del primer apellido, bien podría ser paterno filial.

Una correcta instrucción hubiera exigido requerir, en su momento, a la reclamante para que aclarase estos extremos. No obstante, este Consejo Jurídico considera adecuado entrar a conocer del fondo del asunto, sin perjuicio de que una eventual resolución estimatoria de la pretensión deducida exigiría, con carácter previo al abono de la indemnización que pudiera fijarse, que se aportara la documentación que permitiera apreciar indubitadamente la legitimación con la que actúa la Sra. G..

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser tanto la carretera donde se produce el accidente como las obras que en ella se ejecutaban de titularidad regional, tal como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento y, especialmente, de los informes del Servicio Jurídico y del Ingeniero Director de las Obras, ambos de la Dirección General del Agua, dicha legitimación corresponde a la Administración regional.

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.

TERCERA.- Sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

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 de señalización de las obras que se estaban ejecutando. 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 tanto del registro de la boca de alcantarillado en la que afirma introdujo la rueda de su vehículo, como del estado en que este último quedó después del accidente, haber propuesto la declaración de algún testigo, etc.

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 exhaustiva. 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 19 y 23), 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 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.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Daño real, concreto y susceptible de evaluación económica.

No ha acreditado la interesada que el vehículo que conducía haya sufrido los daños por ella descritos, ya que la factura aportada sólo es indicativa de haber suministrado a la Sra. G. unas cubiertas y unas llantas, lo que resulta insuficiente para establecer la existencia de un daño real, concreto y susceptible de valoración económica.

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

Aun aceptando, a meros efectos dialécticos, que dicho daños se produjeron, la interesada no ha probado que su causa se encuentre en la falta de señalización de las obras del colector general que la Dirección General del Agua ejecutó en la carretera de Beniel a El Raiguero-Zeneta.

Sin embargo, ante la pasividad probatoria de la reclamante, la Administración sí ha desplegado los medios de prueba a su alcance, habiendo quedado acreditado en el expediente que existe constancia de que durante todo el tiempo en el que se desarrollaron las obras, se mantuvieron las condiciones mínimas suficientes de seguridad (informe del Ingeniero Director de las Obras, que figura al folio 36 del expediente).

Cabe asimismo señalar que la concurrencia de circunstancias especiales en la carretera (obras en este caso) obligan al conductor a extremar la prudencia y a observar una especial diligencia en la conducción, de tal forma que adecue la velocidad, ponderando el estado de la vía, a las condiciones y a cualquier otra circunstancia que concurra en el momento, de manera que siempre pueda detener el vehículo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse, como señala el artículo 19, apartado 1, 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.

Por lo tanto, al no haberse acreditado la realidad del daño ni 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 58/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a V. F. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. G. F., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 10/04/06

Extracto de Doctrina

La existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos o psíquicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 23 de diciembre de 2004, D. V. F. M. interpone reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional, solicitando una indemnización de 14.000 euros, por los daños padecidos por su hija de tres años de edad, M. G. F., el 5 de octubre de 2004 en el Colegio Público “Francisco Noguera Saura”, de San José de la Vega (Murcia).

Relata la reclamante que, cuando acudió al Colegio al final de la jornada de la mañana a recoger a su hija, su tutora le informó que un niño, durante el tiempo de recreo,

había pegado a la niña detrás de los servicios, indicándole que no se preocupara, pues eran “cosas de niños”. Asimismo le dijo que, durante el mismo recreo, también habían pegado a otro niño.

Al examinar a su hija observó diversas contusiones por todo el cuerpo, mordeduras y arañazos, razón por la cual acudió a un médico que constató las siguientes lesiones, enumeradas en informe aportado junto a la reclamación:

- Lesión por mordedura en antebrazo derecho de 3x4 cm.
- Lesión en pómulos izquierdo de 3,5x 2,5 cm. Por contusión.
- Varias lesiones líneas (sic) en cuello.
- Contusión en espalda de 2x2 cm.

Al día siguiente mantuvo una entrevista con el Director del Colegio, afirmando la reclamante que éste manifestó su ignorancia de lo sucedido, primero, para luego mostrarse indiferente. Ante dicha actitud acude a la Inspección Educativa, siendo atendida por el Inspector de Zona, quien le manifiesta que se observan ciertas negligencias, especialmente zonas ocultas en el patio, lo que es contrario a la normativa, ya que el patio debe estar totalmente visualizado para los profesores que se ocupan de la vigilancia.

El 8 de octubre la niña continúa con dolores, por lo que es atendida en el Servicio de Urgencias de la Clínica Virgen de la Vega, de Murcia, constando en el parte de urgencias que la niña padece “*múltiples contusiones, hematomas en tronco y piernas. Erosión en cara y espalda*”.

Según la interesada, la niña no ha vuelto al Colegio en que sufrió la agresión, siendo matriculada en otro centro. Como consecuencia del incidente, Myriam presenta alteraciones en la conducta (llantos sin motivo, miedos, demanda continua de protección materna, trastornos en el sueño e incontinencia, la cual ya había superado tiempo atrás). Sometida a estudio en un centro psicológico privado, la menor presenta “*síntomas compatibles con trastorno adaptativo con ansiedad*”, lo que determina que deba continuar en tratamiento psicoterapéutico.

Evaluada la niña por un especialista en valoración del daño personal, éste constata la existencia de “*dos cicatrices hipercrómicas, una de dos centímetros en la espalda, región dorsal y una de tres centímetros en mejilla izquierda visibles todavía*”.

Para la reclamante, el daño padecido por su hija proviene de un anormal funcionamiento del servicio educativo, ante la falta de control sobre los alumnos, considerando que, de haberse cumplido las prescripciones de la Orden de 29 de junio de 1994, del Ministerio de Educación y Ciencia, por la que se aprueban las instrucciones que regulan la organización y funcionamiento de las escuelas de Educación Infantil y Primaria, cuyo artículo 79 exige la presencia durante el recreo de “*un maestro por cada treinta alumnos, o fracción, de educación infantil, procurando que siempre haya un mínimo de dos maestros*”, el incidente no se habría producido.

Considera la reclamante que existe una omisión del deber de vigilancia (*culpa in vigilando*) que incumbe a la Administración educativa sobre los escolares puestos a su cargo, pues los profesores no adoptan las medidas pertinentes de cuidado y atención sobre los alumnos en el recreo, máxime cuando la edad de éstos oscila entre los 3 y los 5 años y el

lugar donde juegan presenta zonas ocultas a la vigilancia. Además, el niño que agredió a M. había protagonizado ya otras peleas el mismo día de los hechos y su víspera, sin que se le vigilara de forma especial aun cuando los profesores conocían su carácter violento.

Afirma la reclamante desconocer, en el momento de presentar su solicitud, el alcance de las lesiones padecidas por la niña, por lo que, con sometimiento expreso al baremo para la valoración de los daños personales acaecidos en accidentes de circulación, estima prudencialmente que la indemnización debe ser de 14.000 euros.

Finaliza su reclamación proponiendo diversa prueba testifical (declaración de la tutora, del Director del Colegio y del Inspector de Zona, así como de los distintos facultativos que asistieron a la niña; también se solicita la declaración del padre de la niña y de la propia interesada) y documental.

Acompaña a la solicitud la siguiente documentación:

- Reportaje fotográfico, en el que se aprecian diversos hematomas y erosiones en cara, cuello y espalda de la niña, así como marca de mordedura en un antebrazo.
- Informes médicos descriptivos de las lesiones físicas.
- Informe psicológico.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución de 18 de febrero de 2005, de la Secretaría General de la Consejería consultante, se designa instructor, advirtiéndose una absoluta paralización del procedimiento, pues ninguna actuación se produce hasta que el 5 de julio de 2005 la interesada solicita el certificado de silencio administrativo, que será expedido el 6 de septiembre siguiente y notificado el 27 del mismo mes.

TERCERO.- El 9 de septiembre de 2005 la interesada interpone recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación por silencio administrativo de su reclamación de responsabilidad patrimonial.

Consta en el expediente la demanda en la que, tras reiterar los hechos y fundamentos contenidos en su reclamación inicial, la actora solicita una indemnización de 12.015,27 euros, amparándose en el baremo establecido por la normativa de seguros, conforme al siguiente detalle:

- 690,35 euros por secuelas físicas, consistente en perjuicio estético ligero, por cicatriz de 1,5 cm. hipercrómica en mejilla izquierda y mancha hipercrómica en espalda de 1,5 cm. ovalada, a la que atribuye un punto.
- 7.381,62 euros en concepto de secuelas psicológicas, consistentes en trastorno por estrés agudo equiparable a una neurosis postraumática, valorada en 9 puntos.
- 2.673,3 euros, por los 105 días no improductivos. El cómputo de tales días comprende desde el 4 de octubre de 2004 (fecha de la agresión) al 17 de enero de 2005, fecha de alta definitiva.
- 250 euros, por honorarios del especialista en valoración del daño corporal.
- 1.020 euros, por honorarios de psicólogo.

CUARTO.- Con fecha 7 de octubre de 2005 el instructor solicita al Director del Colegio donde ocurrieron los hechos informe acerca de los mismos.

Emitido el referido informe el 11 de octubre de 2005, se indica que en el momento de producirse el incidente, durante el segundo recreo, cinco profesoras vigilaban a los niños. Relata lo sucedido en los siguientes términos:

“El niño C. R. M. B., de Infantil 3 años, al que ya había amonestado sentándolo en un banco por pegar a otros niños, pegó a M. G. F., de la misma clase.

Los hechos ocurrieron junto a la fuente que hay entre los dos pabellones de Infantil cuando ya se estaban llamando a las filas.

La tutora, que estaba de guardia, en ese momento se encontraba en el aseo atendiendo a una niña que se había hecho pipí. Los niños fueron separados por la profesora M. D. M. P., y la niña fue curada por G. Z.G..

Se le observó un golpe en la cara, bocado en el brazo y arañazos en el cuello.

La niña se calmó pronto en la clase y no se vio en ese momento motivo para llamar a la madre pues las heridas no eran graves y faltaba poco para salir.

Al salir, se cogió a la niña de la mano para que no se fuera sin hablar con la madre. Cuando llegó se le explicó lo que había pasado, al preguntar donde había ocurrido, se le indicó que en ese momento no lo sabía bien, pues no había podido hablar con la profesora que los separó, ya que mientras la curaban ya había entrado a clase con sus alumnos”.

QUINTO.- Con fecha 1 de diciembre de 2005 se designa nueva instructora del procedimiento, que recaba sendos informes de la Inspección de Educación y de la Unidad Técnica de Centros Educativos.

1) Según el Inspector actuante, *“oídos, el Equipo Directivo, maestra-tutora y demás maestros de Educación Infantil y vistos el patio de recreo y otras dependencias, no observa irregularidades en relación con la organización y desarrollo de la vigilancia y cuidado de los alumnos en los tiempos de recreo ni en los espacios destinados al mismo. Considera que en el incidente al producirse de manera inesperada, no pueden ser evitadas las lesiones producidas a pesar de la inmediata intervención de la maestra encargada de la vigilancia, y se limita a insistir al Equipo Directivo y Docente que las medidas de vigilancia deben de extremarse en los niveles de Educación Infantil.*

(...)

...no se detecta negligencia en el ejercicio de sus funciones por parte del profesorado o Equipo Directivo, ni zonas en el patio de recreo consideradas peligrosas para la seguridad de los niños, por lo que no se emitió informe alguno con propuesta de incoación de expediente disciplinario ni de otras medidas.

(...)

... se tiene que resaltar la limitación del maestro responsable del cuidado y vigilancia de los niños en los tiempos de recreo y de actividades en el aula, para con su intervención conseguir evitar agresiones entre niños, con las consecuentes y lamentables lesiones y secuelas, debido a la rapidez con que se producen las mismas, cuando la maestra interviene separando a los dos niños que se pelean, el escaso tiempo transcurrido para llegar a los niños, hace inevitable el arañazo, el mordisco u otro tipo de lesión; por lo que a pesar de la diligente vigilancia de los maestros en los patios de recreo, el tipo

de incidentes que nos ocupa, con diferentes niveles de lesiones y secuelas, se producen escapando al control del maestro vigilante.”

2) La Unidad Técnica consultada, por su parte, informa que la normativa aplicable en la construcción de centros escolares no hace *“ninguna mención a que por la disposición de los edificios que pueden conformar el recinto escolar, pudiera tener zonas ocultas en el patio, según se indica en la reclamación. Indicamos asimismo que en el espacio entre los dos edificios existía una fuente de agua para uso de los alumnos de forma que ese espacio ha sido siempre utilizado”*.

SEXTO.- Con fecha 25 de enero de 2006, la instructora remite al Director del colegio un pliego de preguntas para su respuesta por la tutora de la niña. La contestación de la docente se produce al día siguiente, describiendo el incidente en los siguientes términos:

“C. estaba pegando a M., una profesora los vio, se dirigió a ellos y los separó, ocurrió entre los dos pabellones de Infantil, al lado de la fuente de agua, dicha fuente es visible en una vigilancia normal.

La profesora que separó a los niños fue M. D. M., tutora de uno de los cursos de 5 años, G. Z., profesora de apoyo fue quien comenzó a curarla pues M. D. iba a entrar con sus alumnos, la tutora acabó con ella la curación que consistió en la limpieza y desinfección con betadine de los arañazos de cara y cuello y lavado del mordisco. Mientras se la curaba le íbamos hablando para que se calmara, como hacemos en todas las curas que se realizan a los alumnos, tratándola como si fuera nuestra propia hija. La niña poco a poco dejó de llorar y en la clase tuvo un comportamiento normal, no viendo la tutora necesaria otra intervención.

El alumno que causó el incidente se le reprendió y explicó que los niños/as no tienen que pelear sino ser amigos y jugar. El día siguiente estuvo durante el recreo sentado en el banco.

El mismo día el niño había pegado a otro y también se le tuvo sentado, aunque se levantó en dos ocasiones. Esta primera vez pegó sin morder o arañar.

El niño era y sigue siendo inquieto, de vez en cuando pega, pero como lo puede hacer otro niño. Hay que tener en cuenta que los hechos ocurrieron durante los primeros días de su escolarización, en el periodo de adaptación, el que los niños aún no han asimilado las normas. Es además de los menores de la clase, en ese momento no tenía todavía los tres años, y a esta edad les resulta difícil adaptarse a nuevas normas y al trato con otros niños y niñas.

Entre menores es inevitable que surjan peleas y disputas, de este suceso en concreto no logramos que nos diera una explicación, si la niña le había dicho o hecho algo con anterioridad para que reaccionara de este modo.

Como he mencionado antes es inevitable que haya peleas o niños que peguen, esto ocurre en cualquier zona del patio y la zona en que ocurrió no se destacaba del resto del patio en cuanto a número de incidentes.

Ya en el anterior informe se dijo que al explicar a la madre lo ocurrido no le pude responder con exactitud dónde había pasado puesto que yo no lo vi y no había podido hablar con la profesora que los había separado; posteriormente hablé con ella por teléfono y le dije que viniera y que hablara con la profesora para que le explicase dónde ha-

bía pasado, indicándole que la esperaba el día siguiente, pero ya no volvió al colegio”.

Al día siguiente, la instructora abre el trámite de audiencia, del que no hará uso la interesada, al no presentar alegaciones ni documento alguno.

SÉPTIMO.- Consta en el expediente la entrevista inicial que se realiza a los padres de alumnos de Educación Infantil al inicio del curso (23 de septiembre de 2004) y en ella se manifiestan, entre otros aspectos, que la pequeña todavía carecía de control de esfínteres durante la noche y que sufría pesadillas.

OCTAVO.- El 27 de febrero de 2006 se solicitó a la Dirección General de Enseñanzas Escolares informe acerca de los daños psicológicos padecidos por la niña y su conexión con la actuación de los profesores durante y tras el incidente. Este informe no obra en el expediente, afirmándose en la propuesta de resolución que no ha sido emitido.

NOVENO.- Con fecha 8 de marzo de 2006 se dicta propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar la instructora que se produjo una omisión del deber de vigilancia que incumbía a los profesores encargados del control de los alumnos durante el recreo. No obstante reduce a la cantidad de 1.500 euros la indemnización a abonar a la interesada, al no considerar acreditados determinados extremos y criterios utilizados para efectuar la valoración.

En tal estado de tramitación y 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 que tuvo entrada el pasado 15 de marzo 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 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.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que la reclamación fue formulada por persona que dice ostentar la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil. No obstante, no consta en el expediente documentación acreditativa del parentesco entre la reclamante y la menor, lo que debió llevar al primer instructor del procedimiento a requerir la subsanación del defecto de representación, en aplicación del artículo 32.3 y 4 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, 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 público donde ocurrió el accidente.

II. La solicitud fue presentada dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC para la prescripción del derecho a reclamar.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No obstante, procede hacer las siguientes consideraciones:

a) La tramitación del procedimiento se extiende ya durante más de quince meses, excediendo en mucho el plazo máximo que para la sustanciación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial fija el artículo 13.3 RRP (seis meses).

Resulta especialmente reprochable la absoluta paralización del procedimiento que se advierte tras la designación del primer instructor, sin que llegue éste a efectuar actuación alguna antes de que transcurra el referido plazo de seis meses y la interesada solicite la certificación de haberse producido el silencio administrativo. Una nueva infracción de plazo, ésta especialmente significativa, se da entre la recepción de dicha solicitud el 13 de julio de 2005 en el registro de la Consejería competente para resolver, y su notificación el 27 de septiembre, cuando el artículo 43.5 LPAC establece un máximo de 15 días para expedirlo.

b) De las pruebas propuestas y no practicadas.

No consta que se hayan practicado todas las pruebas propuestas por la interesada, ni que se haya dictado resolución motivada por la instructora rechazándolas por ser manifiestamente improcedentes o innecesarias (artículo 80.3 LPAC y 9 RRP).

Como ya advirtiera el Consejo Jurídico en Dictamen 165/2003, el derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento no es omnímodo, y así lo ha entendido el legislador en el artículo 80.3 LPAC, al posibilitar al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, aunque, dada su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el ciudadano, rodee tal decisión de garantías. Tal carácter cabe predicar de la exigencia de una resolución expresa, garantía aparentemente formal pero que presenta evidentes repercusiones de índole 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.

De hecho, en el supuesto sometido a consulta, y aunque los hechos alegados por la interesada no han sido tenidos por ciertos por los sucesivos instructores del procedimiento, éstos no han abierto, como habría sido procedente, el correspondiente período de prueba (artículo 80.2 LPAC), ni se pronuncian de manera expresa acerca de diversas pruebas testificales (“declaración”, en términos de la reclamante) propuestas por ella. Este inmotivado rechazo de la prueba cabe calificarlo de arbitrario y podría dar lugar a indefensión

cuando, sin justificación expresa alguna, se impide al interesado traer al procedimiento elementos de juicio y pruebas que convienen a su defensa.

Ello no obstante, tanto el sentido estimatorio de la propuesta de resolución como el silencio de la reclamante cuando, con ocasión del trámite de audiencia, se aquieta ante la no práctica de la prueba por ella propuesta, llevan a este Consejo Jurídico a considerar que no procede retrotraer las actuaciones sea para llevar a efecto la prueba, sea para dictar resolución expresa acerca de su rechazo. Sin perjuicio, debería completarse la propuesta de resolución con un pronunciamiento motivado acerca de la prueba propuesta y no practicada.

Esta consideración acerca de la actitud silente de la interesada en el trámite de audiencia, que lleva al Consejo Jurídico a entrar en el conocimiento del fondo del asunto, sin entender precisa la retroacción del procedimiento para practicar las pruebas omitidas, debe ser interpretada en sus justos términos, es decir, como un razonamiento basado en el principio de economía procesal, de forma que se evite la mayor demora del procedimiento (ya se han invertido 15 meses en su tramitación) y la sustanciación de trámites cuya incidencia en la resolución pueda presumirse nula.

Resulta necesario efectuar tal advertencia ante la siguiente consideración, contenida en el hecho octavo de la propuesta de resolución: *“a pesar de haber solicitado prueba testifical la reclamante en su escrito de reclamación, ésta no ha cumplimentado el trámite referido (audiencia) hasta la fecha”*. Parece necesario insistir en que tanto la apertura del período de prueba como la práctica de las propuestas es una decisión que incumbe al instructor del procedimiento y que debe ser tomada durante la fase de instrucción lo que, en cualquier caso, no puede confundirse con el trámite de audiencia. En consecuencia, el hecho de llegar al trámite de audiencia con omisión de cualquier pronunciamiento expreso y previo acerca de la actividad probatoria a desarrollar, aun cuando la Administración no tiene por ciertos los hechos en que se basa la reclamación, y a pesar de la expresa proposición de prueba efectuada por la interesada, pone de manifiesto una incorrecta instrucción que debe ser corregida, al menos en parte, mediante la manifestación en la propuesta de resolución de los motivos que llevan a la instructora a rechazar la práctica de las pruebas solicitadas por la instructora.

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, 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). 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 deben examinarse los extremos siguientes:

a) El daño.

b) De concluirse que existió daño, si éste guarda la necesaria relación de causalidad con el servicio público educativo.

I. El daño.

A efectos sistemáticos y en orden a evitar innecesarias reiteraciones, baste aquí con afirmar que se entiende acreditada la producción de un daño, con remisión expresa a la Consideración Cuarta de este Dictamen, donde se efectúa un detallado razonamiento acerca de la existencia del daño, su extensión y la cuantificación económica del mismo a efectos indemnizatorios.

II. La relación causal.

De los artículos 139 y 141 LPAC se desprende que la Administración Pública ha de responder por los daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

Acreditada la existencia de determinados daños que son objeto de la reclamación que nos ocupa, y sin perjuicio de lo que sobre los mismos se dirá en la siguiente Consideración en orden al alcance del deber de su resarcimiento por la Administración, procede analizar primeramente la existencia de relación de causalidad entre los mismos (ahora genéricamente considerados) y el funcionamiento de los servicios públicos regionales.

Desde esta perspectiva, hemos de coincidir con la propuesta de resolución en que, por las razones que la misma expresa, es decir, por no adecuarse la labor de guarda y cuidado ejercida por los profesores al estándar que, atendidas las peculiares circunstancias concurrentes en el supuesto, era exigible, cabe considerar que los daños sufridos por la pequeña encuentran su fundamento causal en la omisión del deber de vigilancia que a aquéllos incumbía.

El deber de cuidado que corresponde a los profesores respecto de los menores puestos a su cargo es equiparable con el de observar la diligencia propia de los padres de familia (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de febrero de 1998), estándar éste que resulta modulable según las circunstancias de cada caso. Por ello, si bien con carácter general puede aceptarse que resulta inevitable que entre los niños surjan actitudes violentas o agresivas, como afirma la tutora responsable de la niña (folio 82 del expediente) y confirma la Inspección de Educación (folios 66 y 67), que deriven en peleas o disputas susceptibles de producir heridas o daños a los escolares, en el supuesto sometido a consulta concurren determinadas peculiaridades que elevan el estándar de cuidado exigible a los docentes.

En efecto, según se desprende de la información dada por la tutora, el mismo día del incidente el agresor ya había mostrado actitudes rudas y belicosas hacia los compañeros, pegando a otro niño, lo que le había reportado la consiguiente reprensión y sanción, pues hubo de permanecer sentado en el banco durante el recreo. Los antecedentes del niño obligaban al profesorado a extremar la vigilancia sobre él, lo que, de haberse hecho, podría haber evitado la posterior agresión (segunda que protagonizaba el alumno en el mismo día).

La materialización del riesgo que para la convivencia en el colegio suponía la omisión de una vigilancia adecuada sobre el referido alumno fue la agresión sufrida por la hija de la reclamante.

El resto de circunstancias puestas de manifiesto por la tutora, si bien demuestran que no hubo negligencia en la labor de los profesores, siempre condicionada por la limitación de medios y recursos disponibles, no hacen sino confirmar que era necesario elevar el nivel de cuidado sobre los alumnos, pues resulta evidente que, al tratarse de los primeros días de escolarización, su corta edad (dos y tres años) y, por ende, su natural dificultad para el aprendizaje y comprensión de las normas de convivencia en el centro, era posible y previsible que se produjeran episodios violentos como el acaecido.

La antijuridicidad del daño sufrido por la hija de la reclamante, que no tenía el deber de soportar, completa 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.- El daño y su extensión. Cuantía indemnizatoria.

En la determinación de la existencia o no de daño y su extensión, ha de tomarse como referencia el escrito de demanda que se inserta en el procedimiento contencioso-administrativo incoado por la reclamante como consecuencia del silencio administrativo producido. La opción por este documento frente a la reclamación inicial se fundamenta en que aquél es mucho más detallado que ésta en la descripción de los diversos componentes del daño, pudiendo calificar su evaluación como definitiva, frente a la provisionalidad expresamente invocada por la interesada de la valoración económica efectuada en la reclamación inicial, dada la ausencia de consolidación del daño en el momento de redactarla.

Atendiendo, pues, a la demanda, el daño invocado puede descomponerse en los siguientes elementos:

a) Secuela física, consistente en perjuicio estético ligero, por cicatriz de 1,5 cm. hipercrómica en mejilla izquierda y mancha hipercrómica en espalda de 1,5 cm. ovalada. Se valora en 1 punto, conforme al baremo aplicable en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

La propuesta de resolución, por su parte, aunque discute la forma en que se ha efectuado la valoración de ese daño, por la falta de concreción de los criterios utilizados, no afirma expresamente que no exista perjuicio estético, aunque finalmente lo ignora al momento de establecer la cuantía indemnizatoria.

Cabe recordar aquí que, si se acepta el referido baremo como pauta orientativa de la valoración del daño, debe atenderse a los criterios que en el mismo se establecen. Así, de conformidad con las reglas de valoración del perjuicio estético establecidas por la Ley

34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, “*el perjuicio estético consiste en cualquier modificación peyorativa que afecta a la imagen de la persona*”; es el “*existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional) ... La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio*”; “*ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta como parámetros de medición de la intensidad del perjuicio estético*”.

De acuerdo con tales reglas, y atendiendo al informe aportado al procedimiento de responsabilidad patrimonial por la reclamante, que acredita la existencia de cicatrices hipercrómicas en cara y espalda 72 días después del incidente, siendo tales cicatrices acordes con las heridas apreciadas en el reconocimiento médico efectuado a la niña el mismo día de sufrir la agresión, puede estimarse acreditada la existencia del daño constitutivo de perjuicio estético ligero. Del mismo modo su valoración en 1 punto (la mínima posible) debe considerarse prudente y adecuada.

b) Secuelas psicológicas, consistentes en trastorno por estrés agudo equiparable a una neurosis postraumática, valorado en 9 puntos.

La propuesta de resolución considera desproporcionada la valoración efectuada, pues dada la edad de la niña y la entidad de la agresión padecida, la afectación psicológica no puede considerarse que sea de por vida.

En el procedimiento administrativo, ante la ausencia de normas específicas sobre valoración de la prueba, habrá de estarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, efectuar un razonamiento según las reglas de la sana crítica (artículo 348). En el supuesto sometido a consulta, la reclamante aporta un informe técnico, emitido por psicólogo, que equipara el diagnóstico por él efectuado (trastorno por estrés agudo) a una neurosis postraumática “*por exclusión de los demás síndromes explicitados en la Ley 30/95*”, que valora en 9 puntos del baremo de constante referencia.

Probablemente las dudas de la instructora al valorar la prueba esgrimida por la interesada deriven de la ausencia de intervención de los servicios públicos en el proceso terapéutico-asistencial de la pequeña y en la determinación de las consecuencias psicológicas que para ella pudo tener la agresión sufrida. Ahora bien, tales dudas no pueden amparar un absoluto desprecio de la prueba, si no es mediante su objetivo contraste con otros datos ya obrantes en el expediente o la aportación al procedimiento de elementos de juicio técnicos que rebatan las conclusiones del informe psicológico. Careciendo la instructora de los conocimientos especializados precisos para efectuar una evaluación psicológica de la menor, aquélla no puede ignorar una pericia que afirma la existencia de secuelas psicológicas, lo que hace cuando manifiesta que el cuadro dibujado podría corresponder a cualquier niño de tres años, lo que le lleva a considerar que no queda probado el daño psicológico.

En estos supuestos, las concretas circunstancias de cada caso serán las que determinen la conveniencia de someter los informes de los profesionales privados al parecer de los oportunos servicios públicos especializados. Así lo entendió la propia instructora, quien solicitó informe del Servicio de Atención a la Diversidad (Dirección General de Enseñanzas Escolares), acerca de la verosimilitud de la existencia de nexos causales entre la actuación de los profesores y los daños psicológicos alegados, si bien no esperó a obtener respuesta, pues elaboró la propuesta de resolución tan sólo seis días después de haber solicitado el informe.

En cualquier caso, careciendo el expediente de cualquier valoración técnica especializada efectuada por la Administración, la instructora no puede ignorar las conclusiones del informe psicológico. Si puede discutir, como efectivamente hace, que los términos en los que aquél se expresa no sean concluyentes en la determinación de la relación causa-efecto existente entre la agresión y los daños psicológicos advertidos en la niña. Ahora bien, debe advertirse que el informe psicológico inicial sí recoge de manera expresa como motivo por el que los padres solicitan evaluación y tratamiento psicológico, el haber sufrido el incidente que da lugar a la reclamación. Además, existe un documento en el expediente que permite obtener una imagen acerca del carácter y de la conducta de la niña en fechas anteriores (apenas once días antes) al incidente: la entrevista efectuada por el Centro a los padres al comienzo de la escolarización de M. En las páginas 88 y siguientes del expediente, los padres de la menor afirman que ésta no tenía problemas relacionados con el sueño, salvo la existencia de pesadillas nocturnas y la ausencia de control de esfínteres durante la noche, y que su carácter era extrovertido, alegre, cariñoso, nervioso y simpático.

Del contraste de dichas manifestaciones con el informe psicológico de la niña pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) La niña, antes del incidente, no tenía problemas del sueño, salvo los relatados, de donde cabe inferir que las “*dificultades en la concentración del sueño*” puestas de manifiesto por el psicólogo, sí serían debidas a la agresión, pues con anterioridad la niña se iba sola a la cama y dormía de 9 a 10 horas.

b) Síntomas como la extrema inseguridad y la demanda de protección de la madre no parecen compatibles con un carácter extrovertido, de donde puede deducirse que su origen está en un acontecimiento posterior a la entrevista.

c) Síntomas descritos en el informe psicológico como los llantos incontrolados por la noche y la enuresis secundaria pueden ser reconducidos a las pesadillas y a la ausencia de control de esfínteres durante la noche, por lo que éstos no tendrían su origen en la agresión, sino en la natural inmadurez psicológica de una niña de tan corta edad.

A lo anterior se suma que: a) en el informe elaborado por el psicólogo, el 5 de noviembre de 2004, es decir, un mes después del incidente, consta que el diagnóstico de trastorno adaptativo con ansiedad tiene un pronóstico muy favorable; b) la corta edad de la niña; y c) el tratamiento fue relativamente corto, pues el alta definitiva, de conformidad con la demanda, se habría producido el 17 de enero de 2005.

En definitiva, la preexistencia de síntomas no causados por la agresión, el pronóstico tan positivo, la corta edad de la niña y el alta producida en tan breve espacio de tiempo, mueven al Consejo Jurídico a considerar que la valoración de las secuelas psicológicas de la pequeña en nueve puntos resulta excesiva, estimando más adecuada la mínima prevista para la secuela, es decir, 5 puntos.

d) 105 días no impositivos. El cómputo de tales días comprende desde el 4 de octubre de 2004 (fecha de la agresión) y el 17 de enero de 2005, fecha del alta definitiva.

En este concepto la reclamante se ha limitado a aplicar de forma mimética las indemnizaciones del baremo de accidentes de circulación, sin que haya aportado ningún dato que permita determinar en qué medida el incidente afectó a la actividad escolar de la niña, más allá de su matriculación en otro centro.

Se ha de partir de la base de que la indemnización por los días de baja de la menor no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, puesto que la alumna no se encontraba en edad laboral (3 años), sino en función de la afectación a su actividad, es decir, los días en que la alumna no pudo asistir a clase y aquellos otros en los que, aun cuando acudiera a clase, jugara, etc., su ejecución le pudiera resultar molesta, como indicamos en nuestros Dictámenes núm. 94/03 y 134/04. En el caso de accidentes escolares se mantiene el criterio de valorar la incapacidad por afectación al rendimiento escolar, conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, la doctrina del Consejo de Estado y la de otros órganos consultivos autonómicos; por su interés reproducimos parte del Fundamento Jurídico Quinto de la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de julio de 2002, también referida a un accidente escolar, que señala, en cuanto a la indemnización por incapacidad, que *“dado que la lesionada tenía ocho años de edad al momento del accidente, su única actividad es la de acudir al centro escolar y su valoración debe corresponderse con esos días de ausencia al centro y la afectación en su caso al rendimiento escolar”*. En el mismo sentido, las Sentencias de dicha Audiencia de 16 de julio y 26 de septiembre de 2002, 1 de marzo de 2001, 9 de junio de 1999 y 4 de marzo de 1998. Asimismo la Sentencia de 15 de marzo de 1999 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, considera proporcionada la indemnización por los días que la niña estuvo impedida para acudir al colegio. A mayor abundamiento, la doctrina del Consejo de Estado señala que la condición de escolar del lesionado excluye la eventual pérdida de renta, sea salarial o de cualquier otra especie (por todos, Dictámenes núms. 3410 y 1278 del año 2001; 3364, 1545 y 602 del año 2000 y 2962 del año 1999), llegando, incluso, a excluir las rentas reclamadas por los días de baja del alumno, que sean impeditivos o no impeditivos, cuando no se acredita la existencia de un daño académico significativo, como hubiera podido ser la pérdida del curso académico u otro de naturaleza similar (Dictamen 407/2003). Por otra parte, el Consejo Consultivo Valenciano (Dictamen núm. 499/2003) ha señalado: *“A este respecto ha de recordarse, como ya hacía ante supuestos de hechos similares, el dictamen 374/2003 de este Consejo, que la niña, por su edad, no desarrolla actividad profesional ni actividad que se viera especialmente perturbada por la lesión sufrida. Es por ello que puede compartirse el criterio de la propuesta de resolución en relación con la existencia únicamente de 17 días impeditivos correspondientes a sus faltas de clase”*. También el Dictamen núm. 505/2003 del mismo órgano consultivo ahonda en la cuestión, centrándose en los días que la menor se ausentó del centro escolar: *“Como este Consejo ha reiterado, las cantidades de dicha tabla de indemnizaciones tiene carácter meramente orientativo, sin que se estime muy adecuado “el concepto de día de baja impeditivo” para una menor de tan sólo cinco años”*.

La reclamación, sin embargo, no alumbra dato alguno que permita determinar qué incidencia tuvieron los hechos en que aquélla se basa sobre el rendimiento escolar de la niña, encontrándose ésta por lo demás en un nivel educativo de escolarización voluntaria (artículo 11.1, Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación). De hecho, es significativo que todo el período de “incapacidad” por el que se reclama sea calificado por la interesada como “días no impeditivos”.

En definitiva, se advierte que la interesada no acredita las limitaciones que, durante el período indicado, sufrió la vida en general de la niña y, en particular, su actividad escolar, es decir, si durante dicha etapa, que la propia reclamante considera no impeditiva, el accidente afectó al rendimiento escolar, en qué medida el comportamiento social de la

niña se pudo ver alterado, o si sufrió limitaciones para realizar determinadas actividades, etc., que es el criterio utilizado por las sentencias anteriormente citadas para determinar la cuantía indemnizatoria por los días de incapacidad en los accidentes escolares. Por el contrario, se ha limitado a reclamar una cantidad indemnizatoria basada en el tantas veces citado baremo, sin justificar nada más, como si la niña (entonces de 3 años de edad) hubiera dejado de percibir unas rentas laborales.

No procede, en consecuencia, abonar indemnización alguna por este concepto, pues no ha quedado suficientemente acreditado el daño alegado.

d) Honorarios del especialista en valoración del daño corporal.

No consta en el expediente administrativo documentación acreditativa del importe de tales honorarios, por lo que no cabe entenderlos suficientemente probados.

e) Honorarios de psicólogo.

Como ya expusiera el Consejo Jurídico en Dictamen 157/2004, el supuesto que nos ocupa, es decir, el de daños personales producidos por el funcionamiento de servicios públicos para cuya curación el interesado acude a la sanidad privada, en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social (circunstancia ésta que, no obstante, debería ratificarse en el expediente), ha sido abordado en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente:

“No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente, porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.

Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”.

En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), recordó que *“debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.*

En el supuesto sometido a consulta, la reclamante acudió con su hija, desde el primer momento, a servicios sanitarios privados, tanto para el reconocimiento inicial de la niña

y curación de sus heridas físicas, como para su evaluación y posterior tratamiento psicológico, sin que en ningún momento conste que recabara la asistencia sanitaria pública.

Como se desprende del Dictamen de 5 de diciembre de 2000 antes citado, la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos o psíquicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de resarcimiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la comunidad de ciudadanos a la que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos y psíquicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos. Lo contrario, es decir, si los lesionados por causa imputable a la Administración pública pudieran elegir el sistema, público o privado, de asistencia sanitaria, no sólo se eludiría el régimen jurídico aplicable en materia sanitaria (que no excepciona, desde luego, los supuestos en que la demanda asistencial tenga su origen en una presunta responsabilidad patrimonial administrativa), sino que las obligaciones financieras para las Administraciones Públicas reclamadas serían, en muchas ocasiones, inasumibles.

En el supuesto sometido a consulta, es evidente que no puede aceptarse la existencia de una denegación o retraso asistencial de los servicios sanitarios públicos, porque no consta que la reclamante acudiera a los mismos. Tal circunstancia lleva a desestimar la indemnización de los gastos reclamados por los honorarios del psicólogo privado, pues la atención psicológica estaba cubierta por el sistema sanitario público.

Lo anterior presupone, claro está, la efectiva acreditación de que la menor estaba bajo la cobertura del Sistema Nacional de Salud, circunstancia que, aunque pudiera presumirse, no aparece cumplidamente acreditada. Por ello, procede la acreditación formal de que la menor tiene derecho a la asistencia sanitaria pública en los términos establecidos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, y normas concordantes de aplicación. De ser así, habría tenido derecho a la asistencia especializada en materia de Salud Mental, prestación sanitaria facilitada directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud (Anexo I, Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, por el que se regula la ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud).

En conclusión, cabe considerar acreditado un daño consistente en:

a) Secuela de perjuicio estético ligero, valorada con 1 punto del baremo de referencia. Atendida la fecha del incidente (4 de octubre de 2004) y la edad de la niña (tres años), corresponde por tal concepto la cantidad de 668,95 euros.

b) Secuela psíquica de trastorno adaptativo con ansiedad, equiparable a una neurosis postraumática que se valora en 5 puntos, lo que determina una indemnización por este concepto de 3.694,29 euros (738,858735 x 5).

La suma de ambas cantidades arroja un resultado de 4.363,24 euros, cantidad a la que habrá de ascender la indemnización, una vez actualizada conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LCAP.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que estima la reclamación, al apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración educativa por omisión del deber de vigilancia que le incumbía sobre los escolares puestos a su cargo.

SEGUNDA.- No comparte el Consejo Jurídico la cuantía indemnizatoria contenida en la propuesta de resolución, la cual debería calcularse de acuerdo a lo expuesto en la Consideración Cuarta de este Dictamen, en orden a conseguir un mejor cumplimiento del principio de indemnidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 59/06.- Resolución de contrato por la compra de una parcela rústica ubicada en el Paraje Las Cañaricas (Abaran), adjudicada mediante el procedimiento de subasta a D.ª I. M. Y. G.

Consultante : Alcalde del Ayuntamiento de Abaran

Fecha: 10/04/06

Extracto de Doctrina

La calificación de un contrato como administrativo resulta procedente cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes, vinculación la mencionada que aparece clara y ostensible cuando el objeto contractual se incluye dentro del ámbito de los cometidos que el ordenamiento jurídico ha confiado al órgano contratante (por todas, STS de 23 de mayo de 1988).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2003, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Abarán acordó la enajenación, mediante subasta, de once fincas rústicas calificadas como bienes patrimoniales de la referida Administración local.

En la misma sesión el órgano de gobierno municipal aprueba el pliego de condiciones jurídico-económico administrativas que han de regir la subasta, del cual destacan los siguientes extremos:

a) La subasta tiene por objeto la enajenación de fincas o parcelas rústicas situadas en el monte nº 150, actualmente descatalogado, situadas en el Paraje “Cañaricas del Padre-santo”.

b) Entre las fincas a enajenar consta, con el ordinal X, la parcela código X, con una superficie de 0,5257 hectáreas, a la cual se fija un tipo de licitación de 15.771 euros.

c) Tras establecer las normas por las que se rige el procedimiento y regular la presentación de proposiciones, se fija una garantía provisional del 2% del tipo de cada parcela. La garantía definitiva a abonar por el adjudicatario asciende al 4% del tipo en que haya sido adjudicada la parcela, previendo su devolución “en el momento de la firma de la escritura pública, y una vez se haya hecho efectivo el importe de la adjudicación”.

d) El apartado sexto dispone, textualmente, que “*el rematante vendrá obligado a ingresar en la Caja Municipal el importe íntegro del remate, mediante la oportuna carta de pago. Por la Alcaldía se señalará la fecha en que haya de otorgarse la escritura pública dentro de un plazo no superior a 10 días*”.

e) Respecto a las normas que regulan la subasta, en lo no previsto en el Pliego, éste se remite al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953; al Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (en adelante RBCL), y a las demás disposiciones vigentes.

SEGUNDO.- El 13 de mayo de 2003, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Abarán acuerda adjudicar la parcela número X a D. I. M. Y. G., en la cantidad de 18.087 euros, tras aceptar la renuncia de otro postor que ofreció un precio superior. En la misma sesión se faculta a la Alcaldía-Presidencia para la firma de la correspondiente escritura pública.

TERCERO.- Con fecha 23 de mayo de 2005 la adjudicataria insta la formalización del contrato de compraventa mediante el otorgamiento de escritura pública, solicitando al Ayuntamiento que señale la fecha para ello.

Al folio 5 del expediente remitido al Consejo Jurídico consta un documento, elaborado en papel con membrete del Ayuntamiento y de autoría desconocida que, el 24 de mayo de 2005, recuerda que la estipulación sexta del pliego de condiciones señala la obligación del rematante de ingresar el precio de adjudicación en la Caja Municipal y que la Alcaldía establecerá la fecha de otorgamiento de la escritura dentro de un plazo no superior a 10 días. Finaliza el documento afirmando que *“en la oferta presentada manifestaba conocer el Pliego de Condiciones que regía la subasta y se obligaba al cumplimiento de dichas condiciones”*.

No consta que dicho documento fuera comunicado a la interesada.

CUARTO.- En escrito fechado el 25 de julio de 2005, cuya fecha de presentación en Registro resulta ilegible, reitera su solicitud, afirmando que la Corporación Local, con su actitud, incumple gravemente lo dispuesto en los artículos 41 y 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), *“ya que de una manera caprichosa, arbitraria e ilegal no se ha dado cumplimiento a un acuerdo válidamente adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Abarán, sin que hasta la fecha se hayan expuesto motivos jurídicos que impidan dar cumplimiento al mismo, e incurriendo en una grave vulneración de mis derechos”*.

QUINTO.- Por un Técnico en Gestión Urbanística, en funciones de Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, se emite informe el 21 de octubre de 2005, según el cual, de los artículos 53 y 54 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), se deduce que:

- a) *“El rematante debía ingresar el precio del dinero (sic) antes de formalizarse el contrato”*.
- b) *“Dicha formalización debía hacerse antes de los treinta días siguientes a la notificación de la adjudicación”*.
- c) *“Si no se ha hecho la formalización del contrato ha sido por causas imputables al rematante ya que dos años después de la adjudicación todavía no ha ingresado el precio”*.

En consecuencia, concluye que procede la resolución del contrato, previa audiencia de la interesada.

SEXTO.- Por la Junta de Gobierno Local se acuerda, en sesión de 27 de octubre de 2005, conferir trámite de audiencia a la interesada por plazo de 15 días. No consta de manera fehaciente la notificación del acuerdo a ésta ni su fecha.

SÉPTIMO.- El 1 de diciembre la interesada presenta escrito de alegaciones que, en síntesis, manifiesta lo siguiente:

a) Que desde el momento de la adjudicación de la finca ha mantenido diversas reuniones y conversaciones con los técnicos municipales, quienes le comunicaron que no procedía formalizar el contrato mediante otorgamiento de escritura pública porque el precio era, según su opinión, muy bajo y poco ajustado al real de mercado, sin perjuicio de la posibilidad que se le sugirió de efectuar la referida formalización previa elevación del precio de la parcela.

b) Si hay causa de resolución del contrato, es imputable al Ayuntamiento que, de manera sistemática, se ha negado a firmar la escritura, sin informar a la interesada, a pesar de sus reiteradas solicitudes en tal sentido, acerca del plazo para efectuar el pago y número de cuenta donde abonarlo.

c) Que el Ayuntamiento debía haber requerido a la interesada para que efectuara el pago, concediéndole un plazo al efecto y, de no cumplir con dicha obligación, proceder entonces a la resolución. Afirma la rematante que ni el pliego de condiciones ni el acuerdo de adjudicación contienen plazo alguno para el abono del precio de la parcela.

d) Que el acuerdo de adjudicación es plenamente ejecutivo y conserva su validez (artículos 56 y 94 LPAC), sin que pueda ser dejado sin efecto por la Corporación Local si no es a través de un procedimiento de revisión de oficio.

Concluye la interesada sus alegaciones reiterando su voluntad de formalizar el contrato mediante su elevación a escritura pública, por lo que solicita al Ayuntamiento que fije fecha y notaría para su otorgamiento y que se le comunique el número de cuenta donde pueda efectuar el abono del precio del remate.

OCTAVO.- El 20 de febrero de 2006, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Abarán solicita el Dictamen del Consejo Jurídico ante la oposición formulada por la adjudicataria a la resolución del contrato.

Por Acuerdo 3/2006 de este Órgano Consultivo se requiere a la Administración consultante que complete el expediente, mediante la incorporación de diversas actuaciones y documentación que debían constar en el mismo, singularmente el pliego de condiciones técnicas, el decreto de adjudicación de la parcela y la propuesta de resolución del contrato, omitidos todos ellos en el expediente originalmente remitido al Consejo Jurídico.

NOVENO.- Con fecha 10 de marzo siguiente, el Ayuntamiento remite la documentación relativa al procedimiento de adjudicación de la parcela, aunque no la propuesta de resolución del procedimiento del que trae causa este Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

I. El artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), establece la preceptividad del Dictamen en caso de resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista. Igualmente,

el TRLCAP, aplicable a las Corporaciones Locales en defecto de las normas reguladoras de su contratación administrativa, dispone esa misma preceptividad en su artículo 59. Procede como cuestión previa, pues, determinar si al contrato que se pretende resolver unilateralmente por el Ayuntamiento conviene la calificación de administrativo.

II. El artículo 5 TRLCAP dispone:

“1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2. Son contratos administrativos:

a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del art. 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del art. 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”.

A su vez, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL), dispone en su artículo 112:

“1. Los contratos de las Entidades locales se rigen por la legislación del Estado, y, en su caso, por la de las Comunidades Autónomas en los términos del art. 149,1 18ª) CE, y por las ordenanzas de cada Entidad.

En los términos de la presente ley, los contratos de las Entidades locales se regirán por principios comunes a la contratación del Estado y, en cualquier caso, por los del Derecho de las Comunidades Europeas relativos a la contratación administrativa.

2. El régimen jurídico de los contratos que celebren las Entidades locales se ajustará a las siguientes reglas:

1ª) Los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos a cargo de las Entidades locales, así como la prestación de suministros a las mismas, tienen el carácter de administrativos, y su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regirán por la presente ley y sus disposiciones reglamentarias, así como por la restante legislación del Estado y, supletoriamente, por las demás normas

del Derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas del Derecho privado.

2ª) Los contratos distintos de los anteriores de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros que tengan carácter administrativo por declararlo así una ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, se regirán por sus normas administrativas específicas; en su defecto, y por analogía, por las disposiciones de la presente ley y restante legislación sobre contratos del Estado y, finalmente, por las demás normas del Derecho administrativo; y en defecto de estas últimas, serán aplicables las del Derecho privado.

3ª) Los contratos a que se refiere la regla anterior que no tengan carácter administrativo por no estar incluidos en los supuestos previstos en la misma, se regirán:

A) En cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas previstas en la regla 1ª.

B) En cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho privado que les sean aplicables en cada caso, en defecto de sus normas especiales, si las hubiere.

3. Las normas del Derecho privado se aplicarán como supletorias del Ordenamiento administrativo”.

La normativa expuesta ha de complementarse con el artículo 76 TRRL, según el cual “*son bienes patrimoniales o de propios los que, siendo propiedad de la Entidad local, no estén destinados a uso público ni afectados a algún servicio público y puedan constituir fuente de ingresos para el erario de la Entidad*”, y con lo que dispone el RBCL en sus artículos 6.2 (“*Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado*”) y 112.1 (“*Las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales*”).

Como ya precisara el Consejo Jurídico en Dictamen 129/2003, al conocer de un asunto de características similares al que ahora se somete a consulta, dentro de este cuadro normativo complejo -en el que el Consejo de Estado aprecia la existencia de zonas intermedias de imposible catalogación como contratos administrativos o privados-, la jurisprudencia se ha desenvuelto partiendo de la base de que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del privado, pues responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil; por ello, la calificación de un contrato como administrativo resulta procedente cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes, vinculación la mencionada que aparece clara y ostensible cuando el *objeto contractual* se incluye dentro del ámbito de los cometidos que el ordenamiento jurídico ha confiado al órgano contratante (por todas, STS de 23 de mayo de 1988).

En esa línea argumental, ampliamente aceptada, se admite que típicos contratos civiles, como el arrendamiento o la compraventa, pudieran ser calificados como administrativos al estar la entidad pública actuando en el ejercicio de competencias propias que precisan de la especial tutela del interés público que proporciona el Derecho Administrativo. Así, una compraventa de finca con destino a la construcción de viviendas de protección

oficial (STS de 11 de junio de 2003), o una compraventa de parcelas con la obligación de la adjudicataria de construir viviendas según programa y proyecto aprobado por el Ayuntamiento para regir la subasta (STS de 30 de mayo de 2000) o, incluso, una permuta cuando el acuerdo municipal de aceptación expresó que la misma tenía por fin adquirir locales destinados a oficinas y servicios municipales (STS de 18 de marzo de 2002).

Esa interpretación teleológica se apoyaba fuertemente, además, en el artículo 3 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956, que sometía a la esfera de tal jurisdicción las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, *cualquiera que sea su naturaleza jurídica*, cuando tuvieran por finalidad obras o servicios públicos de toda especie, y suponía, en cierta manera, que la sustantivación administrativa debiera dilucidarse, para supuestos dudosos, a través de la incorporación de la causa al contrato mismo o a las bases por las que se rigiese la contratación. En caso contrario, los contratos referidos en el artículo 5.3 TRLCAP deberían calificarse como privados (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de noviembre de 1981). La sentencia de 21 de junio de 2000, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, obedece también a ese planteamiento.

El criterio jurisprudencial expuesto puede mantenerse en la actualidad, aunque la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa haya variado la redacción de 1956, regulando ahora la competencia de ese orden jurisdiccional respecto a los *“contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”* (art. 2.b), ya que tal cambio no introduce giro sustancial en el actual marco normativo.

Conforme a ello, y teniendo en cuenta la redacción dada al Pliego que sirvió de base para la contratación y que figura en el expediente administrativo, el contrato ha de calificarse como civil, ya que ése es el carácter que corresponde a toda compraventa de bienes inmuebles patrimoniales celebrada por una Administración local si no trae causa a través de su objeto de una finalidad competencial propia de sus responsabilidades públicas. En este caso, no se advierte otra finalidad para el Ayuntamiento de Abarán que la de sustituir en su Hacienda un bien inmueble por su valor abstracto en dinero, por más que, secundariamente, puedan producirse efectos de financiación de actividades (inversiones) municipales. La relación jurídica celebrada implica un efecto traslativo de la propiedad de la parcela con percepción para la Corporación Local de su precio, sin que, objetivamente, se le puedan atribuir otros, que pueden existir en la esfera interna de decisión de una de las partes como motivación pero ser desconocidos para la otra.

III. En base a todo ello se desprenden dos consecuencias: la primera, que el presente Dictamen no se emite con carácter preceptivo, sino facultativo (art. 11 LCJ); y la segunda, que el Ayuntamiento carece de la potestad exorbitante de resolver unilateralmente el contrato, que está reservada nada más que para los administrativos (art. 59 TRLCAP).

SEGUNDA.- Sobre criterios de orientación para la Administración local.

I. La posición del Ayuntamiento dentro de la relación jurídica constituida sólo cabe contemplarse desde la óptica civilista reguladora del contrato de compraventa, desprovista, como ha quedado razonado, de la facultad de resolver unilateralmente tal contrato. Éste se ha perfeccionado, al existir acuerdo sobre su objeto y su precio (art. 1261 del Código Civil), sin que el otorgamiento de escritura pública pueda reputarse, en general, presupuesto para su existencia (arts. 1279 y 1280 CC). El hecho de que existiese contrato

sólo prueba que las partes contrajeron vínculos obligatorios exclusivamente, pues del contrato de compraventa no nacen más que las obligaciones principales de entrega de la cosa y la de pagar el precio convenido (art. 1445 CC). La propiedad no se adquirirá más que cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la *traditio* para ello (arts. 609 y 1095 CC). No se puede estimar adquirida la propiedad de la finca sólo por la realidad del contrato, el cual no ha sido consumado.

Con arreglo a ello, en caso de discrepancia o conflicto, las partes pueden solicitar la protección de los tribunales ordinarios de justicia.

II. Sentado lo anterior, procede añadir que la no fijación de un plazo para efectuar el pago ni en el pliego de condiciones ni en el acuerdo de adjudicación de la finca, obliga a acudir a la regulación civil de las obligaciones que surgen del contrato de compraventa para vendedor y comprador. Para el primero, como ya se ha dicho, la principal viene constituida por la entrega de la cosa, la cual, en defecto de pacto en contrario, se producirá en el momento de otorgar la escritura pública (art. 1462 CC); ahora bien, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago (art. 1466 CC).

Para el comprador, por su parte, surge la obligación de pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato. Si no se hubieren precisado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida (art. 1500 CC), si bien, en la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial (art. 1504 CC).

A la luz de este marco normativo, el examen del contrato cuya resolución pretende el Ayuntamiento permite efectuar las siguientes consideraciones:

a) El pliego de condiciones no establece plazo alguno para el cumplimiento por el adjudicatario de su obligación de abonar el importe íntegro del remate, por lo que ha de entenderse que el momento para ello será el de la entrega de la cosa vendida, es decir, el del otorgamiento de la escritura pública.

b) La estipulación sexta del referido pliego sí establece un plazo para la formalización del contrato en escritura pública, al indicar que por la Alcaldía se señalará la fecha en que haya de otorgarse la escritura pública dentro de un plazo no superior a diez días. No se precisa el *dies a quo* de dicho plazo, aunque, dado que el referido instrumento notarial persigue la formalización del contrato, cabría interpretar que el cómputo de los diez días debió comenzar el siguiente a aquél en que se notificó a la interesada el acuerdo de adjudicación (art. 54.1 TRLCAP), correspondiendo a la Alcaldía fijar la fecha para el otorgamiento.

c) Considera el Consejo Jurídico que sólo si la Corporación Local hubiera fijado la fecha para el otorgamiento de la escritura pública y, llegado dicho momento, la adjudicataria no hubiera efectuado el pago, previo requerimiento en tal sentido por parte del Ayuntamiento, podría considerarse la existencia de un incumplimiento de las obligaciones que incumben a la interesada.

d) En consecuencia, el único incumplimiento de obligaciones contractuales que se advierte en el expediente remitido es predicable del Ayuntamiento, el cual, en aras del

interés público esgrimido para proceder a la enajenación del bien patrimonial objeto de la compraventa, debería proceder a la formalización del contrato mediante el otorgamiento de escritura pública, momento en que podrá exigir a la interesada que efectúe el pago del importe íntegro del remate.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Que al contrato objeto de consulta conviene la calificación de privado, y el Ayuntamiento carece de la potestad de resolverlo unilateralmente.

SEGUNDA.- Que, con arreglo al pliego de condiciones, el Ayuntamiento ha incumplido su obligación de fijar la fecha para la formalización del contrato mediante el otorgamiento de escritura pública, debiendo convocar a la adjudicataria para llevarlo a efecto, con indicación expresa de su obligación de proceder al abono del importe íntegro del remate en dicho acto o acreditar haberlo efectuado con anterioridad.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 60/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. F. F. y D.^a A. U. F., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 17/04/06

Extracto de Doctrina

1. 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.

2. El valor probatorio de los informes de la Inspección Médica 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de julio de 2002, D. J. R. F. F. y D. A. U. F. presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (en adelante SMS) por los daños padecidos por su hija T., quien, tras nacer en el Hospital Virgen del Castillo de Yecla el 1 de febrero de 2000, presenta, entre otras secuelas, una encefalopatía crónica hipóxico isquémica perinatal, con síndrome de West.

Dichas lesiones fueron diagnosticadas en el Servicio de pediatría y neonatología del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca y, según los reclamantes, fueron consecuencia del mal funcionamiento de la asistencia sanitaria del SMS; en concreto de la ineficiente atención que la menor sufrió, tanto en el momento del parto como en los días que sucedieron hasta su ingreso en el Hospital Virgen de la Arrixaca, a petición de los reclamantes, el siguiente día 4.

En síntesis, los interesados hacen la siguiente narración fáctica de lo ocurrido:

-La Sra. U. había acudido en diversas ocasiones al Hospital Virgen del Castillo (en adelante, HVC) ante el retraso del parto y las molestias que presentaba.

-Finalmente, el día 29 de enero de 2000, cuando para las cuentas de la paciente el parto se había demorado más de un mes, es ingresada en el citado Hospital y, al día siguiente, se produjo el parto, después de haber estado toda la noche y la mañana con contracciones.

-Tras el parto la niña precisó reanimación con oxígeno, siendo necesaria aspiración traqueal de secreciones serosanguinolentas. Tanto el líquido amniótico como la piel de la pequeña estaban teñidos de meconio. La menor presentó también acrocianosis.

-Ante el mal estado de su hija, y a pesar de que por el Servicio de pediatría del HVC se le aseguraba que sólo tenía síntomas de irritabilidad que desaparecerían con el tiempo, los reclamantes solicitaron y obtuvieron el traslado de T. al Hospital Virgen de la Arrixaca, en el que se le diagnosticó la gravísima lesión cerebral que padece la niña.

En el momento de la reclamación a la menor le ha sido reconocido por el ISSORM un grado de minusvalía del 85%, aunque su situación no es definitiva porque está pendiente de valoración por lesiones oculares.

Para los reclamantes la causa de las secuelas que presenta la niña se encuentra en una mala praxis médica imputable a los facultativos del HVC de Yecla, que no supieron actuar con diligencia ante la situación de parto a término en el que se encontraba la Sra. U.; circunstancia que, posteriormente, se vio agravada por el error de diagnóstico en el que se incurrió al valorar los síntomas que presentaba T. como un simple síndrome de depresión e irritabilidad neurológica que remitiría en pocos días, lo que privó a la paciente de la asistencia especializada que su verdadera dolencia requería, y que sólo pudo recibir días después de nacer gracias a que los reclamantes forzaron su traslado al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca.

-Por otro lado, continúan afirmando los reclamantes, el Servicio de pediatría del HVC sugirió como causa de las dolencias de la niña una posible enfermedad metabólica mitocondrial que tendría su origen en la consanguinidad de los padres (son primos hermanos). Por si tal sospecha fuese cierta, lo que hubiera impedido a los padres tener otro hijo, acudieron al Hospital 12 de octubre en el que, tras las pruebas analíticas pertinentes, no

podieron determinar con seguridad la posible presencia de una enfermedad mitocondrial. Para saberlo con certeza era preciso realizar a T. una biopsia, lo que exigía la administración de anestesia, sin que se pudiera garantizar que la sedación resultase inocua para ella. Ante este riesgo y la afirmación de la Dra. G. S. de que, a la vista del historial clínico de la niña, era muy dudosa la existencia de una enfermedad genética, los reclamantes decidieron no someter a su hija a tal prueba y, además, ante la confianza que dicha facultativa, y otros más que consultaron, les transmitieron sobre la falta de conexión entre las dolencias de T. con una enfermedad mitocondrial, se animaron a tener otro hijo, cuyo resultado ha sido el nacimiento de una niña perfectamente sana.

El alcance de las lesiones padecidas por la menor, así como las posibles secuelas, dado que aún no, están totalmente determinadas, manifiestan los interesados que quedarán acreditadas en el momento que finalice la valoración de todas, momento en el que también se concretará el importe de la indemnización correspondiente a la lesión realmente sufrida por T..

Como medios de prueba proponen se practiquen los siguientes:

1) Documental, consistente en que:

- Se den por reproducidos los documentos que se acompañan a la reclamación, consistentes todos ellos en diversos informes médicos y certificado del ISSORM acreditativo del grado de minusvalía alegado.

- Se requiera al HVC, para que aporte la siguiente documentación:

a) Historia clínica completa de la Sra. U., donde conste el seguimiento completo de la gestación.

b) Partes de ingreso de la paciente en el Servicio de Urgencia.

c) Informe del parto, en el que conste el tiempo de espera desde que bajó de planta, personal que la atendió en el paritorio, tratamiento que se le administró e incidencias que se produjeron en el parto.

- Se requiera a ese mismo Hospital para que aporte la historia clínica de T. F. U..

- Se requiera al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, Servicio de Neuro pediátrica, para que remitan la historia clínica de la menor.

2) Testifical del padre y de la abuela materna, Sra. F. G..

Finalizan los reclamantes designando para su representación y defensa a una letrada del Ilte. Colegio de Abogados de Yecla.

SEGUNDO.- Por resolución del Director Gerente del SMS de 29 de agosto de 2002 se admite a trámite la reclamación, encomendando la instrucción del procedimiento al Servicio de Régimen Jurídico del citado Ente.

Por la instructora se procede a:

a) Comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

b) Solicitar a los Directores Gerentes de los Hospitales Virgen del Castillo de Yecla y Virgen de la Arrixaca de Murcia la remisión de las historias clínicas de la menor y de su madre, así como informe de los Servicios correspondientes.

c) Comunicar a la representante de los reclamantes la información indicada 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 (LPAC).

d) Comunicar la reclamación a la Compañía Aseguradora del SMS.

TERCERO.- El Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca envía la historia clínica requerida, así como informe de la Dra. R. C., Jefa de Sección de Neuropediatria, en el siguiente sentido:

“ANTECEDENTES FAMILIARES: Madre 27 años, GAV 3-1-2 (primera gestación, aborto; segunda, niña historizada; tercera, niña lactante sana). Padre enfermedad psiquiátrica tratada. Consanguinidad, primos hermanos. No antecedentes de epilepsia ni otras enfermedades neurológicas en la familia.

ANTECEDENTES PERINATALES: Embarazo controlado, normal, salvo infección urinaria en la semana 35.

Parto en el Hospital de Yecla, 41 semanas de gestación, monitor fetal patológico, presentación cefálica, vaginal, distócico con maniobra de Kristeller, L.A. meconial.

Periodo neonatal: Apgar 4/6/9, precisó administración de oxígeno a presión positiva durante 2-3 minutos al nacimiento. Somatometría: peso 3.250 g, longitud 51 cm, PC 34,5 cm.

Ingresó en Servicio de Pediatría del Hospital de Yecla los primeros 26 días de vida, los diagnósticos al alta fueron: Anoxia fetal y neonatal, Síndrome de aspiración meconial, hipoglucemia precoz transitoria, edema cerebral, encefalopatía hipóxico-isquémica, síndrome convulsivo neonatal (tratado con fenobarbital). Durante el citado ingreso, se realizaron entre otros exámenes complementarios: ecografía transfontanelar a los 13 días de vida, informada como encefalopatía multiquistica y un EEG informado como actividad irregular y de bajo voltaje, poca reactividad como expresión de una actividad cerebral difusa córtico-subcortical.

EVOLUCIÓN:

A los 3 meses (12-5-2000) fue valorada por primera vez en la Consulta de Neuropediatria, comprobándose microcefalia (perímetro cefálico 37 cm, inferior a percentil 3%), marcados signos piramidales y patrón anómalo del desarrollo. Se instauró tratamiento con fenobarbital, aunque en ese momento no tenía crisis epilépticas, por el alto riesgo de presentarlas. Se citó para revisión tres meses después.

A los 5 meses ingresó en la Sección de Neuropediatria (informe correspondiente al ingreso de 29-6-2000 al 18-8-2000) por presentar crisis epilépticas comprobándose en el ingreso crisis de espasmos flexores en salvas, con alta resistencia al tratamiento; al no resultar eficaz fenobarbital, se inició tratamiento con valproato. Después se intentó tratamiento con topiramato y vigabatrina, sin conseguir control de la sintomatología. En la exploración se evidenciaba grave microcefalia, tetraparesia espástica, patrón anómalo de desarrollo y ausencia de adquisiciones motrices. Se comprueba grave alteración EEG de tipo paroxístico multifocal y afectación de la actividad de base. TAC craneal con intensa atrofia córtico-subcortical generalizada. Se propone tratamiento con ACTH, que la familia no acepta. Se da de alta en tratamiento con Depakine. Diagnósticos al alta: Encefalopatía crónica hipóxico-

isquémica perinatal severa. Epilepsia sintomática secundaria a lo anterior. Retraso psicomotor secundario.

A los 13 meses ingresa de nuevo en nuestra Sección (informe correspondiente al ingreso de 27-3-2001 al 12-4-2001) por empeoramiento del síndrome epiléptico. En la exploración persiste la grave encefalopatía con microcefalia, afectación piramidal, afectación de los patrones de maduración psicomotriz y se observan crisis epilépticas de morfología de espasmos infantiles. El EEG ha evolucionado desfavorablemente hacia patrón hipsarrítmico. Se inició tratamiento con ACTH y, tras comprobarse evolución favorable, se dio de alta para control ambulatorio muy frecuente que se llevó a cabo en combinación con el Hospital Virgen del Castillo de Yecla.

Se realizaron revisiones en Consulta Externa, último informe de evolución emitido el 6-6-2001, refiriéndose desaparición de crisis desde el alta hospitalaria (abril 2001). Se fue retirando lentamente el tratamiento con ACTH (finalizado el 1-8-2001), manteniéndose el tratamiento con Depakine.

En la revisión de 28-9-2001, 20 meses, refieren que sigue libre de crisis, no había tenido enfermedades de importancia, comía bien triturados. Recibía tratamiento con Depakine y asistía a Centro Especializado en Atención Temprana de Yecla y fisioterapeuta privado. La exploración seguía mostrando grave encefalopatía de las características descritas y estrabismo. Se realizó interconsulta con Oftalmología. Se realizó analítica general que fue normal, niveles de valproato (84 microg/ml) y EEG: esporádicos signos irritativos focales temporales izquierdos y mejor actividad de base, respecto al estudio anterior. Se mantuvo el mismo tratamiento.

Revisión 8-7-2002, 29 meses, sigue tratamiento con Depakine: 100-100-100 mg y asistencia a Centro de Atención Temprana más fisioterapeuta privado. No tiene crisis, pero en ocasiones a lo largo de la noche, si se despierta, muestra sacudidas como sobresaltos coincidiendo con el inicio de nuevo del sueño. Apetito escaso, tendencia al estreñimiento, no había tenido enfermedades de importancia.

Examen físico 8-7-2002: PC 40 cm (percentil inferior a 3%), Peso 9 Kg (inferior a percentil 3%), talla 86 cm (P25), BEG, coloración normal, bien hidratada. Encefalopatía profunda con tetraparesia espástica grave, asimétrica por predominio en hemicuerpo derecho, hiperreflexia generalizada, signo de Babinski bilateral. Estrabismo convergente. No hay contracturas articulares fijas. Valoración psicomotricidad: conexión afectiva y visual presente, sostén cefálico incompleto, no hay sedestación ni bipedestación sin apoyo, no manipulación propositiva.

Exámenes complementarios 11-9-2002:

-Hemograma: normal

-Bioquímica sanguínea: normal.

-Nivel plasmático de valproato: 92 microg/ml

-EEG: En relación al registro anterior (8-11-2001), se continua apreciando una actividad bioeléctrica cerebral anormal de similares características, por la persistencia de los discretos signos irritativos sobre áreas temporales, aunque se añaden ondas lentas sobre áreas anteriores en la actualidad de dudosa significación.

JUICIO DIAGNÓSTICO: Encefalopatía posthipoxia-isquemia perinatal. Tetraplejía espástica secundaria. Epilepsia sintomática (Síndrome de West). Retraso psicomotor grave secundario a los diagnósticos anteriores.

TRATAMIENTO: Depakine solución: 100-100-100 mg. Rehabilitación psicofísica en Centro Especializado”.

CUARTO.- A su vez el HVC de Yecla, remite la historia clínica de la niña T. F. U. (folios 184 a 431), así como la de su madre, la reclamante D. A. U. F. (folios 432 a 546). Junto con dichas historias acompaña informe de la Dirección de dicho Hospital, fechado el 23 de octubre de 2002 y con el siguiente contenido:

“D.^a A. U. F. fue visitada por el Servicio de Obstetricia y Ginecología de este hospital el día 18 de junio 1999 como primera visita de su gestación.

En la consulta externa de tocología se realiza seguimiento de su embarazo con 7 controles (en la semana 16, 19, 25, 30, 36, 38, 40). Se realiza seguimiento clínico, analítico y ecográfico. Además de los controles habituales se practica test de screening para aneuploidías, alfa-fetoproteína, screening para diabetes, estreptococo del grupo B y monitorización física a partir de la semana 36.

Ingresa el día 22-1-2000 por inicio de dinámica que cede. Se da de alta con cardiocógrafa normal.

Atendida de nuevo ambulatoriamente el 26-1-2000. El 30 de enero de 2000 ingresa por dinámica uterina, con 41 semanas y 6 días. El 1-1-2000 (hay un error en la consignación de la fecha ya que, tal como se desprende del resto de la historia clínica, el alumbramiento se produjo el día 1 de febrero de 2000) se induce el parto, que se produce a las 18.25 horas, naciendo una niña de 3250 gramos de peso y test de Apgar 4/6/9. Permanece ingresada la paciente hasta el día 4-2-2000, dándose de alta con el diagnóstico de parto eutócico. El postparto tuvo un curso normal.

La recién nacida ingresa en el Servicio de Pediatría de nuestro hospital con 0 horas de vida por dificultad respiratoria precoz y sospecha de síndrome de aspiración meconial que no se confirmó al no aspirar de la traquea contenido meconial y por la evolución clínica y radiológica. Presentó durante su ingreso sintomatología compatible con crisis comiciales y se inició tratamiento con fenobarbital. Al tercer día de vida no había movimientos anormales y el tono muscular era normal, iniciando alimentación por sonda nasogástrica. Se traslada al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia a petición de los padres según consta la historia clínica a las 21.00 horas del día 4-2-200.

Permanece ingresada en el Hospital Virgen de la Arrixaca hasta el día 11 de febrero, dándose de alta con los diagnósticos de: recién nacido a término de peso adecuado, anoxia fetoneonatal, síndrome de aspiración meconial, hipoglucemia precoz transitoria, edema cerebral, encefalopatía hipóxico-isquémica y síndrome convulsivo. La sección de neonatología continuó el tratamiento con fenobarbital. Vista la historia clínica y los informes clínicos, el diagnóstico de síndrome de aspiración meconial no se sustenta.

Estuvo ingresada en este hospital desde el 11 de febrero al 26 de febrero de 2000, remitiéndose de nuevo al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca por haber presentado vómitos de contenido hemático.

Estuvo ingresada en el Hospital Virgen de la Arrixaca hasta el día 7 de marzo de 2000, remitiéndola de nuevo a este hospital con los diagnósticos de: hematemesis, probablemente por decúbito de sonda.

En este hospital permaneció ingresada desde el 7 de marzo hasta el 17 de marzo de 2000. Durante este ingreso se apreció un aumento de los niveles en sangre de ácido láctico y pirúvico. El 9 de marzo de 2000 se recibió resultado analítico de metabopatías del Centro de Bioquímica y Genética Clínica, aconsejando realizar estudio de aminoácidos plasmáticos y ácidos orgánicos ante la sospecha de metabopatía. Se remitió muestra a dicho centro el 14 de marzo. Se dio de alta con tratamiento con fenobarbital y cita a la consulta externa de pediatría de este hospital y al Centro de Atención Temprana de Yecla.

Nuevo ingreso el 29 de marzo por infección urinaria por E. Coli. Durante el ingreso se recibió resultado del Centro de Bioquímica y Genética Clínica, habiendo aumentado los niveles de ácido láctico y pirúvico, aconsejando dicho centro estudio de enfermedad mitocondrial en el Hospital 12 de Octubre de Madrid. Se remitió a dicho hospital, a la consulta de la Dra. G. S..

El 29 de junio de 2000 ingresó en el Hospital Virgen de la Arrixaca, dándose de alta el 16 de agosto con los diagnósticos de: encefalopatía crónica de etiología hipóxico-isquémica perinatal severa, epilepsia sintomática secundaria al diagnóstico anterior y retraso psicomotor secundario.

Ingresó el 8 de octubre de 2000 en el Hospital 12 de Octubre de Madrid para estudio de enfermedad mitocondrial. En el informe de alta consta lo siguiente: “ante la impresión diagnóstica, tras haber hablado con los padres sobre la posibilidad de que sea o no una enfermedad mitocondrial o un error innato del metabolismo, dada la consanguinidad y las cifras de ácido láctico elevadas, estos prefieren no realizar una biopsia muscular a su hija por lo que se da de alta pendiente de los estudios citados”

Sigue revisiones clínicas en la consulta externa de pediatría de este hospital y acude al Centro de Atención Temprana. El servicio de neuropediatría del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca sigue revisándola para control y tratamiento neurológico.

La biopsia muscular, necesaria para el diagnóstico de enfermedad metabólica congénita, no se ha realizado”.

I. En la historia de la menor figuran incorporados los siguientes informes:

1. El de la Sección de Neonatología del Servicio de Pediatría, fechado el 4 de febrero de 2002, según el siguiente contenido:

“ANTECEDENTES FAMILIARES: Madre de 27 años. Gestaciones 2. Abortos 1. Vivos 1. Grupo A Rh positivo. Resto sin interés.

ANTECEDENTES PERSONALES: Embarazo controlado. Infección urinaria a la semana 25. Parto a la 41 semana de EG. Amniorrexis desconocida. Líquido amniótico teñido ++. Inducido por líquido teñido y TNS patológico. Recibió tratamiento intraparto con Augmentine. No instrumentado. Kristeller. Período neonatal: Apgar 4/6/9. Se realizó aspiración traqueal de secreciones serosanguinolentas. Reanimación con oxígeno con PPI, durante 2-3 minutos. Posteriormente quedó con distress sin iniciar llanto. (Fiebre materna postparto de hasta 37,8°C).

MOTIVO DE INGRESO: Distress respiratorio precoz y sospecha de aspiración meconial.

EXAMEN FÍSICO: Peso 3.250. Perímetro cefálico 33'5. Piel teñida de meconio viejo. Distress respiratorio con tiraje sub e intercostal leves. Acrocianosis. Taquipnea. Auscultación cardio-pulmonar normal. Fractura de clavícula derecha. Poca actividad espontánea y poca reactividad. Hipotonía leve. Movimientos clónicos de brazos y manos. Movimientos de chupeteo. Resto normal.

EXÁMENES COMPLEMENTARIOS: Grupo 0 Rh positivo. Coombs directo negativo. Hemograma normal. PCR 2'2 mg/dl con controles posteriores normales. Calcemia normal. Radiografía de tórax normal. Gasometría capilar normal. Punción lumbar: citoquímica normal (leucocitos 1/mm³, hematíes 160/mm³). Hitachi normal. Pruebas de coagulación normales. Magnesemia de 1'6 mg/dl. Ecografía cerebral normal.

EVOLUCIÓN Y TRATAMIENTO: Ingresa en incubadora con oxigenoterapia. Mantiene saturaciones de 85 %. El distress desaparece a las 12 horas de vida. Progresivamente ha ido requiriendo menos Fi O² con saturaciones del 97 %: al alta Fi O² del 30% (3 mm).

Neurológico: inicialmente poco reactiva, con facies poco expresiva. Tendencia a la hiperextensión del cuello. Los movimientos clónicos se extienden a miembros inferiores, sin que se acompañen de caídas en la frecuencia cardiaca ni en la saturación de O² Nistagmus. Se inició tratamiento con fenobarbital iv. Comienza a mejorar paulatinamente, persistiendo en el momento del traslado hiporreactividad. Aumento del perímetro cefálico hasta 34,1 cm. Fontanela llena, sin estar a tensión.

Se canalizó la vena umbilical y se inicio tratamiento con cefotaxima y ampicilina.

El día del alta se inició alimentación oral por sonda nasogástrica con 10 cc cada 3 horas, que ha tolerado.

El día del traslado, se colocó catéter epicutáneo, con punta en extremo proximal de humero, sangrando escasamente por la zona de venopuntura.

DIAGNÓSTICO PRINCIPAL:

1- Síndrome de depresión e irritabilidad neurológica.

DIAGNÓSTICOS SECUNDARIOS:

2- Recién nacido a termino, de peso adecuado para su EG.

3- Riesgo infeccioso. Sepsis clínica.

4- Anoxia feto-neonatal leve-moderada.

5- Distress respiratorio precoz.

6- Fractura de clavícula derecha.

7- Hipoglucemia Precoz.

8- Hipoxemia con dependencia del oxígeno.

9- Hipomagnesemia.

PROCEDIMIENTOS:

- 1- *Canalización de vena umbilical.*
- 2- *Oxigenoterapia.*
- 3- *Antibioterapia.*
- 4- *Catéter epicutáneo.*

TRATAMIENTO ACTUAL:

Perfusión hidroelectrolítica con S. glucosado al 10 %, cloruro sódico, potásico, gluconato cálcico y heparina: según necesidades basales: 10 cc/h. Antibioterapia con cefotaxima y ampicilina, última dosis a las 16 horas. Fenobarbital 8 mg/8 horas, última dosis a las 15 horas. Ranitidina 10 mg cada 12 horas, última dosis a las 16 horas. Sulmentin simple iv, última dosis a las 15 horas.

NOTA: Se remite para valoración por neuropediatra, según intención de los padres. Se contactó con la Dra. M. M.”.

2. De la misma Sección de fecha del siguiente día 21, en el que el diagnóstico se fija en los siguientes términos:

“Diagnóstico principal:

1. *Síndrome de depresión e irritabilidad neurológica.*

Diagnóstico secundario:

2. *Recién nacido a término, de peso adecuado para su E.G.*
3. *Hipoxia fetoneonatal moderada.*
4. *Sospecha de Leucodistrofia”.*

Añade que se solicita estudio de cariotipo, aminoácidos en sangre y orina y resonancia magnética nuclear cerebral.

3. Otro informe de la citada Sección de 17 de marzo de 2000, en el que se señala como diagnóstico principal *“encefalopatía connatal,”* y como diagnóstico secundario *“síndrome convulsivo”* (folio 292).

4. Informes del Centro de Bioquímica y Genética Clínica en los que se afirma, por un lado, que la paciente presenta un cariotipo femenino normal (folio 360) y, por otro, la existencia de una elevada relación entre la cifras de ácido láctico y pirúvico (folio 361), ante lo que se recomienda un *“estudio de enfermedad mitocondrial en el Centro de referencia (Hospital 12 de Octubre)”*.

5. Resonancia magnética efectuada el día 6 de abril de 2000, con el siguiente resultado:

“Se practica R.M de cráneo en secuencias sagital SE T1, axial FSE DP y T2 y axial FS E DP y T2 y axial FSEIR.

A nivel infratentorial el IV ventrículo es medial y de volumen normal.

Tronco encefálico y cerebelo de morfología e intensidad de señal normal.

En el compartimento supratentorial los ventrículos laterales están moderadamente aumentados de tamaño son simétricos y no muestran desplazamientos. Cuerpo calloso hipoplásico.

Hiperintensidad en DP y T2 de la sustancia blanca periventricular con disminución en el grosor de la sustancia gris donde se observa la formación de cavidades quísticas de distinto tamaño a nivel frontal y parietal posterior bilaterales en probable relación con fenómenos hipósico-isquémicos.

CONCLUSIÓN: Encefalomalacia multiquística”

6. Informe clínico de alta del Hospital Universitario 12 de octubre, en el que la Dra. G. S., afirma lo siguiente:

“MOTIVO DE ESTUDIO

Paciente remitido desde la Residencia de Yecla (Murcia) para estudio de Enfermedad Mitocondrial. Diagnosticada previamente de Encefalopatía hipoxico-isquémica (sufrimiento fetal depresión neonatal, epilepsia) que se remite para estudio por haberse detectado una hiperlaciacidemia tanto en ayunas como en postpandrial.

ANTECEDENTES FAMILIARES

Padres primos-hermanos, sin antecedentes patológicos en la familia paterna ni materna.

ANTECEDENTES PERSONALES

Embarazo: ITU, parto inducido a las 41 s, presentación vaginal, distócico, meconio intraútero con monitorización patológica, apgar 4/6/9 a los 1, 5 y 10 minutos precisando reanimación, debiendo ser ingresado en período neonatal por distress respiratorio (aspiración meconial) presentando hipoglucemia precoz transitoria, edema cerebral, síndrome convulsivo, encefalopatía hipoxico-isquémica, hipoxemia con dependencia de oxígeno, hipomagnesemia y fractura de clavícula dcha. se traslada al hospital Virgen de la Arrixaca donde fue dado de alta en Neonatología con tratamiento con fenobarbital. Se le ha realizado una RM cerebral con fecha 6-4-2000 que muestra una hipoplasia de cuerpo calloso y señales de hiperintensidad en DP y T2 con disminución del grosor de sustancia, gris y formación de cavidades quísticas de distinto tamaño a nivel frontal, parietal, posterior, bilaterales. Ha sido seguido en consultas de Neurología en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia por crisis convulsivas, espasmos en flexión que no respondieron al tratamiento con vigabatrina ni ACTH. Se le realizó una TAC cerebral el 18-8-2000 donde se evidenciaba una intensa atrofia cortico-subcortical generalizada. Diagnosticado de encefalopatía crónica de etiología hipoxico-isquémica perinatal severa, epilepsia sintomática secundaria al diagnóstico anterior, retraso psicomotor y microcefalia secundaria; en la actualidad en tratamiento con ácido valproico y Sabrillex (pendiente de suprimir Sabrillex).

Se le ha realizado ácidos orgánicos con fecha 6-9-2000 donde no se ha objetivado un perfil patológico, y si metabolitos del ácido valproico. Las determinaciones de lactato tanto en ayunas como en postpandrial han sido de 5.3 y 5.7 mmoles/l, mientras que la relación B-hidroxibutirato/acetato ha sido normal. Se le han realizado niveles de carnitina libre total y esterificada que no han mostrado anomalías (6-9-2000).

EXPLORACIÓN

Microcefalia, tratra paresia espástica, es capaz de sostener la cabeza, de fijar la mirada y sonreír; no sedestación.

EXÁMENES COMPLEMENTARIOS

-Hemograma: 15.000 leucos (15N, 70L, 7M, 5C, 2E) Hb. y plaquetas normales.

-Estudio de coagulación: normal.

-SMAC leve incremento de GOT (48 ui/l) LDH: 377 ui/l. Resto normal

-CPK: 174 ui/l.

-PIC Oftalmología: endotropía alternante: Fondo de ojo normal.

-Puntos redox tanto en ayunas como en postprandial: pendiente de resultado así como amoniemia. Ácido láctico, ácido pirúvico, y cuerpos cetónicos.

Ante la impresión diagnóstica tras haber hablado con los padres sobre la posibilidad de que sea o no una enfermedad mitocondrial o un error innato del metabolismo dado la consanguinidad y las cifras de ácido láctico elevadas, éstos prefieren no realizar una biopsia muscular a su hija por lo que se da de alta pendiente de los estudios citados.

JUÍCIO CLÍNICO

Encefalopatía hipoxico-isquémica.

Hiperlactacidemia,

Epilepsia severa resistente a múltiples antiepilépticos.

Hiperlactacidemia (pendiente de confirmar su existencia) que pudiera estar también en relación con el tratamiento con Depakine.

TRATAMIENTO

Continuar con el tratamiento descrito por sus Neuropediatras.

Aconsejamos tomar Carnicor 1 cc/12 hs. mientras siga tomando como antiepiléptico ácido valproico.

Recomendamos que sea vista por su Pediatra dada la leucocitosis que presenta en las analíticas realizadas en nuestro hospital”.

II. De la historia de la reclamante, Sra. U., cabe destacar los siguientes informes y anotaciones:

1. Informe clínico del Servicio de Obstetricia y Ginecología, sobre el curso del embarazo, en los siguientes términos:

“PACIENTE CONTROLADA EN CONSULTA DE PRENATAL DE ESTE HOSPITAL PARA SEGUIMIENTO DE SU GESTACIÓN EN 1999. OCHO VISITAS PRENATALES; PRIMERA VISITA EN LA 9ª SEMANA CON EMBRIÓN VIVO INTRAUTERO, CRL ADECUADO A AMENORREA, SONOLUCENCIA NUCAL DE 1.2 mm; SEIS ECOGRAFIAS INTERMEDIAS CON GESTACIÓN EVOLUTIVA DE CURSO NORMAL; ÚLTIMA VISITA A LA 41 SEMANAS CON GESTACIÓN EVOLUTIVA ADECUADA A AMENORREA,

PLACENTA TIPO II LIQUIDO AMNIÓTICO NORMAL.

SEXO FETAL : HEMBRA.

ANALÍTICA:

-SCRENNTXG ANEUPLOIDIAS 1/2547.

-ALFAFETOPROTEINA: 37.

-TEST DE OSULLIVAN 83-114.

-SEROLOGIA: LÚES NEGATIVA, TOXOPLASMA NEGATIVA, RUBÉOLA INMUNE. HTV Y HVB NEGATIVOS.

-EXUDADO VAGINAL A LA 30 SEMANAS NEGATIVO (PROFILAXIS INFECCIÓN NEONATAL).

-MONITORIZACION FETAL SEMANAL A PARTIR DE LA 36 SEMANAS NORMAL.

TRATAMIENTOS: AC. FOLINICO PRECONCEPCIONAL Y PRIMER TRIMESTRE; FERROTERAPIA POR ANEMIA MODERADA; TTO. ANTIBIÓTICO POR INFECCIÓN URINARIA EN EL PRIMER TRIMESTRE”.

2. Informe clínico del ingreso en HVC el día 22 de enero y alta el siguiente día 23, con el siguiente contenido:

“Motivo ingreso: I.D.U.

Evolución: Gestación de 40+3 s. de curso normal, que ingresa en período de latencia de parto por dinámica irregular. Monitorización fetal normal. Durante su estancia en planta desaparece la dinámica, TNS/s normales, exploración igual al ingreso, por lo cual es dada de alta provisional.

Procedimientos diagnósticos: Monitorización fetal.

Procedimientos terapéuticos: No.

Diagnóstico principal: Pródromos de parto.

Diagnósticos secundarios: Gestación a término.

Tratamiento: El de consulta externa.

Monitor el 26-1-00 antes de consulta.

Revisión: En consulta tocología, según cita previa (26-1-00)”.

3. Informe clínico correspondiente a la estancia de la Sra. U. en dicho Hospital desde el día 30 de enero al 4 de febrero de 2000, en el que se señala lo siguiente:

“Gestante de 42 semanas ingresada en pródromos de parto con Estudio de Bienestar Fetal normal.

Gestación controlada en prenatal. Sin incidencias.

Parto inducido. Líquido amniótico teñido. Eutocico.

RN: Hembra 3250 grs. Apgar 4/6/9.

Puerperio inmediato normal.

Procedimiento diagnóstico: CTG.

Procedimientos terapéuticos: Episiotomía. Inducción al parto.

Diagnóstico principal: Gestación prolongada.

Diagnóstico secundario: Parto eutocico”.

4. Informe en el que se detalla el tiempo de espera de la paciente desde que bajó al paritorio procedente de planta, y las horas de las diferentes actuaciones (exploraciones, monitorizaciones, etc.) que se llevaron a cabo hasta el momento del parto (folio 545).

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido con fecha 17 de junio de 2004. En él la Inspectora informante, tras sintetizar las actuaciones llevadas a cabo en los centros sanitarios, resumir los informes clínicos obrantes en el expediente y realizar diversos juicios críticos sobre todo ello, concluye que:

“Nada se puede objetar con respecto a la actuación obstétrica en el seguimiento del embarazo y en el ingreso del día 30 de enero 2002 hasta el momento del parto, se procede según los Protocolos de la Sociedad Ginecológica Española, conclusión a la que se llega tras analizar la historia clínica de la Sra. U. y de la niña T. F., incluyendo la revisión de todos los monitores realizados a la madre que se encuentran custodiados en el HVC.

El parto es calificado de EUTOCICO, no hay constancia en la hoja del área de partos (hoja 500), ni en la hoja de puerperio (hoja 503) de ningún tipo de distocia (parto laborioso).

La asistencia al parto cumple el protocolo nº 3 de la SEGO, con la puntualización de la utilización de la Oxitocina no como inductor al parto que ya se había iniciado sino como Estimulador del trabajo del parto.

Los antecedentes del feto fueron normales hasta el último momento, sólo una caída en el monitor de la frecuencia cardiaca motivó la decisión de estimulación al parto que ya estaba iniciado, no procedía otra actuación.

En resumen, podemos asegurar que la actuación obstétrica, resulta intachable.

Considero que lo que sí es evidente es la Anoxia feto-neonatal con unas consecuencias de encefalopatía y convulsiones secundarias, pero entiendo que a la vista de las actuaciones realizadas durante y posterior al parto, atribuir al diagnóstico de Encefalopatía Hipóxico Isquémica las alteraciones neurológicas que desarrolla la paciente es realizar una apreciación de hiperdiagnóstico.

El diagnóstico diferencial de la Encefalopatía Hipóxico Isquémica a pesar de todas las pruebas realizadas no se ha concluido al no realizarse la biopsia muscular.

Las lesiones que padece la niña quedan reflejadas en la historia desde el momento del nacimiento, el alta para el traslado al HUCA se produjo a petición de los padres, pero con pleno consentimiento del equipo médico y de las actuaciones en cuanto al tratamiento y pruebas diagnosticas del HUCA, decir que siguen la línea iniciada en el Hospital Virgen del Castillo, repitiendo pruebas y tratando las convulsiones”.

Finaliza proponiendo la desestimación de la reclamación indemnizatoria.

SEXTO.- Mediante escrito fechado el 27 de septiembre de 2004, la instructora notifica a las partes la apertura del trámite de audiencia, concediendo a los interesados un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen conveniente.

Con la misma fecha se confiere también trámite de audiencia a la Compañía Aseguradora del SMS.

SÉPTIMO.- La representación de los reclamantes presenta, el día 30 de diciembre de 2003, escrito de alegaciones en el que sostiene que durante el parto no se atendió debidamente a su representada, ya que a pesar de su gestación prolongada no se aplicó el protocolo correspondiente a tal situación. Es más, a pesar de que a las 9:45 horas el monitor evidencia que el feto no estaba muy reactivo, no se lleva a cabo un seguimiento exhaustivo de la evolución del parto, de modo que la rotura de la membrana se produce sin que se sepa exactamente cuando. Aduce que el sufrimiento fetal se produjo y que así se reconoce en la historia clínica (folio 500).

Por otro lado, también pone de manifiesto que la atención prestada a la menor después de su nacimiento no se acomodó a las reglas de la *lex artis*, ya que la aspiración endotraqueal se tenía que haber efectuado durante la fase de expulsión; la niña debió ser intubada inmediatamente y, por último, se debió proceder urgentemente a su traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca, al carecer el HVC de una unidad de cuidados intensivos y de especialistas en neuropediatría.

En lo que se refiere a la alegada enfermedad metabólica y el rechazo de sus representados a aceptar la prueba, indica que la oposición de los padres no fue gratuita, estuvo basada en el riesgo que suponía para la menor su práctica y en la opinión de la doctora que les atendió en el Hospital 12 de octubre, que consideraba que no había base para suponer que la dolencia que padecía T. fuese una enfermedad metabólica.

Solicita que se amplíe la prueba practicada con el requerimiento al HVC para que aporte la siguiente documentación:

- 1) Radiografías del tórax que se le practicaron a la menor en sus primeros días de vida.
- 2) Información sobre el tipo o tipos monitores con que contaba el citado Hospital en la fecha del alumbramiento.
- 3) Registros resultantes de las monitorizaciones a las que fue sometida la Sra. U..

En lo que se refiere a la aseguradora, ésta no comparece ni hace uso de su derecho a formular alegaciones.

OCTAVO.- Requerido el HVC para que facilite la información y aporte los documentos solicitados por los reclamantes, el Gerente del Área 5 envía, con fecha 11 de enero de 2005, las radiografías de la menor y los registros de las monitorizaciones efectuadas a la Sra. U.. Asimismo informa que *“los monitores existentes en el área de paritorios en enero a febrero de 2000 en el Hospital Virgen del Castillo eran los siguientes: Cardiógrafo anteparto HP M-1351-A (adquirido en 1996). Cardiotocógrafo de uso externo, proveedor dextro-médica (adquirido en 1993). El monitor empleado en D. A. U. F. fue el CARDIÓGRAFO ANTEPARTO HP M-1351-A”*.

NOVENO.- Mediante escrito registrado de salida el día 6 de junio de 2005, se da traslado a la Inspección Médica de las nuevas actuaciones practicadas en el expediente, al objeto de que emita informe complementario al evacuado en su momento.

Dicho requerimiento fue cumplimentado por la inspectora con fecha 8 de junio de 2005, mediante informe en el que indica lo siguiente:

“Atendiendo la petición de la Instrucción del Expediente de Responsabilidad Patrimonial n° 391/02, a nombre de T. F. U., de emitir informe complementario por haberse aportado nueva documentación, y tras el estudio y análisis de la misma. Se informa lo siguiente:

Se aporta:

1. Copia de las radiografías practicadas en los primeros días de la vida a T. F. U. (correspondientes a los días 1, 2, 3 y 4 de febrero de 2000).

2. Copia de los registros de monitorización de D. A. U. F. durante los días 30 de enero a 1 de febrero de 2000.

Se informa:

1.- Analizadas las radiografías aportadas pueden confirmar el diagnóstico de Distress respiratorio, que se manifiesta radiográficamente con un aumento de la densidad pulmonar, en este caso sobre todo del pulmón izquierdo. La realización de varias radiografías de tórax durante los primeros días de vida de la niña T., verifican que se siguió una buena actuación en el seguimiento de la dificultad respiratoria, como se puede comprobar en las guías de práctica clínica.

2.- El día 8 de junio de 2004 la inspectora que suscribe se personó en el Hospital Virgen del Castillo de Yecla con el objeto de examinar la historia clínica original objeto de la reclamación. Como se puede comprobar las fotocopias de los monitores aportadas no son todo lo claras que se quisiera por ello los monitores custodiados en el HVC fueron especial objeto de la revisión, siendo de valiosa ayuda la colaboración prestada por el Dr. A. Q. Especialista en Pediatría. El resultado de su análisis fue tenido en cuenta en la emisión del primer informe.

Por lo expuesto, se mantienen las conclusiones del informe emitido el 17 de junio de 2004”.

DÉCIMO.- El día 12 de julio de 2005 se procede a notificar a los interesados y a la aseguradora la apertura de un nuevo trámite de audiencia, como consecuencia de haberse incorporado al expediente la documentación requerida por los reclamantes y un nuevo informe de la Inspección Médica. La representante legal de los reclamantes presenta escrito en el que se ratifica en la imputación de las lesiones padecidas por la hija de sus representados a la asistencia recibida, circunstancia que estima se ve refrendada con la práctica de las pruebas propuestas en su primer escrito de alegaciones.

UNDÉCIMO.- El 13 de noviembre de 2005, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial, al no haber acreditado los interesados que las lesiones que padece su hija sean consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 24 de noviembre de 2005.

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, como padres de la menor de edad T. F. U., circunstancia que se desprende indubitadamente de la documentación obrante en el expediente, ostentan, a tenor de lo preceptuado en el artículo 162 del Código Civil, la representación de su hija y, por lo tanto, se encuentran legitimados para deducir la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen.

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco 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.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar. Así, aunque la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño se produce el día 1 de febrero de 2000, en el momento de interponer la reclamación aun no podían considerarse consolidadas las secuelas padecidas por la menor y, en consecuencia, cabe entender que la reclamación fue formulada dentro de plazo.

Finalmente, 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 efectuar las siguientes observaciones:

a) La primera es que se ha superado el plazo de seis meses para resolver y notificar la resolución, prevenido en el artículo 13.3 RRP, lo que colisiona frontalmente con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa.

b) La segunda es que, interesada por los reclamantes en su escrito inicial la práctica de prueba testifical, consistente en declaración del padre y de la abuela materna de la

menor, dicha prueba no se ha practicado, ni tampoco se ha dictado resolución motivada por la instructora rechazándola por ser manifiestamente improcedente o innecesaria (artículo 80.3 LPAC y 9 RRP). En cualquier caso, como quiera que los interesados se han aquietado ante este rechazo tácito, ya que nada han alegado al respecto en los dos trámites de audiencia que se han evacuado, en uno los cuales llegaron a solicitar ampliación de la prueba documental, este Consejo considera que en este supuesto no se ha causado indefensión a los reclamantes y, por lo tanto, al objeto de evitar dilaciones innecesarias, entra a dictaminar sobre el fondo del asunto.

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 facul-

tativos 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 los interesados, el daño (las graves e irreversibles lesiones que padece la menor) sería imputable a la mala praxis médica de los facultativos que atendieron a la madre en el parto y a la propia menor en las horas inmediatas al alumbramiento, al no haber aplicado a la primera el protocolo que correspondía a su gestación prolongada y no haber atendido adecuada y prontamente los síntomas de la pequeña, a la que, en opinión de sus padres, deberían haber trasladado urgentemente al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, por contar este último centro sanitario con unidad de cuidados intensivos y con especialistas en neuropediatría.

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 correcta durante el parto ni después de él, 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 ca-*

racterísticas 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 (gestación prolongada, parto laborioso, empleo de oxitocina, etc.), se habrían evitado las posteriores complicaciones que surgieron, las cuales desembocaron en el sufrimiento fetal que provocó a su hija la encefalopatía hipóxico isquémica que actualmente padece; a lo que habría que añadir que los facultativos, una vez nacida la niña, no detectaron dicha dolencia ni aplicaron la terapia correspondiente. La determinación de si tales afirmaciones se produjeron 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)-, 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 de la 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 los informes de la Inspección Sanitaria (folios 549 a 559 y 623). En los referidos informes, 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, se describen y valoran las diferentes asistencias de que fueron objeto la reclamante y su hija. Según el análisis que la Inspectora Médica hace de la historia clínica y de los informes médicos obrantes en el expediente, el embarazo fue normal, el feto también y el parto no fue laborioso. En este sentido consta en la historia clínica que la Sra. U. había sido controlada durante el embarazo en siete ocasiones, con seguimiento clínico, analítico y ecográfico, siendo los resultados sobre el bienestar fetal normales. El día 22 de enero ingresa por inicio de dinámica de parto que cede, por lo que se le da el alta con cardiotocógrafo normal. El 26 de enero fue atendida de nuevo ambulatoriamente y el 30 de enero ingresa otra vez por dinámica uterina (41+6 semanas) y en esta ocasión también todos los controles realizados fueron normales. Las actuaciones que se siguieron desde este momento hasta el del parto se ajustaron, según la Inspección Médica, a los Protocolos de la Sociedad Ginecológica Española: la paciente estuvo constantemente monitorizada, la oxitocina no se usó como inductor al parto, que ya se había

iniciado, sino como estimulador del trabajo del parto (protocolo núm. 3 de la SEGO), y la decisión -acertada según la inspectora- se adoptó ante una caída en el monitor de la frecuencia cardíaca del feto. Sigue afirmando la inspectora en su informe que a pesar de que en algún documento de la historia clínica (folio 192) se haga referencia a que el parto fue distócico, dicha circunstancia no ha de considerarse acreditada porque *“no hay constancia en la hoja del área de partos (hoja 500), ni en la hoja de puerperio (hoja 503) de ningún tipo de distocia (parto laborioso)”*, la fractura de clavícula es, sigue diciendo, la más frecuente lesión ósea relacionada con el parto, *“se produce incluso sin maniobras especiales”* (folio 554).

Consta asimismo que las actuaciones inmediatas al parto fueron correctas: Nada más nacer la niña ingresa en neonatología por distress respiratorio precoz y sospecha de aspiración meconial. El distress desaparece a las 12 horas tras la administración de oxigenoterapia y la aspiración meconial se descarta al no encontrar meconio en la aspiración traqueal, sino secreciones serosanguinolentas (folio 555). Las lesiones que padece la menor quedan reflejadas desde un principio en su historia clínica, y *“desencadenan actuaciones en el Servicio de Pediatría para un mejor diagnóstico: Analítica, Rx de tórax, gasometría capilar, punción lumbar, ecografía cerebral, exploración neurológica, oftalmológica, se detectan nistamos propios de encefalopatía metabólica, repaso de antecedentes familiares respecto a consaguinidad, enfermedades previas, tratamiento en la madre, etc.”*, lo que evidencia que los médicos solventaron conforme a protocolo todas las complicaciones que presentaba la paciente, y aunque el traslado al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca se produjo a petición de los padres, lo fue *“con pleno consentimiento del equipo médico y de las actuaciones en cuanto al tratamiento y pruebas diagnósticas del HUCA, decir que siguen la línea iniciada en el Hospital Virgen del Castillo, repitiendo pruebas y tratando las convulsiones”*.

Se admite en el informe de la Inspección Médica que se produjo una anoxia fetal-natal (complicación por otro lado posible y a veces inevitable en todo parto), pero, con los elementos de prueba que obran en el expediente, no resulta posible afirmar que dicho sufrimiento fetal (calificado de leve en todos los informes obrantes en la historia clínica) fuera consecuencia de una mala praxis médica. Mantiene al respecto la inspectora que *“a la vista de las actuaciones realizadas antes, durante y posterior al parto, atribuir el diagnóstico de encefalopatía hipóxico isquémica las alteraciones neurológicas que desarrolla la paciente es realizar una presunción de hiperdiagnóstico”*. A todo esto cabe añadir que existe una sospecha de enfermedad mitocondrial que no ha podido ser descartada por no haberse llevado a cabo todas las pruebas necesarias para ello.

Frente al juicio técnico contenido en el referido informe 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. 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 las dolencias de la hija de los reclamantes 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.

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 61/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. S., en nombre y representación de su hija menor de edad V. A. S. N., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 17/04/06

Extracto de Doctrina

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de enero de 2005, el Director del Instituto de Educación Secundaria (I.E.S.) “Felipe de Borbón” de Ceutí remite a la Consejería de Educación y Cultura comunicación del accidente escolar sufrido, ese mismo día, por la alumna de 4º de Educación Secundaria Obligatoria, V. A. S. N.. Según el relato de los hechos contenidos en la referida comunicación, ocurrieron durante la clase de Informática, “*al limpiar la mesa y utensilios del aula, se desprendió el continente de líquido limpiador, saltando a los ojos y provocando la inutilidad de las lentes y daños sin importancia en piel*”.

SEGUNDO.- El padre de la menor presenta, el 17 de febrero de 2005, escrito de solicitud de indemnización por importe de 180 euros, fundamentado 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), al que acompaña la siguiente documentación: a) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre reclamante y menor; b) factura de establecimiento de óptica, por un importe de 180 euros, en concepto de lentes de contacto convencionales; y c) parte de consulta emitido por facultativo de Atención Primaria, que hace constar el deterioro de las lentes y la consecuente necesidad de cambiarlas, como consecuencia de la acción del disolvente que le cayó a la alumna, mientras efectuaba prácticas en el Instituto.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de fecha 4 de octubre de 2005, aquél solicita el preceptivo informe a la Dirección del Centro, acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente. Nada añade este informe a lo ya relatado en la comunicación de accidente escolar, por lo que el 1 de febrero de 2006 se reitera la solicitud de información, planteando diversas cuestiones al Director del Instituto.

Este nuevo requerimiento se efectúa por funcionaria que se autodenomina “instructora”, si bien su designación para tal función no se producirá hasta más tarde, el 14 de febrero de 2006, motivada por el cambio de destino administrativo del instructor inicialmente nombrado.

CUARTO.- El 3 de febrero de 2006 el Director del Centro remite informe del profesor que se encontraba en el aula cuando se produce el accidente. En contestación a las preguntas formuladas por la instrucción del procedimiento, el profesor manifiesta que:

“1.- No es costumbre de los alumnos de informática limpiar las mesas y otros utensilios del aula.

2.- No es una práctica habitual impuesta a los alumnos, fue una actuación aislada por V. autorizada correspondientemente.

3.-El producto estaba, como otros, fuera del aula. Estos productos están custodiados por el personal administrativo del centro.

4.- V. trajo el producto por autorización del profesor.

5.-El accidente se produjo en horario de centro”.

Del mismo modo, el profesor manifiesta expresamente su deseo de resolución estimatoria de la reclamación y relata los hechos como sigue:

“Al limpiar el puesto de trabajo, por no reunir condiciones, el producto que se emplea para hacer este cometido, por accidente (entiéndase accidente como aquello que ha sucedido pero que no se desea), y aún velando por la máxima precaución, cae y se desprende alcanzando a la citada alumna, con tan mala fortuna que le afecta a la zona de cara y a las lentillas, con la suerte de que no ha sido más el daño que el material óptico. En ningún momento hubo descuido u omisión, falta o mala utilización del recipiente con el citado producto, por parte de la alumna, simplemente, por la condición humana que a todos nos acompaña, ocurrió los hechos que tan reiteradamente comento”.

QUINTO.- Con fecha 23 de febrero de 2006 se notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia, del que no hace uso al no comparecer ni presentar alegación o documentación alguna.

SEXTO.- El 15 de marzo de 2006, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que se dan en el supuesto todos los requisitos legalmente exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño irrogado a 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 24 de marzo 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.- Plazo, legitimación y procedimiento.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales, más allá de la infracción del plazo máximo para resolver y notificar este tipo de procedimientos que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la 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 I.E.S. “Felipe de Borbón” de Ceutí.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que 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”.

También es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (Dictamen núm. 38/2000, de 6 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y Dictamen núm. 483/2000, de 28 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concorra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular; en el supuesto sometido a consulta el informe del profesor pone de manifiesto tanto la realidad del daño, acreditada asimismo por la factura de la óptica, como la causa del mismo, que cabe situar en la manipulación de disolvente por parte de la alumna. Tal producto, objetiva y potencialmente peligroso, resultaba ajeno a la actividad que se desarrollaba en el aula y su introducción en ésta fue expresamente autorizada por el profesor responsable de los alumnos. Con ello puso en marcha el mecanismo de riesgo que culminó con su materialización, pues toleró la introducción de un factor específico de riesgo, adicional a aquellos que resultaban con sustanciales a la actividad que se desarrollaba.

La intervención de la alumna en la producción del daño no puede considerarse de tal entidad que permita entender roto el nexo causal apuntado, pues su profesor expresamente manifiesta que *“en ningún momento hubo descuido u omisión, falta o mala utilización”*, siendo el accidente calificado como enteramente fortuito. Tal circunstancia impide estimar una interferencia causal de la conducta de la víctima, pues ésta ni fue la única o exclusiva causa del daño sufrido, lo que derivaría en una exoneración de responsabilidad de la Administración, ni tan siquiera concurrió a la producción de la lesión patrimonial, pues en su actuar siempre contó con la autorización expresa de su profesor y ajustó la manipulación del producto a la prudencia y usos habituales.

Del mismo modo, cabe afirmar que la víctima no tenía el deber jurídico de soportar el daño, pues ninguna lesión han de sufrir los alumnos como consecuencia del seguimiento de las actividades docentes programadas por el centro y supervisadas en su desarrollo por los profesores, de donde se concluye el carácter antijurídico del daño padecido.

En atención a lo expuesto, y tras constatar que concurren todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, procede declarar su existencia en el supuesto sometido a consulta.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

Acreditado el daño (inutilización de lentes de contacto) y su cuantía (180 euros), mediante la aportación de factura expedida por establecimiento de óptica en concepto de dos “*lentes de contacto convencionales*”, y no siendo discutido tal importe por la instrucción del procedimiento, cabe considerar adecuada tal cantidad como montante de la indemnización a abonar, sin perjuicio de la necesaria actualización impuesta por 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 de la Administración.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización, también coincidente con la propuesta por la instrucción del procedimiento, habrá de ser actualizada conforme a lo dispuesto por el artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 62/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.ª I. M. S., en nombre y representación de su hija menor de edad E. L. M., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 17/04/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 63/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a G. C. G., en nombre y representación de su hija menor de edad M. P. C., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 24/04/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 64/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a B. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. M. G., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 24/04/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 61.

DICTAMEN 65/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. G. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 24/04/06

Extracto de Doctrina

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial, es el de la lex artis, y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de diciembre de 2001, D. J. G. G. presenta ante la Dirección Provincial del INSALUD en Murcia reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su madre, D. J. G. G., que imputa al funcionamiento del servicio público sanitario por entender que concurrió negligencia en la asistencia sanitaria prestada. Señala que tanto el tratamiento dispensando por el personal del 061, como el del servicio de urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca y, finalmente, el del Hospital de Molina de Segura, no fue el adecuado y, como consecuencia de ello, se produjo el deceso de su madre.

Refiere que solicitada la historia clínica de la paciente no ha obtenido contestación alguna, lo que, a su juicio, constituye una vulneración del derecho de los pacientes a conocer el contenido de su historia clínica, derecho que, al haber fallecido su madre, ostenta la reclamante.

Acompaña informe de alta del Hospital de Molina; copia del libro de familia acreditativo del parentesco que unía a la reclamante con la fallecida; así como una solicitud de documentación clínica cursada ante el Servicio de Atención al Usuario del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (en adelante HUVA).

Insta a la Administración para que reclame y se le haga llegar la historia clínica de la paciente, al tiempo que solicita el recibimiento a prueba del procedimiento, dejando pendiente la designación de los medios de los que intenta valerse para un momento posterior, una vez recibida y estudiada la historia clínica. De igual modo pospone la fijación de la cuantía de la indemnización solicitada para el momento en el que se conozca el resultado de las pruebas que se practiquen.

Finalmente designa como domicilio a efectos de notificaciones el correspondiente a D. F. J. R. F.

SEGUNDO.- Con fecha de registro de salida de 17 de enero de 2002, el Director Territorial del INSALUD en Murcia comunica al representante de la interesada la recepción de su reclamación, el órgano encargado de su tramitación, el plazo para la resolución y el efecto del silencio administrativo. En la misma fecha solicita del HUVA parte de

reclamación debidamente cumplimentado, la copia cotejada de la historia clínica y los informes de los profesionales que atendieron a la paciente. Del mismo modo recaba de la Gerencia del 061 historia clínica e informes de los profesionales que asistieron a la Sra. G.. 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..

Con fecha de registro de salida de 18 de febrero de 2002 el Subdirector General de Inspección Sanitaria del INSALUD procede a la devolución de la documentación correspondiente al expediente que nos ocupa, al haberse producido el traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las funciones y servicios en materia sanitaria, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 1.474/2001, de 27 de diciembre.

Mediante escrito que tuvo entrada en la entonces Consejería de Sanidad y Consumo el día 20 de febrero de 2002, el Director Médico del 061 comunica al Servicio Murciano de Salud (en adelante SMS), que la paciente no fue asistida por ninguna unidad de dicho servicio. Sin embargo, sí consta que fue vista en su domicilio el día 20 de diciembre de 2000, a las 19:07 horas, por el SEDU de Alcantarilla, perteneciente a la Gerencia de Atención Primaria.

TERCERO.- Mediante escrito fechado el día 1 de marzo de 2002 la Gerencia de Atención Primaria envía la siguiente documentación:

- a) Parte de reclamación ante la compañía aseguradora.
- b) Copia de la historia clínica correspondiente a la asistencia prestada a la paciente por el servicio de urgencia de Alcantarilla el día 20 de diciembre de 2000, a las 19:07 horas.
- c) Informe fechado el día 1 de marzo de 2002, en el que el facultativo que atendió a la Sra. G. hace constar que, ateniéndose a la historia clínica, cuando reconoció a la paciente en su domicilio ésta presentaba un cuadro febril con dolor de cabeza, tos y ronquera, sin ninguna otra complicación más. Añade que le prescribió el tratamiento adecuado al cuadro clínico que presentaba.

Añade el coordinador de Atención Primaria que el servicio de urgencia en el que se prestó la asistencia por la que se reclama, dispone de los medios materiales y humanos necesarios para la práctica de la asistencia sanitaria a nivel de la Atención Primaria, pudiendo asumir procesos patológicos que estén comprendidos en ese primer nivel asistencial.

CUARTO.- Reiterada la petición formulada en su día al Hospital de Molina, su Director de Gestión envía, con fecha 11 de marzo de 2003, la historia clínica de la paciente, integrada por los siguientes documentos:

- a) Informe de ingreso.
- b) Hoja de tratamiento.
- c) Hoja de evolución médica.
- d) Hoja de enfermería.
- e) Gráfica de constantes.

g) Informe de alta.

De esta documentación es de destacar lo siguiente:

1. En el informe de ingreso se hace constar lo siguiente:

“Motivo de consulta: Paciente remitida desde urgencias del HUYA por cuadro de fiebre y disnea.

Antecedentes personales: No AMC.DM tipo II desde hace más de 30 años. ACV de repetición con hemiparesia izquierda residual y disfasia motora. HTA de larga evolución. Infecciones urinarias de repetición. Incontinencia urinaria. Osteoporosis senil con situación basal cama-sillón. Fractura de cadera derecha en 1998, intervenida y complicada con tromboembolismo pulmonar.

S.B.: Cama-sillón.

Enfermedad actual: Desde hace varios días tos productiva y dificultad respiratoria. En las últimas 24 horas aparición de fiebre, vómitos y escalofríos.

Exploración física: Afebril, REG. TA 150/90 mm Hg. Disnea importante, cianosis distal. AP: Roncus difusos, no crepitantes. AC: Tonos rítmicos a 120 lpm, sin soplos. Abdomen no doloroso, sin megalias. Leves edemas bimaleolares. No rigidez de nuca. Hemiparesia izquierda residual. En urgencia de HUYA la paciente ha tenido problemas de control de sus cifras de glucemia”.

Se recoge, asimismo, el resultado de exploraciones complementarias: análisis de sangre y de orina, radiografías, etc. Finalmente, se señala como diagnóstico principal el siguiente: Infección respiratoria, insuficiencia cardíaca, infección de orina, diabetes tipo II descompensada; cerebro vascular con hemiparesia izquierda residual.

2. En el informe de alta se indica, como resultado del óbito, el de parada cardiorrespiratoria irre recuperable, pese a las maniobras de reanimación efectuadas.

A la historia clínica se une informe clínico anexo al del alta, suscrito por el Dr. M., facultativo que atendió a la paciente durante su corta estancia en el Hospital de Molina. Según este médico de la revisión de la historia clínica se extraen las siguientes conclusiones:

“1. Que en el informe de alta de la paciente, se aprecia un error en las fechas de ingreso y de alta, ya que la paciente ingresó en este Hospital en la noche del 21 al 22 de diciembre de 2000, a las 2.30 horas del día 22, produciéndose su fallecimiento a los 30 minutos de su ingreso, es decir, a las 3.00 horas del mismo día 22.

2. Que la paciente ingresa con diagnóstico de infección respiratoria, infección urinaria, diabetes mellitus no insulino dependiente descompensada con acidosis e insuficiencia cardíaca como diagnósticos agudos y los de accidentes vasculocerebrales de repetición con hemiparesia izquierda y disfasia motora, hipertensión arterial y osteoporosis senil como patología crónica.

3. Que tras su ingreso, la paciente presentó parada cardiorrespiratoria que no se pudo revertir con las maniobras de reanimación efectuadas.

4. Que las medidas terapéuticas efectuadas en este Hospital, dado el breve plazo transcurrido entre el ingreso de la paciente y su fallecimiento, no fueron más allá de las

destinadas a revertir, de forma infructuosa, la situación de parada cardiorrespiratoria que presentó dicha paciente”.

QUINTO.- Requerido por la instructora informe de la Inspección Médica, esta unidad solicita el envío de la documentación referente a la atención que se prestó a la paciente en el HUVA.

Como quiera que dicha documentación ya había sido requerida al HUVA, se reiteró, en varias ocasiones, la solicitud de su remisión, hasta que, finalmente, mediante escrito fechado el 4 de junio de 2004, el Director Gerente del citado Hospital, comunica al SMS que en relación con el fallecimiento de la paciente D. J. G. G., *“sólo existía la documentación que se envió con la señora al Hospital de Molina para su adecuada asistencia en éste, por lo que debía solicitarlo a dicho Hospital”.*

SEXTO.- Debidamente requerido para ello por la instructora, el Hospital de Molina hace llegar la documentación solicitada, consistente en:

-Registro de la asistencia prestada a la paciente en el servicio de urgencias del HUVA el día 21 de diciembre de 2000, en el que se indica su traslado al Hospital de la Consolación.

-Hoja de enfermería en la que se registran los controles de glucemia que se le practicaron mientras estuvo en dicho servicio.

-Resultados de las analíticas que también se le efectuaron en el citado servicio.

SÉPTIMO.- Una vez incorporada al expediente la historia clínica de la madre de la reclamante se dio traslado de dicha circunstancia al representante de esta última, a fin de que, previo su examen, procediera a proponer prueba, tal como anunció en el escrito de iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial, lo que efectuó con fecha 24 de noviembre de 2004, solicitando la práctica de la documental consistente en la reproducción completa del expediente administrativo.

OCTAVO.- El informe de la Inspectora Médica, solicitado por la instructora, señala que, una vez revisada la documentación relativa al expediente, se consideró oportuno solicitar información adicional al HUVA sobre las cuestiones que se indican a continuación, con la respuesta que cada una de ellas mereció del citado Hospital:

“-Motivo de traslado para su ingreso en el Hospital de Molina (Consolación) y no ingreso en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

Proceso concertado con Medicina Interna del Hospital Virgen de La Consolación de Molina.

-Hora a la que se realiza el traslado.

La solicitud de reserva de cama se realiza telefónicamente a las 13.30 horas y la paciente ingresa la madrugada siguiente en el Hospital de Molina, como podemos observar en la hoja 55 del expediente: La hora de la reserva de cama son las 13:30 horas, no tiene nada que ver con la hora del traslado; la paciente se fue por la noche por 3 motivos: A la espera de pruebas complementarias y respuesta inicial al tratamiento, a la espera de que la cama del Hospital de Molina estuviera libre, a la espera de ambulancia disponible.

-¿Se utilizó transporte medicalizado y con provisión de oxígeno?

No precisaba transporte medicalizado; sí disponía de oxígeno la ambulancia.

-¿Durante las aproximadamente 12 horas que la paciente permaneció en Urgencias, se realizó interconsulta con especialista en Medicina Interna, Endocrinología u otros?

A la paciente la trató y evaluó directamente un especialista en Medicina Interna, situado en la Sala de Observación de Camas, de la Puerta de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca.

-¿Corresponde la firma de la nota en que se refleja el contacto telefónico con Medicina Interna de Consolación (Hospital de Molina) a alguno de los mencionados especialistas? Si no es así, ¿cual sería su identificación? (Hoja 55 del expediente).

Sí al citado especialista en Medicina interna en el punto 4, el Dr. C. M. R., núm. colegiado X.

-¿En su estancia en Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca se mantuvo a la paciente monitorizada?

Estuvo monitorizada electrocardiográficamente en las primeras horas; luego dejó de estar indicado al no presentar alteraciones del ritmo cardíaco durante su estancia en urgencias.

-Registro de diuresis durante el espacio de tiempo antedicho.

Todos los enfermos ubicados en la Sala de Observación de Camas, tienen registro de diuresis (ver segunda hoja, la número 55 del expediente, donde se indican las órdenes médicas).

Posteriormente, solicitamos aclaración sobre si en el transporte que utilizó la paciente para su traslado al Hospital de Molina en diciembre de 2000, que según nos informan disponía de oxígeno, se utilizó éste, y solicitamos la copia de los registros de diuresis de la paciente durante el tiempo que permaneció en la sala de Observación de Camas, de los cuales no disponemos en la documentación que manejamos y que, como manifiestan, y según la hoja 55, se realizaron. Para este trámite nos hemos puesto en contacto con la Unidad de Gestión de Riesgos Sanitarios del Hospital Virgen de la Arrixaca y nos comunican que cuando un paciente es atendido en Urgencias y se procede a su traslado a otro Hospital, toda la documentación generada en el acto asistencial se remite con el enfermo. Puestos en contacto telefónico con el Director Médico del Hospital de Molina, y revisada en el acto la documentación del caso, nos comunica que no ha encontrado en la Historia Clínica de la paciente otra documentación que la previamente consultada. Puestos en contacto con el Dr. M. R., Urgencias, Hospital Virgen de la Arrixaca, especialista responsable de la enferma, nos confirma que todos los tratamientos firmados por él y por los demás facultativos del Servicio, se supervisan y se controlan, así como el resto de las órdenes médicas, incluidas la diuresis y la provisión de oxígeno de la ambulancia de traslado, en este caso”.

Tras analizar la documentación y demás datos que obran en el expediente la inspectora concluye afirmando que “La paciente es enviada al Servicio de Urgencias del Hospital una vez se comprueba que las posibilidades de cuidados en Atención Primaria se superan y dada su mala evolución con el tratamiento prescrito. Una vez estabilizada, se procede a su traslado

cumpliendo los criterios que utilizan en el Servicio. No hallamos ningún dato de que la atención proporcionada halla (sic) sido inadecuada. La paciente estaba crónicamente afectada por pluripatología. Sin considerar que la posibilidad de ocurrencia de parada cardiorrespiratoria sea resultado obligado de sus múltiples afecciones, episodios similares al descrito pueden suceder con una frecuencia significativa”.

Finaliza proponiendo la desestimación de la reclamación.

NOVENO.- Mediante escrito fechado el 9 de enero de 2005, la instructora notifica al representante de la reclamante la apertura del trámite de audiencia, concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime conveniente.

Con la misma fecha se confiere también trámite de audiencia a la Compañía Aseguradora del SMS.

DÉCIMO.- La reclamante presenta, el día 29 de noviembre de 2005, un escrito por el que solicita una ampliación del plazo concedido para formular alegaciones con el fin de aportar informe de técnico especialista en la materia, ampliación que le es otorgada mediante providencia de la instructora fechada el día 13 de diciembre de 2005. No obstante, transcurrido ampliamente dicho plazo, no consta que la interesada haya hecho uso de dicho trámite al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

En lo que se refiere a la aseguradora, ésta tampoco comparece ni hace uso de su derecho a formular alegaciones.

UNDÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 11 de enero de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por entender que la reclamante no ha probado que los profesionales no hayan actuado con la diligencia debida y adecuada a la *lex artis* y, por lo tanto, no se ha acreditado en el expediente que el fallecimiento de la paciente guarde relación de causalidad con la asistencia sanitaria recibida.

DUODÉCIMO.- Con fecha 24 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.

SEGUNDA.- Legitimación, procedimiento y plazo de reclamación.

La reclamante fundamenta la legitimación en su condición de hija de la fallecida, aspecto que consta debidamente acreditado en el expediente mediante fotocopia del libro de familia que aparece a los folios 6 y 7, de lo que se infiere su condición de interesada, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En lo que se refiere 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.

Las peculiaridades procedimentales de este expediente radican en el carácter bifásico de su tramitación, puesto que fue iniciado 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 los órganos competentes para la tramitación y resolución de las reclamaciones la prosecución de las actuaciones seguidas por parte del Servicio Jurídico del SMS, al que corresponde la tramitación de estos expedientes según la Resolución del Director Gerente de 25 de enero de 2002 que aparece incorporada al folio 113 del expediente, 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.

Por otra parte el Consejo no puede dejar de observar que en la sustanciación de ambas fases se han superado no ya los límites reglamentarios -6 meses prevé como duración máxima para estos procedimientos el artículo 13.3 RRP-, sino incluso los mínimamente razonables, cuando se constata que ya han transcurrido más de cuatro años desde la iniciación del procedimiento. Mal pueden conciliarse tramitaciones como la presente con 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.

Especialmente reprochable resulta el retraso con el que el HUCA da respuesta a los sucesivos requerimientos de la instructora para que envíe la historia clínica de la paciente. Dado que aportar esta documentación, además de preceptivo, resultaba determinante para la resolución del expediente, a tenor de lo establecido en el artículo 83 en relación con el 42.5.c) LPAC, se hubiera podido interrumpir el plazo de los trámites sucesivos por un tiempo no superior a tres meses, y tanto la suspensión como la reanudación del plazo deberían haber sido comunicadas a la interesada, lo que no consta que se haya efectuado en la tramitación de este expediente. Todo ello, además, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudo incurrir el funcionario que debió enviar en plazo la documentación e información requeridas, de conformidad con el mismo artículo 83.3 LPAC

b) El período de tiempo tan dilatado (más de un año) transcurrido entre la fecha en que le fue ampliado a la interesada el plazo para formular alegaciones (16 de diciembre de 2005) y la de formulación de la propuesta de resolución (11 de enero de 2006), sin que, aparentemente, concorra circunstancia alguna que lo justifique, lo que, como señalábamos anteriormente, colisiona frontalmente con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa.

Por último, la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el fallecimiento se produjo el 21 de diciembre de 2000 y la acción de reclamación se presentó el 19 de diciembre de 2001.

TERCERA.- 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 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 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.

La reclamante inicialmente imputa a la Administración pública una actuación negligente que habría tenido como consecuencia el fallecimiento de su madre. No señala, sin embargo, qué concretos actos médicos serían aquéllos que, vulnerando los principios y reglas de la *lex artis*, habrían ocasionado el óbito de la Sra. G. G.. Justifica la interesada tal omisión en el hecho de no haber tenido acceso a la historia clínica de su madre, de ahí que solicite que aquélla se recabe de los centros sanitarios en los que se atendió a la paciente, dándole traslado de su contenido con el fin de proponer prueba y completar su reclamación. Sin embargo, cuando se le da traslado de dicha historia clínica, la interesada se limita a proponer como elemento de prueba el contenido del expediente administrativo; y cuando se le amplía el plazo para formular alegaciones, con el fin de que pudiera aportar un informe técnico, esta circunstancia nunca llegó a materializarse.

1. Sobre la realidad del daño y su cuantificación.

Se acredita en el expediente el fallecimiento de la paciente (informe de alta obrante al folio 41), consecuencia del cual la interesada reclama una indemnización, pero sin determinar su cuantía y sin concretar los daños que afirma haber sufrido, incumpliendo así el mandato contenido en el artículo 6 RRP.

2. Que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Presupone la determinación de si el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) o a la evolución natural de

la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos. Y el criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial, es el de la *lex artis*, y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo de 25 de septiembre de 2002). 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 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”*.

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 paciente, aunque sea imposible contrastarlos con las imputaciones de la reclamante, porque ésta se limita a afirmar una genérica negligencia en la asistencia prestada a su madre, pero sin concretar, ni mucho menos probar, qué actos sanitarios habrían resultado incorrectos o negligentes.

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 que D. J. G. G. falleció a causa de las enfermedades que padecía y no de una inadecuada asistencia sanitaria. En dichos informes queda claro que la muerte de la madre de la reclamante no fue consecuencia del funcionamiento de los centros sanitarios implicados, sino de una parada cardiorrespiratoria irrecuperable pese a las maniobras de reanimación efectuadas.

Efectivamente consta que la paciente, de 73 años de edad, padecía desde hacía más de 30 años una diabetes tipo II. Asimismo había sufrido accidente cerebro vascular de repetición con hemiparesia izquierda residual y disfasia motora. Asimismo presentaba una hipertensión de larga evolución, infecciones urinarias de repetición, incontinencia urinaria, osteoporosis senil con situación basal cama-sillón. Había sufrido fractura de cadera derecha en 1998, de la que fue intervenida surgiendo una complicación consistente en un tromboembolismo pulmonar (informe de ingreso en el Hospital de Molina, obrante al folio 36).

Con estos antecedentes, la Sra. G. es atendida en su domicilio el día 20 de diciembre de 2000, diagnosticándole un proceso gripal para el que se instauró tratamiento (folios 27 y 61). Al día siguiente, es visitada de nuevo y, ante la falta de respuesta al tratamiento administrado, se le diagnostica insuficiencia e infección respiratoria y es remitida al servicio de urgencia del HUVA (folios 56 y 62). Una vez en el HUVA, tal como señala la Inspectora en su informe, *“la primera medida fue administrar oxígeno, y solicitar hemograma, bioquímica, coagulación, gasometría y radiografía de tórax, se realizó historia clínica completa y consulta a informes previos de ingresos anteriores de la paciente. Durante su estancia en este Servicio fue vigilada de cerca, y se valoró y modificó el tratamiento según la evolución”*. Y sólo cuando se estabilizó se procedió a su remisión al Hospital de Molina. Una vez en este último centro sanitario, a la paciente le sobrevino una parada cardiorrespiratoria que no se pudo revertir con las maniobras de reanimación efectuadas.

A juicio de la inspección médica el tratamiento dispensado a la madre de la reclamante fue, en todo momento, el adecuado; considerando que la parada cardiorrespiratoria no se produjo como consecuencia de una mala o inexistente asistencia sanitaria, sino que más bien fue el resultado obligado de sus múltiples afecciones.

Frente al juicio técnico contenido en el referido informe, la mera manifestación vertida por la reclamante 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 madre de la reclamante 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 66/06.- Anteproyecto de Ley de Cooperativas de la Región de Murcia.

Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 24/04/06

Extracto de Doctrina

No puede ser considerado como propio de la competencia en materia de cooperativas, so pena de desbordar sus límites más razonables, y deben ser incardinados, por el contrario, en el ámbito de la legislación civil, mercantil o incluso laboral (según la respectiva naturaleza jurídica del negocio de que dimana la obligación) aquellos preceptos del Anteproyecto que incidan en el régimen de responsabilidad de personas distintas de la cooperativa por obligaciones que no hayan de ser consideradas propias de aquélla, es decir, que no sean deudas sociales, o los preceptos que incidan en instituciones de indiscutible carácter civil.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito de 15 de diciembre de 2002, el Director General de Trabajo de la Consejería de Trabajo y Política Social de esta Comunidad Autónoma propuso a la Consejera la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Cooperativas de la Región de Murcia. El 10 de enero de 2003 el citado Director General acordó constituir un grupo de trabajo con dicho objetivo, integrado por funcionarios de su Dirección.

SEGUNDO.- Mediante Resolución de 20 de noviembre de 2003, el antedicho Director General, manifestando haber finalizado el proceso de elaboración de un primer borrador de Anteproyecto, acordó constituir otro grupo de trabajo, cuyo objetivo sería “mantener reuniones con las organizaciones empresariales integrantes del Consejo Asesor Regional de Economía Social, para escuchar sus aportaciones a la norma y perfilar así el texto definitivo del Proyecto de Ley de Cooperativas de la Región de Murcia”.

TERCERO.- Obran en el expediente remitido varios escritos, sin fecha, formulados por la Unión de Cooperativas de Trabajo Asociado de la Región de Murcia (UCOMUR), la Asociación de Empresas de Economía Social de la Región de Murcia (AMUSAL) y la Federación de Cooperativas Agrarias de Murcia (FECOAM), en los que se contienen alegaciones al borrador de Anteproyecto de Ley de Cooperativas de la Región de Murcia. De todos ellos se desprende el parecer favorable a la aprobación de una Ley regional de cooperativas y al contenido del borrador en su conjunto, con numerosas observaciones al articulado, fundamentalmente basadas en criterios de oportunidad o de mejora de redacción, algunas de las cuales se analizarán en las Consideraciones de este Dictamen. Específicamente, mediante escrito de 2 de diciembre de 2003, FECOAM aportó una propuesta para la regulación, en la futura Ley, del Consejo Superior de Cooperativas de la Región de Murcia, y configurarlo como una “entidad pública de carácter consultivo y asesor de las administraciones públicas murcianas para todos los temas que afecten al cooperativismo”, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.

CUARTO.- Mediante Resolución de 19 de noviembre de 2004, el citado Director General de Trabajo, manifestando haber incorporado al borrador del Anteproyecto de Ley algunas de las aportaciones realizadas por las organizaciones empresariales representativas del sector, acuerda proceder a una reunión con técnicos de la Dirección General de Fomento de la Economía Social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para analizar el texto resultante.

QUINTO.- Con fecha 10 de enero de 2005, el Subdirector General de Trabajo formula una memoria económica sobre el coste administrativo de la eventual aprobación de Anteproyecto, concluyendo que *“dado que no se van a crear nuevos servicios, ni se van a desarrollar nuevas tareas a las actualmente desarrolladas, se considera que la entrada en vigor de una Ley Regional de Sociedades Cooperativas no conllevará gastos superiores a los anualmente previstos en la Ley General de Presupuestos, ni una minoración de los ingresos”*.

SEXTO.- El 17 de enero de 2005 se celebró sesión del Consejo Asesor Regional de Economía Social, cuyo único punto del orden del día fue el análisis del Anteproyecto en cuestión. En el Acta extendida al efecto se hacen constar manifestaciones de los representantes de la Administración regional sobre la tramitación llevada a cabo, así como nuevas alegaciones de los representantes del sector cooperativo regional, acordándose el estudio de las propuestas planteadas para redactar un borrador definitivo antes de proceder a recabar los informes legalmente preceptivos.

SÉPTIMO.- El 18 de enero siguiente, el citado Subdirector emitió informe en el que indicó que el Anteproyecto no provocaba ningún impacto en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

OCTAVO.- Con fecha 1 de marzo de 2005, los citados Subdirector y Director General de Trabajo emiten, respectivamente, una *“memoria de motivación técnica y jurídica”* del borrador de Anteproyecto y un informe sobre su necesidad y oportunidad.

NOVENO.- Remitido por dicha Dirección General el 10 de marzo de 2005 un nuevo borrador de Anteproyecto a la Secretaría General de la Consejería, el 25 de abril siguiente la Jefe del Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de dicho Departamento emitió informe sobre el mismo, con especial incidencia en la valoración de las alegaciones presentadas durante la tramitación del Anteproyecto.

DÉCIMO.- Con la misma fecha de 25 de abril de 2005, la Consejera de Trabajo y Política Social eleva al Consejo de Gobierno el borrador de Anteproyecto para que decida sobre la realización de ulteriores trámites, sin perjuicio de los informes preceptivos del Consejo Económico y Social (CES) y el Consejo Jurídico de la Región de Murcia. En sesión celebrada el 6 de mayo siguiente, el Consejo de Gobierno acuerda someter el Anteproyecto de Ley a los informes de los indicados órganos consultivos.

UNDÉCIMO.- El 30 de junio de 2005, el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia emitió Dictamen, del que se destacan las siguientes conclusiones :

“2.- El CESRM manifiesta su valoración positiva al amplio y completo proceso de consulta con las entidades representativas del movimiento cooperativo al que el Anteproyecto ha sido sometido por la Consejería competente, y la amplia receptividad que en ésta han encontrado las alegaciones presentadas.

3.- *Son varias las aportaciones que para el CESRM suponen mejoras destacables sobre la disposición vigente. Entre las más relevantes se encuentran la eliminación del límite existente al volumen de operaciones que la cooperativa puede efectuar con terceros; la flexibilidad que representa la constitución de cooperativas de segundo grado entre una cooperativa y una persona jurídica pública cuando hasta ahora se exigen dos cooperativas; la clarificación del concepto de resultado cooperativo y resultado extracooperativo, que puede repercutir positivamente en la fiscalidad de la sociedad; la consideración de repartible que se atribuye a la mitad del Fondo de Reserva Obligatorio para atender las bajas justificadas que se produzcan en la sociedad; la facultad que se otorga a los Estatutos de crear el Fondo de Reembolso para cuando se produzcan bajas de los socios; la más amplia y concreta regulación de las secciones y la ampliación de las operaciones de la sección de crédito, así como la exigencia de que en ésta exista un gerente, aunque se propone que acredite experiencia financiera; la regulación del proceso electoral del Consejo Rector e Interventores, la creación de la figura del socio a prueba, la dirección y el letrado asesor; y en general, la notablemente mejor regulación que se introduce en cuestiones como el proceso de constitución de las cooperativas, de los procesos de fusión, escisión, etc., y de las cooperativas agrarias y de explotación comunitaria de la tierra, de gran incidencia en la Región.*

4.- *El CESRM discrepa sobre algunos aspectos del Anteproyecto. El primero y fundamental es que duplica las posibilidades que actualmente existen de mantener puestos de trabajo temporales en las cooperativas. La necesaria flexibilidad que la actividad empresarial requiere se consigue, a juicio del Consejo, con el porcentaje ahora vigente, si bien permitiendo que las sociedades muy pequeñas por su número de socios puedan tener al menos uno cuya vinculación con la sociedad sea de duración determinada. Igualmente considera el Consejo que el Anteproyecto es restrictivo en relación con ciertos derechos de los socios y asociados en cuestiones como su participación en el Consejo Rector, convocatorias de Asambleas, instar la disolución de la cooperativa si se diesen causas para ello. Que el tiempo en que se pueden retener las aportaciones de los socios cuando se produce su baja o expulsión es excesivamente extenso. Que habría sido conveniente imponer un capital social mínimo para la creación de una cooperativa salvo en las de iniciativa social. Que no se justifica la gran desigualdad entre la retribución que podrán percibir los asalariados y socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado de iniciativa social (el cincuenta por ciento del convenio) y cualquier cooperativa sin ánimo de lucro (el ciento cincuenta por ciento). Y que el incremento de tres a cincuenta del número de cooperativas necesario para crear una Unión o Federación de Cooperativas, aun compartiendo el objeto pretendido de evitar la fragmentación del movimiento asociativo, es demasiado elevado.*

5.- *El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora favorablemente el objetivo de poner en marcha el Consejo Superior del Cooperativismo que subyace en la disposición adicional quinta, cuando remite a un reglamento su creación. Pero no deja de constatar la timidez del intento, pues el Anteproyecto es la disposición adecuada para la definición de sus objetivos, composición y funciones”.*

DUODÉCIMO.- Con fecha 20 de julio de 2005 el Subdirector General de Trabajo emite informe sobre las consideraciones efectuadas en el Dictamen del CES, motivando las observaciones que se aceptan y las que se descartan.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 28 de julio de 2005, el Secretario Autonómico de Acción Social, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios. En el expediente obran borradores del Anteproyecto de Ley fechados en noviembre de 2004 y febrero y julio de 2005, este último como texto sometido al presente Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un Anteproyecto de Ley que se pretende elevar, previa aprobación por el Consejo de Gobierno, a la Asamblea Regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones procedimentales.

A la vista del expediente remitido, cabe indicar que, en lo sustancial, se ha seguido lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (aplicable supletoriamente en la fecha de iniciación del procedimiento) y, a partir de su entrada en vigor, de lo dispuesto 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, así como lo establecido al respecto en las normas presupuestarias y sobre impacto por razón de género.

Por lo que se refiere a las consultas no preceptivas, merece destacarse que a pesar del amplio proceso de consulta efectuado se echa en falta la del Consejo Asesor Regional de Empleo y Formación creado por la Ley 9/2002, de 11 de noviembre, de creación del Servicio Regional de Empleo y Formación, en cuanto es un órgano consultivo y de asesoramiento de la Administración regional al que, en dicha norma, se atribuyó la función de "*conocer e informar sobre los proyectos normativos en materia de fomento de empleo*", entre otras recogidas en su artículo 17, no siendo discutible que el Anteproyecto, en línea con los fines que inspiraron en su día la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, LC), está incidiendo de modo muy importante sobre una forma de personificación jurídica, la cooperativa, que tiene entre sus más importantes fundamentos el del fomento del trabajo a través de su específica forma de organización como empresa. Esta esencial incidencia es reconocida reiteradamente por la propia Consejería instructora y remarcada por el Anteproyecto en su Exposición de Motivos, y no se proyecta únicamente en la sola regulación de una determinada clase de cooperativa (la de trabajo asociado), sino que está presente en la generalidad del fenómeno cooperativo, más allá de las especialidades que pueden revestir las diferentes clases de sociedades cooperativas.

TERCERA.- Contenido del Anteproyecto.

El Anteproyecto objeto del presente Dictamen tiene el siguiente contenido:

- Exposición de Motivos.
- 146 artículos, repartidos en los siguientes Títulos:

Primero “*De la Sociedad Cooperativa*”, subdividido en 12 Capítulos.

Segundo “*Actuación de la Administración regional*” y

Tercero “*Asociacionismo cooperativo*”.

-6 Disposiciones Adicionales.

-3 Disposiciones Transitorias, y

5 Disposiciones Finales.

CUARTA.- La competencia autonómica “*exclusiva*” en materia de sociedades cooperativas. Consideraciones generales. El Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes en Materia de Cooperativas de la Región de Murcia tramitado en 1999.

I. Preliminar.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley invoca como título competencial autonómico que ampara dicha iniciativa legislativa el establecido en el artículo 10.Uno.23 del vigente Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, que atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de “*cooperativas y entidades asimilables, mutuas no integradas en el sistema de Seguridad Social, respetando la legislación mercantil*”.

Para ubicar adecuadamente esta previsión estatutaria dentro del marco constitucional es necesario comenzar indicando que en la CE no existe más referencia expresa a las cooperativas que la contenida en su artículo 129.2 (“*Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*”), precepto de impreciso alcance desde la perspectiva competencial que aquí interesa. La falta de referencia expresa a esta clase de sociedades en el listado de materias de competencia exclusiva estatal del artículo 149.1 CE, unido a la ausencia de una posición doctrinal y jurisprudencial clara sobre la mercantilidad o no de las cooperativas, mutuas, mutualidades, montepíos, sociedades de socorro o auxilios mutuos, pósitos y análogas personificaciones jurídicas, dieron lugar a que los Estatutos vasco, catalán, andaluz y valenciano incluyeran como competencia exclusiva de la respectiva Comunidad Autónoma la relativa a cooperativas, mutuas (o mutualidades) no integradas en la Seguridad Social y pósitos, con el límite expreso del respeto a la “*legislación mercantil*”.

Actualmente, como señala el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 291/05, de 10 de noviembre, “*debe hacerse notar que la diversidad de títulos competenciales autonómicos que originariamente operaban sobre esta materia, que iban desde la ausencia absoluta de competencias hasta la ya referida competencia exclusiva, pasando incluso por la existencia de alguna competencia de desarrollo legislativo y ejecución, se ha transformado tras la transferencia de la competencia exclusiva sobre “cooperativas y mutuas no integradas en el sistema de Seguridad Social, respetando la legislación mercantil” llevada a cabo por el art. 2 c) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, a la que sucedió la reforma de los Estatutos de autonomía de las comunidades mencionadas en este precepto, y como consecuencia de la transferencia de esta misma competencia a la Comunidad Autónoma de Galicia mediante el art. 2 a) de la Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre. Se ha homogenizado así el panorama competencial en la materia*”.

A pesar de que desde la citada Ley Orgánica 9/92 nuestra Comunidad Autónoma asumió la competencia “*exclusiva*” en materia de cooperativas, el Real Decreto 374/1995, de 10 de marzo, de trasposos en esta materia, sólo se refirió a funciones ejecutivas, y todo ello circunscrito a las cooperativas que desarrollasen su actividad societaria típica exclusivamente en el ámbito territorial de la Comunidad. Esta circunstancia no debe llevar a la conclusión de que nuestra Comunidad Autónoma sólo puede ejercer tales funciones ejecutivas, pues lo decisivo al respecto son, como se sabe, los términos estatutarios de la atribución competencial. Así ha sido entendido sin dificultad por otras CCAA con Reales Decretos de trasposos redactados en términos similares o idénticos al citado, que han ejercido sin objeción alguna competencias normativas en la materia, hasta el punto de que todas las CCAA, salvo las de Asturias, Canarias, Cantabria y Murcia, han dictado leyes generales de cooperativas. Además, aun cuando en los citados Reales Decretos se limitaban territorialmente los trasposos a las cooperativas que desarrollasen su actividad típica (o “*cooperativizada*”) “*exclusivamente*” en el respectivo ámbito regional, la posterior LC excluyó de su propio ámbito aplicativo directo a las cooperativas que realizasen su actividad cooperativizada “*con carácter principal*” en el territorio de una sola Comunidad Autónoma (art. 2, A), ampliando con ello el alcance subjetivo de las leyes autonómicas. Quiere decirse que nuestra Comunidad Autónoma tiene competencia para legislar en materia de cooperativas que realicen su actividad típica o cooperativizada de modo principal en la Región de Murcia, sin perjuicio, pues, de que tal actividad pueda realizarse de modo secundario fuera de la Región, o de las actividades no cooperativizadas, que pueden ser realizadas en cualquier parte del territorio nacional.

Sobre lo que deba entenderse con carácter general por actividad cooperativizada, así como los criterios para determinar cuándo se realiza ésta de modo principal en el territorio regional (más allá del requisito de estar domiciliada la cooperativa en la Región, que no es un dato suficiente por sí solo para atraer la competencia autonómica, según la citada STC 72/83), el artículo 1 del Anteproyecto guarda silencio, en línea con el criterio seguido por la LC y la mayoría de leyes autonómicas, lo que se explica por la dificultad de aunar en una definición las peculiaridades de cada clase de cooperativa, partiendo, además, de las diferencias que se advierten entre las dos grandes categorías en que se vienen agrupando doctrinalmente: cooperativas de consumo o de producción. Por ello, respecto a la noción de actividad cooperativizada, habrá de estarse a lo que, para cada clase de cooperativa, el Anteproyecto considere como elemento o circunstancia determinante del específico vínculo cooperativo entre los socios que constituya la razón de ser de cada una de estas sociedades. En una aproximación, podría decirse que son las actividades que los socios realizan en cooperación (su respectivo aporte de bienes o servicios a la cooperativa) y que constituyen la causa, en sentido técnico-jurídico, del contrato de sociedad cooperativa, si bien no puede identificarse en todo caso con el objeto social de la cooperativa. Así, por ejemplo, la actividad cooperativizada en las cooperativas de trabajo asociado es el trabajo en común de los socios, pero el objeto social de la cooperativa sería la concreta clase de actividad profesional de realización de servicios que ésta, a través de sus socios (o incluso, como veremos, con trabajadores no socios contratados al efecto), presta a terceros como cualquier empresa de servicios (de ahí que en ocasiones se utilice el término “*objeto social cooperativizado*”).

En lo que atañe a las actividades no cooperativizadas de posible realización fuera del territorio regional, conforme con la citada STC, estas actividades son las necesarias para la completa realización del objeto social, pero no son propiamente constitutivas del

vínculo cooperativo. Por ello, y en oposición a las anteriores, el TC las califica de instrumentales, accesorias o complementarias de lo que constituya en cada caso la actividad cooperativizada, y que se plasman en relaciones jurídicas con terceros. Aun cuando sea difícil una definición general de estas actividades y haya de estarse también aquí al objeto de cada clase de cooperativa, el último inciso del proyectado artículo 1 debería contener una redacción más precisa. Así, por ejemplo, la de la vigente ley valenciana 8/03, de 24 de marzo, que, tras la referencia a la actividad cooperativizada de necesaria realización principal en el territorio autonómico, añade : “*sin perjuicio de que las relaciones con terceros o actividades instrumentales del objeto social se realicen fuera del mismo*”, expresión a la que después podría añadirse, con pleno sentido, la que en el proyectado artículo se refiere a las sucursales : “*puediendo establecer sucursales fuera de dicho territorio a estos efectos*”, o análoga expresión. En parecidos términos se pronuncia la ley castellano-leonesa, que a la expresión “*actividades instrumentales*” contenida en la ley valenciana añade “*...derivadas de la especificidad de su objeto social...*”.

II. El Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes en Materia de Cooperativas. Legislación de otras Comunidades Autónomas en materia de cooperativas.

Dicho lo anterior, la cuestión central será, prioritariamente, determinar qué ha de considerarse como contenido propio del título competencial que nos ocupa y, en su caso, qué aspectos de los abordados por el Anteproyecto debieran de considerarse propios de títulos competenciales del Estado, en un análisis que se presenta especialmente complejo ante la inexistencia de una doctrina constitucional perfilada sobre lo que deba entenderse como contenido propio de la “*materia cooperativa*” frente al ámbito material de diversos títulos competenciales estatales de carácter exclusivo, como los relativos a la legislación civil o mercantil (arts. 149.1.6º y 8º CE), cuyo alcance, a estos concretos efectos, es igualmente impreciso.

En este sentido, es necesario comenzar recordando que, a raíz de la entrada en vigor de la LC, la entonces denominada Consejería de Trabajo y Política Social tramitó en 1999 un Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes en Materia de Cooperativas de la Región de Murcia, cuyo artículo Único disponía que “*en tanto no se promulgue una Ley regional de Cooperativas, se aplicará como Derecho propio de la Región de Murcia la legislación estatal en materia de Cooperativas*”, determinación que en palabras del Dictamen 61/1999, de 22 de septiembre, emitido por este Consejo Jurídico al respecto, constituía un “*reenvío recepticio*” o remisión de carácter material a la normativa estatal sobre cooperativas, en cuanto implicaba, como decía el artículo Único del Anteproyecto, que dicha normativa debería considerarse, en bloque, como “*Derecho propio*” de la Comunidad Autónoma (Consideración Quinta). Sin embargo, en dicho Dictamen se advirtió que tal determinación no se ajustaba al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Así señalábamos que “*hay aspectos del derecho estatal en materia de cooperativas que no pueden ser derecho propio de la Comunidad Autónoma de Murcia*”, citando sin ánimo exhaustivo y para ilustrar sobre la inadecuación de la técnica remisoria elegida, los siguientes preceptos de la Ley 27/1999: “*el artículo 87 (legislación procesal); la disposición adicional tercera y la quinta, apartado 8 (legislación civil); la disposición adicional quinta, apartado 5 (legislación de contratos de las Administraciones Públicas) y la disposición adicional novena (legislación tributaria)*. Los títulos competenciales que amparan a los preceptos citados corresponden al Estado, en virtud de lo establecido en el párrafo 1 del artículo 149 de

la CE, apartados 6º, 8º, 18º, así como en su párrafo 3, segundo inciso”. Ello nos hacía concluir que “el bloque normativo reenviado no se corresponde con las competencias estatutarias de la Región de Murcia, las cuales constituyen la única fuente posible de la norma reenviante” (Consideración Séptima).

Las anteriores observaciones son oportunas porque el criterio seguido para la elaboración del Anteproyecto que ahora nos ocupa ha propiciado la inclusión en el mismo de preceptos que regulan materias sobre las que nuestra Comunidad carece de competencia. En efecto, dicho criterio ha sido el de reproducir esencialmente el contenido de la LC, sustituyendo de forma puntual las referencias propias del ámbito estatal por las correspondientes autonómicas, a partir de lo cual se ha procedido a introducir variaciones sobre lo dispuesto en dicha Ley, bien por razones de oportunidad a la vista de las necesidades y peculiaridades del sector cooperativo regional, bien con la pretensión de aclarar o especificar la redacción utilizada por el legislador estatal; también, y en algunas cuestiones puntuales, el Anteproyecto introduce regulaciones más amplias, que completan para las cooperativas de su competencia el régimen jurídico establecido en la LC. Y ello, en casi todos los casos, por la vía de la incorporación de determinaciones ya incluidas en precedentes leyes autonómicas, seleccionando la que ha parecido más oportuna; técnica que, como se verá, en ocasiones suscita dificultades de comprensión, cuando no alguna contradicción, entre preceptos del Anteproyecto.

Esta directriz básica que ha guiado la elaboración del Anteproyecto, consistente en reproducir la mayor parte de los preceptos de la LC no es, por otra parte, criterio exclusivo de la Consejería proponente, pues ha sido el patrón seguido por la mayoría de las leyes autonómicas dictadas en la materia tras la entrada en vigor de aquélla (seis hasta el momento: Ley 4/2001 -La Rioja-, Ley 4/2002 -Castilla y León-, Ley 18/2002 -Cataluña-, Ley 20/2002 -Castilla-La Mancha-, Ley 1/2003 -Islas Baleares- y Ley 8/2003 -Comunidad Valenciana-), e incluso puede advertirse análogo proceder legislativo en otras CCAA con respecto a la anterior Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (LGC), derogada por la LC, a la hora de la elaboración de las leyes autonómicas que se dictaron en el período 1987-1999.

III. Delimitación de la competencia en materia de cooperativas a la vista de la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, debe destacarse que la jurisprudencia constitucional que ha abordado la competencia autonómica en materia de cooperativas, fundamentalmente contenida en la STC 72/83 antes citada, se ha centrado sobre todo en su delimitación desde un punto de vista territorial, y ello por ser ésta la cuestión litigiosa primordial. Sin embargo, no soluciona todas las dudas que se plantean con respecto a lo que debe considerarse propio de la “*materia cooperativa*”. De dicha sentencia se extrae una idea inicial de que la regulación de las relaciones jurídicas entre la cooperativa y sus socios es materia propia de esta competencia autonómica, en cuanto son relaciones societarias que se contraponen a las relaciones jurídicas que la cooperativa puede entablar con terceros en el desarrollo de su actividad en el mercado, como cualquier otra sociedad. Ahora bien, como veremos, las regulaciones autonómicas aprobadas hasta la fecha contienen determinaciones cuyo alcance trasciende del puro ámbito interno de la cooperativa, lo que plantea hasta qué punto encuentran acomodo en el título competencial que tratamos frente a otros atribuidos al Estado, como los ya mencionados en materia de legislación civil o mercantil, o en otros sectores (procesal, ordenación de registros públicos, etc.) que más adelante se abordarán.

En este sentido, la citada sentencia parte de considerar que en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía se *“prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles, ya que la interpretación ha de situarse en el contexto del ordenamiento vigente”*, y considera que el inciso *“conforme a la legislación general de carácter mercantil”* incluido en el Estatuto vasco, es una expresión *“que ha de interpretarse en el sentido de que habrá de respetarse tal legislación en cuanto sea aplicable a las cooperativas, como sucede en aquellos aspectos en que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contiene preceptos mercantiles”* (f.j. 3), afirmación realizada a la vista, en aquella fecha, de una ley preconstitucional, la Ley General de Cooperativas de 1974, que no incluía ninguna determinación general sobre el carácter mercantil de la sociedad cooperativa como tal persona jurídica, a diferencia de lo establecido en las leyes para otras clases de sociedades. Esta última circunstancia ha venido siendo justificada, entre otras consideraciones, por los fines sociales o de beneficio a la comunidad que, junto a los particulares de los cooperativistas, le ha reconocido tradicionalmente la legislación cooperativa española, y que explica la existencia de un régimen jurídico peculiar y distinto frente al de las sociedades formalmente consideradas como mercantiles. Este carácter de empresa *“social”* se plasma en la caracterización de los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional como elementos definidores del concepto legal de cooperativa (art. 1.1 LC y 2.3 del Anteproyecto). El entendimiento, en cada momento histórico, del sentido y alcance de tales principios ha ido determinando la configuración legal del fenómeno cooperativo, del que se ha destacado (y criticado) su escasa preocupación por las cuestiones de metodología jurídica.

A partir de lo anterior, ayuda a delimitar la cuestión competencial que nos ocupa la jurisprudencia constitucional recaída sobre dos concretas clases de cooperativas, las de crédito y las de seguros. En las SSTC 86/89, 155/93 y 291/05, entre otras, se pone de manifiesto la singularidad y especial relevancia económica de las actividades que constituyen su objeto social, lo que habilita al Estado, desde sus títulos competenciales en materia de bases de la ordenación del crédito y seguros (art. 149.1.11º CE), a establecer normas que vayan más allá de lo relativo a su actividad crediticia y aseguradora, pudiendo disciplinar el estatuto o régimen jurídico básico de organización y funcionamiento de estas entidades en la medida necesaria para asegurar los intereses que el Estado debe tutelar. Sin embargo, debe destacarse también que tan intensa intervención estatal no convierte a esta clase de cooperativas en sociedades mercantiles por naturaleza, es decir, sujetas en todo a la legislación del Estado, pues el TC reconoce que, a partir del referido marco jurídico y para las cooperativas de ámbito regional, operará la correspondiente legislación autonómica, tanto la de desarrollo en materia de seguros y crédito (en lo que atañe a las actividades aseguradora y crediticia), como la que se dicte en materia de cooperativas. Esto explica que el Anteproyecto, en línea con precedentes leyes autonómicas, establezca para estas dos clases de cooperativas sendas remisiones a la normativa sectorial (arts. 125 y 128). A este respecto, es oportuno señalar ya que el artículo 125 debería modificarse, para que estableciera con toda claridad que las cooperativas de seguros se regirán por la legislación básica del Estado en la materia, y que la (presente) Ley se aplicará en lo que no se oponga a aquélla, eliminando con ello la equívoca expresión *“sin perjuicio”* que en dicho precepto se utiliza. Por otra parte, el proyectado artículo 74.4, sobre captación de participaciones especiales por las cooperativas de crédito y seguros, es reproducción de una redacción hoy derogada del artículo 53.3 LC, que fue sustituida por la que se contiene en el artículo 5.2 de la Ley 44/02, de 22 de noviembre, de Medidas

de Reforma del Sistema Financiero, que otorga a dicho precepto modificado de la LC el carácter de norma básica en materia de ordenación del crédito y seguros (Disposición Final Primera). Considerando que los artículos 125 y 128 ya se remiten a la legislación sectorial, puede eliminarse, por innecesario, el proyectado artículo 74.4, o bien acomodarse su redacción a la vigente de la LC.

Especialidades cooperativas al margen, la delimitación de la materia cooperativa, por oposición o contraste con lo que constitucionalmente deba entenderse por “*legislación mercantil*”, no resulta fácil, a la vista de lo expresado por el Alto Tribunal en sentencias como la 133/97, de 16 de julio:

“La Constitución (art. 149.1.6.) ha reservado al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil. La uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado. Respecto del contenido de dicha competencia, este Tribunal ha manifestado que, en todo caso, incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales (STC 137/1981, fundamento jurídico 3) y, respecto de su alcance, hemos declarado en nuestra STC 145/1986 que en las sociedades, como la nuestra, que siguen el modelo de la economía de mercado, la actividad mercantil aparece disciplinada por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el privado, dentro del cual hay que situar, sin duda, al Derecho Mercantil, siendo oscilantes los criterios para trazar los límites entre la legislación mercantil y la correspondiente a otras ramas del Derecho. En congruencia con ello –concluíamos entonces- parece obligado admitir que, en principio, y en lo que hace relación con este título competencial, sólo las reglas de Derecho privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil, teniendo las de Derecho público regímenes diferenciados, de modo que en cada supuesto será menester situar la institución de que se trate, tesis que abona también el hecho de la asunción por parte de algunas Comunidades Autónomas de competencias legislativas en materias claramente encuadrables dentro de la materia mercantil, por lo que en no pocas ocasiones será preciso acudir también a otras determinaciones de las que establece el art. 149.1. C.E. (STC 14/1986, fundamento jurídico 7.). (...)

Este criterio es el que recientemente hemos seguido también en la STC 37/1997, en la que, distinguiendo lo que es regulación de relaciones contractuales inter privados y lo que atañe a la intervención de los poderes públicos en esas relaciones contractuales, se encuadra las primeras en el título competencial del art. 149.1.6ª en tanto que el encuadramiento de la segunda lo será en función de la calificación a otorgar a la institución de que se trate”.

No obstante, el Tribunal ha ido concretando algunas parcelas del ordenamiento jurídico que considera incluidas en la noción constitucional de legislación mercantil, lo que puede hacerse extensivo para la legislación civil. Así, en la STC 37/97 resume algunas: “*el establecimiento de las condiciones generales de contratación, las modalidades de contratos (STC 71/1982), la delimitación de su contenido típico (STC 37/1981), de los derechos y obligaciones en el marco de relaciones contractuales privadas (SSTC 88/1986 y 62/1991), la forma en la que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios (SSTC 37/1981 y 88/1986) o las condiciones de validez de los contratos privados (STC 62/1991)”.*

Por su parte, el Tribunal Supremo ha reconocido que *“la mutación política y jurídica operada como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y la transferencia de competencias en materia de derecho de cooperativas a favor de determinadas Comunidades Autónomas, (...) ha dado origen a una espinosa problemática en la materia como consecuencia de las indudables interferencias de la legislación cooperativa (...) y la de carácter mercantil...”* (STS, Sala 3ª, de 17-3-99).

De lo expuesto puede deducirse que, salvo en los específicos casos de las cooperativas de crédito y de seguros, donde el campo es más limitado, las CCAA disponen, en principio, de un amplio margen de actuación para regular las cooperativas de su competencia y establecer un estatuto o régimen jurídico general para esta clase de sociedades, si bien han de respetar tanto la legislación mercantil, por específica mención estatutaria, como cualquiera otra que traiga causa de las demás competencias estatales. Esta consideración nos lleva a advertir ya la inconstitucionalidad de la proyectada Disposición Final Segunda del Anteproyecto (*“Derecho aplicable”*), que establece que *“las sociedades cooperativas se regirán por sus Estatutos sociales, por la Ley de Sociedades cooperativas de la Región de Murcia y sus normas de desarrollo, y en todas aquellas materias que no sean reguladas expresamente por la presente Ley o normativa de desarrollo, será de aplicación lo previsto por la legislación de sociedades cooperativas del Estado y normativa de desarrollo, la normativa mercantil y las normas de procedimiento administrativo común, por este orden, en cuanto resulte de aplicación acorde con la naturaleza jurídica de este tipo de sociedades”*. Al margen de que la redacción empleada da pie a entender que se sitúan las previsiones estatutarias de cada cooperativa por delante de la propia Ley, resulta evidente la improcedencia de situar como supletoria a la normativa mercantil o la relativa al procedimiento administrativo común (*“en todas aquellas materias que no sean reguladas directamente por la presente Ley o normativa de desarrollo”*), pues estas legislaciones son de aplicación directa en la materia que respectivamente regulan, circunstancia que impone, además, que el Anteproyecto tampoco pueda establecer un eventual orden de aplicación entre las mismas. Eliminadas tales determinaciones, la Disposición resulta innecesaria, pues la supletoriedad de la LC en la materia estrictamente cooperativa deriva ya del artículo 149.3 CE.

IV. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. Su alcance en relación con las materias de competencia exclusiva del Estado. La técnica de la remisión formal como modo excepcional de articular la legislación autonómica en materia de cooperativas.

Cuestión distinta de este efecto de supletoriedad de la LC en las materias propias de la competencia sobre cooperativas, es la relativa a la incidencia que en el Anteproyecto han de tener los preceptos de aquella Ley que, por su contenido, deben ser incardinados en títulos competenciales estatales exclusivos distintos al de cooperativas de ámbito supracomunitario, como los indicados en su día en el transcrito Dictamen 61/99 u otros que posteriormente se indicarán al hilo del análisis particularizado del Anteproyecto. La existencia en una ley de preceptos correspondientes a títulos competenciales distintos al que ampara de modo general la aprobación de la misma es una circunstancia sobradamente conocida en nuestro ordenamiento jurídico. La dificultad que plantea su identificación en la LC obedece a la ausencia de disposición alguna que establezca expresamente el título competencial que ampara su dictado; el silencio llega a tal extremo que el único precepto de la CE citado en dicha Ley está en su Exposición de Motivos, y es el ya transcrito 129.2, sobre fomento del cooperativismo por los poderes públicos. Esto puede ser expli-

cable en casos, como el presente, en que la competencia estatal en la materia cooperativa deriva del carácter territorialmente limitado de las competencias autonómicas, y no de una atribución específica contenida en el listado del artículo 149.1 CE, circunstancia que parece haber influido decisivamente en la concepción del legislador sobre su ámbito aplicativo, a la vista del tenor literal de su artículo 2, A), que, como se dijo, excluye la aplicación de la Ley respecto a las cooperativas de ámbito principalmente autonómico. En esta línea, y a la vista de dicho precepto, se ha llegado a decir por autorizada doctrina que la delimitación del ámbito de aplicación de la LC ha estado tan condicionada por el recelo a que una Ley estatal afectara a la competencia autonómica exclusiva en la materia, que ello puede conducir a un cúmulo de problemas, cuando no de situaciones, difícilmente explicables.

No obstante lo anterior, y como es procedente según reiterada jurisprudencia constitucional, hay que analizar el contenido material de los preceptos de la norma de que se trate, para determinar así cuál es el verdadero título competencial en que se inserta cada uno de dichos preceptos. Desde este punto de vista, la exclusión de aplicación (directa) a que se refiere el citado artículo 2, A) LC ha de interpretarse necesariamente que viene referida a los preceptos de la Ley propios de lo que puede denominarse a estos efectos competenciales como “*materia cooperativa*” o, en palabras de la STC 291/05, a los “*aspectos estrictamente cooperativos*” (f.j. 4). Quiere decirse, por tanto, que dicha ley, además de ser aplicable directamente a las cooperativas de ámbito supraautonómico, de Ceuta y de Melilla, lo será también, y con el mismo carácter directo, a las cooperativas de ámbito autonómico, en todos aquellos preceptos que respondan a competencias estatales exclusivas distintas a la de cooperativas de ámbito estatal. Y es de ver que tal aplicación directa ya está declarada con carácter expreso para dos de sus preceptos, aunque por la vía de su carácter básico. En efecto, el propio legislador estatal, con motivo de la modificación introducida en el artículo 53.3 LC (comentado al referirnos a las cooperativas de crédito), estableció de forma expresa su carácter de bases (y, por tanto, de aplicación directa en todo el Estado) en materia de ordenación del crédito y seguros. Igualmente, la STC 291/05 ha reconocido el carácter básico en dicha materia al artículo 104 LC (reprochando no obstante al legislador estatal el incumplimiento de su deber de establecerlo así expresamente en la ley, aunque dicho carácter se desprenda sin dificultad de la estructura del precepto, f.j. 7).

Conforme con lo anterior, resulta obligado plantearse cuál ha de ser el tratamiento a adoptar sobre aquellas determinaciones del Anteproyecto que constituyen una modificación o una reproducción de preceptos de la LC que han de reconocerse como propios de títulos estatales exclusivos como los antes mencionados. A la vista de la jurisprudencia constitucional expuesta, 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. 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.

La reciente 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 :

“De acuerdo con dicha doctrina, “cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 y 164/1995), pero no ha dejado de advertir

sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983, F.23), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 y 26/1982, entre otras muchas) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía”.

Este riesgo adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, “porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983. En este sentido, (...) la simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas” (ibidem). Aunque también hemos precisado que “esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas... por el legislador autonómico (leges repetitae) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico (STC 47/2004, de 29 de marzo, F.8)”.

Quiere decirse, visto el contexto de la sentencia transcrita, que la reproducción es constitucionalmente válida (aunque reprochable técnicamente, por el riesgo de una sobrevenida inconstitucionalidad de la norma autonómica en caso de una eventual modificación de la norma estatal) en el supuesto de competencias compartidas al modo “bases o condiciones básicas estatales-desarrollo autonómico de las bases o de las condiciones básicas” en relación con una determinada materia o sector material del ordenamiento; y será inconstitucional la reproducción autonómica de preceptos que han sido dictados por el Estado en materias de su competencia exclusiva, salvo cuando sea necesario para dotar de sentido o inteligibilidad a la norma autonómica. Supuesto este último que, por estar calificado por el TC como excepcional, habrá de interpretarse con carácter restrictivo, y ejercer tal facultad del modo más adecuado para no frustrar la doctrina general sentada por el máximo intérprete de la Constitución. No obstante, hay que reconocer la singularidad del caso que nos ocupa, pues las dificultades que ofrece el alcance aplicativo de la LC permite un especial margen de maniobra al respecto.

Así, puede haber casos en que la inteligibilidad de la futura ley regional no requerirá de mención alguna del correspondiente precepto de la LC, en cuyo caso no procederá su reproducción ni, en rigor, remisión alguna al mismo; por el contrario, en los casos en que ello sea necesario a los indicados efectos de clarificación del sentido y alcance de la norma regional, la referencia a la LC deberá hacerse mediante una remisión o reenvío de carácter formal al correspondiente artículo de ésta, técnica con la que la norma reenviante no se “apropia” del contenido de la reenviada, en el sentido de hacerlo suyo y

prestarle su propia virtud dispositiva (como sí cabe hacer en materias disponibles para el legislador autonómico, en cuyo caso se habla de reenvío recepticio), sino que se limita a reconocer la aplicabilidad del precepto estatal. Así, en el contexto de que aquí se trata, la norma reenviante constituiría realmente una disposición interpretativa del ordenamiento jurídico, dictada, como permite el TC, para dar sentido y coherencia a los preceptos de las normas autonómicas con verdadera virtualidad dispositiva.

En lo que se refiere a la forma de realizar tales remisiones, caben, al menos, dos opciones:

A) Expresar la correspondiente remisión formal en cada uno de los artículos de que se trate. En este caso, podría aplicarse aquí de forma analógica lo establecido en el epígrafe I, j) del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, es decir, teniendo siempre presente que se está ante una remisión normativa necesaria por cuestiones de respeto competencial y no de mera técnica legislativa. A estos efectos, en los respectivos artículos habrían de utilizarse algunas de las expresiones que se indican en el citado Acuerdo (“*de acuerdo con*” o “*de conformidad con*”), o similares.

Esta fórmula, sin duda la más rigurosa y concreta a los fines indicados en esta Consideración, plantea el inconveniente de su prolijidad, pues obligaría a introducir un número de cláusulas o expresiones remisorias que podría considerarse excesivo.

B) Mediante una nueva Disposición Adicional que se refiriera de modo conjunto, pero también específico, a los preceptos del Anteproyecto sobre los que ha de hacerse la oportuna salvedad. Así, podría establecerse en dicha Disposición Adicional que los artículos y Disposiciones de que se trata (habrían de relacionarse aquí los preceptos objeto de comentario en esta Consideración Cuarta y en la Quinta siguiente, resumidos en la Conclusión Primera de este Dictamen), se incorporan a la presente Ley con el carácter de mera reproducción o de remisión formal a la LC y demás legislación estatal dictada en materia civil, mercantil, laboral y de Seguridad Social, concursal, procesal y de ordenación de registros e instrumentos públicos directamente aplicable a las cooperativas de competencia autonómica.

Con cualquiera de estas fórmulas, además de procurar un adecuado ajuste al orden constitucional de distribución de competencias, el operador jurídico y el destinatario de la norma estarán en mejor disposición de advertir el alcance y sentido del precepto remitido, e incluso de tenerlo por modificado si así resulta de la norma o cuerpo jurídico al que reenvía, con lo que ello supone en términos de seguridad jurídica y coordinación normativa.

QUINTA.- Consideraciones particulares sobre el Anteproyecto desde la perspectiva competencial.

Para una mejor sistemática, el análisis particularizado del Anteproyecto desde la perspectiva competencial se realizará agrupando sus preceptos por razón de su incidencia en determinados títulos competenciales estatales de carácter exclusivo, dedicando al final un epígrafe II para realizar algunas observaciones sobre otros preceptos de especial interés a estos efectos.

I. Competencias del Estado.

1.- Legislación civil y/o mercantil.

Uno de los aspectos que más dudas ha planteado desde la perspectiva competencial que aquí interesa es el relativo al régimen jurídico de la responsabilidad de Derecho Privado (civil, mercantil o incluso laboral, según la naturaleza de la relación jurídica de que se trate) de las cooperativas con terceros ajenos a la sociedad. Más allá de las relaciones entre la cooperativa y sus socios o asociados existe un ámbito de relaciones jurídicas en que la cooperativa, como cualquier otra sociedad que actúe en el tráfico jurídico, resulta obligada con terceros. Si, a los indicados efectos competenciales, se parte de una concepción de la legislación civil y mercantil que circunscribe su ámbito propio a los aspectos a que se refiere la STC 37/97 parcialmente transcrita, -esto es, a la determinación del contenido típico de cada uno de los contratos que posean tal naturaleza civil o mercantil, a la determinación de los derechos y obligaciones en el seno de las diferentes clases de estos contratos, o a la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios en el seno de cada clase de contrato o negocio jurídico-, quedará fuera de dichos títulos competenciales lo que puede denominarse el régimen jurídico general de la responsabilidad de la cooperativa, que habría de ser considerado, al modo en que se configura en las leyes sobre sociedades mercantiles, como uno de los elementos integrantes del estatuto jurídico general de la misma; régimen general de responsabilidad cuya completa configuración incluiría el régimen de responsabilidad de los órganos sociales de las cooperativas e incluso el de sus socios, en cuanto tales, por las deudas de la cooperativa a la que pertenecen.

Semejante consideración puede hacerse del establecimiento y regulación por las CCAA de sus respectivos Registros de Cooperativas, inspirados en iguales principios que los que rigen el Registro Mercantil; el TC limita el alcance de la competencia estatal en materia de ordenación de registros públicos a los de “*carácter civil*” (STC 103/99, de 3 de junio, entre otras). Aquéllos Registros tienen como objeto la inscripción de la sociedad y sus Estatutos, el nombramiento de las personas que ocupan sus órganos sociales y, en general, de las vicisitudes más relevantes en la vida de estas sociedades. Sin perjuicio de la naturaleza jurídica que pueda predicarse de estos Registros, lo cierto es que sus efectos más propiamente civiles, que se desprenden de los principios de publicidad material y legitimación acogidos por las leyes autonómicas (en el Anteproyecto, en sus artículos 18.2 y 20), vienen en cierta forma habilitados por la previa asignación de tales efectos al Registro estatal de cooperativas que establece el artículo 111 LC, en una “*huida*” del Registro Mercantil que ha sido criticada por la doctrina.

Dicho lo anterior, no puede dejarse de indicar que esta concepción amplia del ámbito normativo de que disponen las CCAA al amparo de su competencia exclusiva en la materia que nos ocupa es la que domina plenamente la totalidad de las leyes autonómicas de cooperativas aprobadas hasta el momento, sin oposición del Estado.

A partir de lo anterior, cabe aceptar los preceptos del Anteproyecto que configuran el régimen jurídico general de la cooperativa en el sentido y con la extensión indicada. Ahora bien, por estas mismas razones, no puede ser considerado como propio de la competencia en materia de cooperativas, so pena de desbordar sus límites más razonables, y deben ser incardinados, por el contrario, en el ámbito de la legislación civil, mercantil o incluso laboral (según la respectiva naturaleza jurídica del negocio de que dimane la obligación) aquellos preceptos del Anteproyecto que incidan en el régimen de responsabilidad de personas distintas de la cooperativa por obligaciones que no hayan de ser consideradas propias de aquélla, es decir, que no sean deudas sociales, o los preceptos que incidan en instituciones de indiscutible carácter civil, que pasan a analizarse.

-Artículos 12.1, 2 y 4, 17.2, 71 y 96.4.

El artículo 12 contempla varios supuestos: a) la responsabilidad de la sociedad cooperativa “*en constitución*” (que aún no tiene personalidad jurídica como cooperativa frente a terceros, por no haber sido calificada todavía como tal ni inscrita en el Registro de Cooperativas por la Administración, ex arts. 9, 19.4 y 21.1 del Anteproyecto y, por tanto, a estos efectos no puede considerarse como cooperativa); y b) la responsabilidad de las personas que resultan obligadas por determinados actos y contratos celebrados en nombre de aquélla. El artículo 17.2 se refiere a la responsabilidad por deudas de la sociedad en constitución que ha devenido en irregular por no haber solicitado su inscripción administrativa en el plazo establecido al efecto. El artículo 71 se refiere a los derechos de los acreedores personales de los socios; y el artículo 96.4 a la responsabilidad personal de los socios por deudas contraídas con anterioridad al acuerdo de transformación de la entidad de que se trate en sociedad cooperativa. La determinación del carácter de legislación civil, mercantil o laboral de tales preceptos a efectos competenciales (circunstancia que excluye la normación autonómica, según se dijo), no puede considerarse una cuestión puramente teórica o de técnica normativa en varios de estos supuestos, según va a verse.

Por lo que se refiere al artículo 12.1 “*in fine*”, se advierte que contempla un supuesto de responsabilidad (en rigor, un supuesto de los denominados doctrinalmente de responsabilidad-sanción de los administradores sociales) que no está previsto en el artículo 9 LC, ello sin perjuicio de que, en todo caso, se considere tal sanción como desproporcionada a la entidad del incumplimiento que pretende sancionarse, excluyendo toda consideración sobre los daños que éste haya producido a terceros.

En cuanto al proyectado artículo 12.2, su contenido difiere de lo establecido en el 9.1 LC. Así, del primer párrafo de este último se infiere que, antes de la inscripción de la sociedad cooperativa, los responsables de todos los actos y contratos celebrados en nombre de ésta serán las personas que los hubieran celebrado, mientras que el previsto artículo 12.2 establece como responsable a la propia sociedad en constitución, con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios y, además, sólo en determinados casos, que enumera. Por otra parte, según la LC, la responsabilidad de las referidas personas cesará, entre otros condicionantes, cuando la cooperativa haya asumido expresamente dichos actos y contratos y “*siempre que el patrimonio social sea suficiente para hacerles frente*” (segundo párrafo “*in fine*” del artículo 9.2), mientras que el proyectado artículo 12.4 no recoge esta última e importante precisión, que sólo anuda la cesación de tal responsabilidad a que la cooperativa haya asumido expresamente dichos actos y contratos, prescindiendo de que tenga o no patrimonio suficiente para hacer frente a las correspondientes obligaciones.

Por su parte, el artículo 17.2 se refiere a la responsabilidad de la sociedad en constitución cuando, por no solicitarse su inscripción en el plazo legalmente establecido, ha devenido en “*irregular*”, configurando como responsables a los promotores de la sociedad, con carácter personal, solidario e ilimitado, previa excusión del patrimonio social. Sin embargo, en este caso debe estarse igualmente a lo dispuesto en el citado artículo 9.1 LC, pues se sigue estando ante el supuesto que allí se contempla, es decir, de actos y contratos en nombre de la sociedad en un momento anterior a su inscripción, supuesto para el que dispone, según se dijo, que los responsables son las personas que hubieran celebrado los actos o contratos en cuestión, que pueden no coincidir con los “*promotores*” de la socie-

dad a que se refiere el artículo 17.2 previsto; y desde luego, sin que el citado precepto de la LC exija dirigirse previamente contra el patrimonio de la sociedad en constitución.

Conforme con lo expuesto en la Consideración precedente, procede eliminar los artículos 12.1 “*in fine*”, 2 y 4 y el 17.2, y, a lo sumo, establecer en el artículo 12 una remisión formal a lo dispuesto en el artículo 9 LC, en los términos indicados en dicha Consideración.

Por lo que atañe al proyectado artículo 71, reproducción de la Disposición Adicional Tercera LC, se refiere a los derechos de los acreedores personales de los socios y asociados de la cooperativa, para establecer que no tendrán derecho alguno sobre los bienes de la cooperativa a la que pertenezcan, sin perjuicio de los derechos que pudieran ejercer sobre los reembolsos, intereses y retornos que correspondan al socio o asociado. En línea con lo dicho sobre los preceptos anteriormente comentados, se trata de un precepto que se refiere al régimen de responsabilidad del socio por deudas personales y no sociales. Aun ajustado a la LC, se trata de un precepto de naturaleza civil, mercantil o laboral, según la naturaleza de la relación jurídica de la que dimana la condición del acreedor personal del socio. Su presencia en el Anteproyecto no resulta necesaria para dar sentido a la regulación autonómica, e incluso pudiera ser inconveniente si en un futuro el precepto de la LC se modificase. Por ello, debería eliminarse.

Finalmente, en lo que respecta al artículo 96.4, primer párrafo, han de realizarse análogas consideraciones sobre su carácter de precepto civil o mercantil. La determinación consistente en que “*la transformación en sociedad cooperativa no libera a los socios de su responsabilidad personal por los derechos contraídos con anterioridad al acuerdo*” (se refiere al acuerdo de transformación de la entidad de que se trate en sociedad cooperativa), “*salvo consentimiento expreso a la transformación por los acreedores*”, supone incidir en el régimen jurídico de la extinción de las obligaciones personales o societarias de que en cada caso se trate, ya sean de carácter civil o mercantil, aspecto propio de la correspondiente legislación estatal. Debería suprimirse tal inciso o, a lo sumo, realizar una remisión formal al artículo 69.5 LC, cuyo contenido reproduce, sin más, el precepto comentado.

-Artículos 64.6 y 120.3 y 6.

El artículo 64.6 (reproducción del 45.5 LC) incluye una referencia a las aportaciones no dinerarias por parte de los socios al capital social, para establecer que tal aportación no produce cesión o traspaso ni aun “*a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos o Rústicos*”. Semejante referencia se hace en su segundo párrafo para el supuesto de cesión de otros derechos, algunos sujetos al régimen de la propiedad industrial o intelectual. El artículo 120.3 (reproducción del 96.3 LC) determina que la cesión por el socio a su cooperativa de explotación comunitaria de la tierra del derecho de uso y aprovechamiento de que aquél fuera titular no podrá considerarse causa para el desahucio o resolución del título o contrato que ligase al socio con el tercero de que se trate. En los incisos finales del número 6 de este artículo (reproducción del 96.6 LC) se establecen determinaciones sobre las servidumbres constituidas en bienes cuyo uso y aprovechamiento se haya cedido a dicha clase de cooperativa. Todos estos preceptos se introducen en el ámbito de la legislación sobre arrendamientos y derechos reales, típicamente civil, o bien, en su caso, en la legislación sobre propiedad industrial o intelectual. Cabe incluirlos en el Anteproyecto para evitar las dudas que su omisión pudiera ocasionar, si bien debe hacerse constar en el Anteproyecto su carácter de remisión meramente formal a los correspondientes artículos

de la LC, en los términos indicados en la Consideración anterior.

-Artículo 91.

La previsión contenida en el inciso final del artículo 91, que establece que los acreedores de la cooperativa no podrán oponerse al pago de sus créditos, aunque no estén vencidos, en los supuestos de fusión de cooperativas, incide en un elemento estructural del negocio jurídico del que dimana el crédito de que se trate, como es el relativo al cumplimiento de la prestación de una de las partes, en la medida en que impide el derecho de oposición de la otra parte. Este inciso, copiado, junto al resto del precepto, del artículo 66 LC, constituye un precepto integrante de la legislación de Derecho Privado de que dimana el crédito, y constituye una norma especial frente a las reglas generales del Derecho común. Su inclusión en el Anteproyecto, de ser necesaria en los términos indicados en la Consideración precedente, requeriría en todo caso la expresión de su carácter de remisión formal al citado artículo 66 LC.

-Artículos 95.1 y 96.2.

La determinación de los efectos de la transformación de una entidad en cooperativa, o viceversa, en el particular extremo que atañe a la posible afectación de la personalidad jurídica de las entidades afectadas, corresponde al Estado, al verse implicadas las legislaciones reguladoras de las respectivas entidades. Ello sin perjuicio de que la ley autonómica de cooperativas regule las actuaciones que debe seguir la entidad a los exclusivos efectos de la “salida” o “entrada” de la entidad de que se trate en relación con el ámbito propio de la ley, como se prevé en el resto de estos artículos (a salvo lo dicho anteriormente sobre el artículo 96.4).

-Artículo 116.3.

Conforme con la jurisprudencia constitucional, las CCAA pueden prever supuestos de retracto si se justifican en fines propios de la correspondiente competencia autonómica (aquí, preservar la finalidad de autoconsumo inherente a las cooperativas de viviendas), pero no incidir sobre el contenido propio del derecho de retracto, como institución civil que es (SSTC 170/89, 102/95 y 156/95, entre otras, y que enlaza con la doctrina expuesta en su momento sobre el alcance de la competencia estatal sobre legislación civil). El precepto comentado incide en el régimen jurídico de este derecho, tanto en lo que atañe a los sujetos obligados al reembolso por razón de la clase de gastos, como al precio del bien objeto del retracto (que se fija por remisión al número anterior del artículo). Procedería, pues, establecer en estos extremos la remisión formal al artículo 92.2 LC, del que el precepto comentado es reproducción.

2. Legislación procesal.

El artículo 149.1. 6º CE atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de “*legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”. A la vista de la jurisprudencia constitucional, se advierte que el Anteproyecto incorpora determinaciones que han de considerarse normas procesales, como las relativas a la impugnación jurisdiccional de acuerdos sociales, la convocatoria judicial de la Asamblea General, acciones judiciales de reconocimiento de derechos de información del socio, de disolución, nombramiento o separación de liquidadores, e incluso normas de delimitación competencial entre órdenes jurisdiccionales. Su análisis requiere traer a colación

la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

Así, entre otras, la STC 173/1998 ya citada señala que *“la implantación o establecimiento de un sistema o mecanismo jurisdiccional como medio de resolución de controversias entre partes, mediante el que los justiciables puedan obtener una decisión que ponga fin a los conflictos surgidos, es materia propia de la legislación procesal, reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.6 CE, cuya atribución responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales”*, lo que le lleva a estimar que *“es claro que la norma sobre la impugnación ante la jurisdicción de los acuerdos de los órganos de las asociaciones que enuncia el art. 12.3 de la Ley vasca de Asociaciones, invade la competencia estatal sobre la legislación procesal. Desde la STC 71/82, fundamento jurídico 20, que anuló precisamente el artículo de una Ley vasca que regulaba la legitimación de las asociaciones de consumidores para ejercitar acciones judiciales, hemos sostenido que esta es una cuestión que corresponde en exclusiva al legislador estatal”*. Además de lo expuesto sobre la legitimación impugnatoria, y por lo que atañe al plazo de ejercicio de la acción, la sentencia añade que *“no se trata de fijar el plazo de ejercicio de un derecho creado por las leyes de la Comunidad Autónoma (...). Se trata de fijar un plazo temporal que limita el acceso a los Tribunales, y por ende atañe al núcleo del derecho fundamental de acceso a la justicia...”* (f.j. 16).

En el caso que nos ocupa, puede prescindirse de la cuestión atinente a la asunción estatutaria de la referida competencia autonómica, a la vista de dos circunstancias: a) la casi totalidad de determinaciones de índole procesal incluidas en el Anteproyecto vienen a ser reproducción de los correspondientes preceptos de la LC, si bien en algunos casos esta reproducción no es exactamente literal o tiene una sistemática distinta a la de dichos preceptos; y b) las ligeras variaciones que pudieran advertirse sobre lo dispuesto en la LC responden simplemente a esta última circunstancia, no a una voluntad deliberadamente innovadora sobre el régimen procesal aplicable en materia de cooperativas establecido en dicha Ley. Ello motiva, a su vez, que no haya en el expediente, ni se desprende tampoco de los preceptos sustantivos del Anteproyecto, ninguna justificación expresa sobre estos extremos, más allá de ser una reproducción de preceptos de otras leyes autonómicas de cooperativas. Dicho en otros términos, no se ha aducido justificación, ni advertimos que exista a la vista de la regulación contenida en el Anteproyecto, para que los preceptos de naturaleza procesal que incluye puedan considerarse como auténticas especialidades en el régimen jurídico procesal de las cooperativas de ámbito autonómico frente a las normas procesales contenidas en la LC. Normas éstas que, a su vez, constituyen un régimen jurídico específico frente al de las leyes procesales generales, de modo análogo al dispuesto en la legislación sobre sociedades mercantiles.

Corolario de lo anterior es que el tratamiento que debe adoptarse en relación con los preceptos de naturaleza procesal incluidos en el Anteproyecto es el mismo que se señaló en su momento para las determinaciones que constituyen legislación civil o mercantil, es decir, la improcedencia de modificación alguna sobre la regulación establecida al respecto por la LC y, para las determinaciones meramente reproductoras de esta ley, que quede clara la remisión formal que se haga, de ser necesaria a los fines de comprensión de la norma regional.

Previamente al examen particularizado de las normas de carácter procesal que se advierten en el Anteproyecto, debe hacerse una observación de carácter general para los supuestos en que se considere necesario reproducir un precepto procesal de la LC

en los que se mencione a los Juzgados de Primera Instancia. Conforme a lo establecido en el artículo 86 ter, 1 y 2, a) de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, los Juzgados de lo Mercantil, allí donde se constituyan, serán competentes en materia concursal y conocerán de todas aquellas cuestiones que, dentro del orden jurisdiccional civil, se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Por ello, en los supuestos apuntados al principio, lo más procedente sería sustituir la mención al Juzgado de Primera Instancia por la del “*órgano jurisdiccional competente*”, o similar expresión, en evitación de dudas que no puede suscitar la Ley autonómica.

De igual modo, han de evitarse las referencias directas a las clases de procedimientos judiciales, siendo preferible una referencia genérica. Así, por ejemplo, en el artículo 27.4, último párrafo, debería disponerse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 16.4, segundo párrafo, de la Ley de Cooperativas del Estado, en los supuestos de las letras a), b) y c) del apartado 3 del presente artículo, los solicitantes podrán acudir al procedimiento judicial correspondiente. Análoga observación cabría realizar con respecto al artículo 32.3, c), segundo párrafo, del Anteproyecto.

De este modo, con la remisión formal al precepto de la LC que corresponda, la norma autonómica evita posibles desfases o errores en la interpretación de la norma procesal estatal, lo que, en esta materia, es preferible a la inclusión de determinaciones específicas de esta clase.

-Artículo 40.2, primer y tercer párrafo, y 3, segundo párrafo.

El inciso final del primer párrafo y el párrafo tercero del artículo 40.2, sobre el proceder del Juez a la hora de convocar la Asamblea General, constituyen normas procesales, pues “*definir las atribuciones de los Juzgados y de los Tribunales, y asignar las funciones en garantía de cualquier derecho, son aspectos que corresponden exclusivamente a la legislación procesal del Estado*” (STC 173/1998 ya citada, entre otras que cita). Deben incluirse las oportunas remisiones al artículo 23.2 LC. En el supuesto previsto en el artículo 40.3, segundo párrafo, sobre legitimación para instar judicialmente la convocatoria de Asamblea General Extraordinaria, la remisión debe hacerse al artículo 23.3 LC.

-Artículos 47.3, 4, 6, 7, 8 y 9; 53; 98.3; 100.6 y 11; 101.3; 102.2; 111.1 y 2; Disposición Transitoria Segunda, segundo párrafo.

Estos preceptos se refieren al régimen de impugnación jurisdiccional de acuerdos sociales (arts. 47 y 53), acciones judiciales de disolución (art. 98.3), de nombramiento de liquidadores y de interventor en la liquidación (arts. 100.6 y 11), de separación de liquidadores (art. 101.3), de impugnación del balance final y del proyecto de distribución del activo sobrante tras la liquidación (102.2) y a una delimitación de competencia entre dos órdenes jurisdiccionales (art. 111.1 y 2). La Disposición Transitoria Segunda, en su segundo párrafo, prevé una acción jurisdiccional para promover la convocatoria de la Asamblea General que acuerde la adaptación de los Estatutos sociales a la nueva Ley.

Conforme con la doctrina constitucional expuesta, se trata de normas de carácter procesal de competencia exclusiva del Estado, cuya inclusión en la futura Ley autonómica ha de ponderarse en atención a los criterios señalados en la Consideración precedente.

En este sentido, puede estimarse su inclusión en el Anteproyecto siempre que se

haga constar su carácter de remisión formal, procurando, si se reproduce su contenido, que éste sea lo más fiel posible al precepto correspondiente de la LC, para evitar así eventuales dudas interpretativas. En todo caso, el proyectado artículo 111.1 y 2 no se considera necesario para dotar de sentido o inteligibilidad a la normación sustantiva del Anteproyecto. Las citadas SSTC 173/98 y 47/04 declararon la inconstitucionalidad de preceptos autonómicos análogos al comentado (ff.jj. 16 y 15, respectivamente). Por ello, debería suprimirse.

-Disposición Adicional Primera.

En concordancia con el carácter procesal de las normas comentadas en el epígrafe, en esta Disposición relativa al cómputo de plazos debería realizarse la oportuna salvedad sobre el régimen jurídico aplicable a las normas procesales que incorpora el Anteproyecto. Así, debería añadirse al precepto la fórmula “*sin perjuicio del régimen jurídico aplicable a los plazos relativos al ejercicio de acciones jurisdiccionales o cualesquiera actuaciones de carácter procesal, en que se estará a la legislación procesal que corresponda*”, o similar.

3. Legislación concursal.

Según dispone su Disposición Final Trigesimasegunda, la Ley 22/03, de 9 de julio, Concursal, se dicta “*al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6º y 8º CE, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”. Su artículo 1.1 establece que “*la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*”, lo que incluye sin ninguna duda a las sociedades cooperativas. Esta última circunstancia es la que, conforme ha señalado la doctrina, justifica que su Disposición Derogatoria Única 3.8º haya derogado la Disposición Adicional Cuarta de la LC, que establecía la sujeción de las cooperativas a la legislación sobre suspensión de pagos y quiebra, vigente antes de la Ley 22/2003. Dicha determinación de la LC y, antes, de las precedentes leyes estatales de cooperativas, era explicado como una voluntad del legislador de eliminar las dudas que podía suscitar la aplicabilidad a las cooperativas de la entonces vigente legislación concursal, que se vinculaba a la condición de empresario comerciante del afectado. Sin embargo, el hecho de que la nueva Ley concursal no contenga distinción alguna en su artículo 1.1 por razón de la naturaleza mercantil o no del concursado, determina la indiscutible sujeción de las cooperativas a la misma, lo que ha llevado al Estado, con la mejor técnica jurídica, a derogar pura y simplemente la citada Disposición de la LC, pues la aplicabilidad de la Ley 22/03 se produce por su propia virtud dispositiva y no por disponerlo la Ley reguladora de una concreta clase de sociedad, como aquí serían las cooperativas.

Trasladado lo anterior al Anteproyecto, la prevista Disposición Adicional Tercera resulta técnicamente incorrecta, al disponer, sin más, la aplicación de la legislación concursal a las cooperativas que regula. Si alguna referencia aclaratoria hubiera de hacerse aquí a dicha legislación, debería ser en el sentido de establecer que la ley autonómica se aplicará “*sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación concursal*”, pues resulta claro que, al menos desde el momento procesal al que se refiere el artículo 17 de la Ley 22/2003 (medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso), la gestión de la cooperativa, esté incurso o no en aquel momento en alguno de los procesos societarios de disolución, liquidación, transformación, etc. regulados en la Ley autonómica, quedará condicionada

a lo que resulte de la aplicación del régimen jurídico establecido en la Ley Concursal.

En esta línea de razonamiento, se advierte que el proyectado artículo 101.5, i) establece como deber de los liquidadores el de solicitar, en caso de insolvencia de la sociedad, y en el término de diez días a partir de aquel en que se haga patente esta situación, *“la declaración de suspensión de pagos o la del concurso, según proceda”*. Este precepto viene a ser una reproducción adaptada del artículo 73.7 LC, que fue dictado en su día para las cooperativas de ámbito estatal y que ha sido derogado, sin más, por la Ley Concursal, lo que se ha justificado por razones análogas a la anteriormente expuesta para la D.A. Cuarta LC, esto es, que la Ley concursal establece ya el régimen de legitimación para solicitar la declaración de concurso (que incluye a los liquidadores, art. 3) y el plazo para cumplir con el deber de instarla judicialmente (dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que *“hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia”*, art. 5.1). Además de no concordar con lo dispuesto en este artículo 5.1, el precepto proyectado incurre en el error de mantener la referencia a la suspensión de pagos, cuando la propia Ley concursal, para las referencias así hechas en las normas vigentes, dispone que habrán de entenderse realizadas al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación (Disposición Adicional Primera, 1ª). Por todo ello, a lo sumo, el precepto comentado podría contemplar el deber de los liquidadores de solicitar la declaración de concurso *“conforme a lo dispuesto en la legislación concursal”*, o similar.

Seguidamente, hemos de referirnos a los proyectados artículos 97.2, 98.7 y 86.1, tercer párrafo, del Anteproyecto, este último en cuanto se remite al 97.2.

El artículo 97.2 no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 145.3 de la Ley 22/2003, al disponer aquél que *“el concurso de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare”*, mientras que el precepto concursal establece que la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese ya acordada, así como, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en dicha Ley. El desajuste parece ocasionado por haberse reproducido aquí el régimen establecido en las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada para los casos de quiebra, en que cabía un final acuerdo societario de disolución de la sociedad, en cumplimiento de la previa resolución judicial. Sin embargo, los correspondientes preceptos de estas leyes han sido modificados por la Ley 22/2003 para ajustarlos a lo que se desprende de su artículo 145.3. Así, las Disposiciones Finales Vigésima.2 y Vigésimoprimeras.3 de esta Ley modifican, respectivamente, los artículos 260.2 y 104.2 de las reseñadas leyes societarias, para establecer en ellas que *“la declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación, la sociedad quedará automáticamente disuelta”*. En consecuencia, y conforme a lo expuesto con anterioridad, cabe suprimir simplemente dicho artículo 97.2, o bien, a lo sumo, establecer que el concurso de la sociedad determinará su disolución en los casos previstos en la legislación concursal, o fórmula similar.

Consecuencia de lo anterior es la improcedencia del proyectado artículo 98.7, pues la disolución por concurso no se contempla en la Ley 22/2003 si existe convenio con los acreedores, sino precisamente cuando éste no es posible o no se puede cumplir, supuestos en que se abre la fase de liquidación antes comentada.

Por su parte, el artículo 86.1, tercer párrafo, carece de sentido, pues contemplaba una situación (la del proyectado artículo 97.2) en la que los órganos sociales o los liquidadores de la cooperativa, en su caso, mantenían sus facultades de administración de la sociedad, sujetas no obstante a autorización judicial. La aplicación del citado artículo 145.1 y 3 de la Ley Concursal implica en estos casos la suspensión de dichas facultades y su traslación a los administradores concursales, cuya actuación se regirá por lo dispuesto en el artículo 44.3 de la Ley, es decir, que adoptarán las medidas necesarias para la continuación de la actividad empresarial de la cooperativa, incluyendo la fusión de la misma si ello fuera necesario a tales fines.

Íntimamente relacionado con lo anterior, resulta conveniente coordinar con la Ley Concursal lo dispuesto en el artículo 97.1, g) del Anteproyecto, sobre disolución por consecuencia de pérdidas, y en el 98, relativo al acuerdo de disolución. Tal acomodación debe hacerse de forma análoga a como se ha efectuado en la legislación de sociedades anónimas, modificada a tal fin por la Ley Concursal en su citada Disposición Final Vigésima, y ello en tanto se advierte que los proyectados artículos están inspirados en esta legislación (en su redacción previa a la indicada modificación).

Así, en la letra g) del proyectado artículo 97.1, debería añadirse: “...y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal”.

Por su parte, el artículo 98 debería rubricarse “Acuerdo de disolución o de solicitud de declaración de concurso”, e incorporar las oportunas referencias. Así, en su número 1, debería añadirse: “o, en su caso, de solicitud de declaración de concurso”. En su número 2, completar: “para la adopción del acuerdo de disolución o de solicitud de declaración de concurso, si, a su juicio, existe causa legítima de disolución o de declaración de concurso, en su caso”. En el número 3: “podrán instar la disolución de la sociedad o la declaración de concurso ante...”. Y en el número 4: “solicitar la disolución judicial o la declaración de concurso, determinará (...) que justifica la disolución o la declaración de concurso”.

4. Legislación laboral y de Seguridad Social.

La Disposición Adicional Sexta proyectada, reproducción de la Disposición Adicional Duodécima LC, establece que “serán de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y a los socios de trabajo de las otras clases de cooperativas todas las normas e incentivos sobre trabajadores por cuenta ajena que tengan por objeto la consolidación y creación de empleos estables, tanto las relativas a la Seguridad Social como a las modalidades de contratación”.

La STC 195/1996, de 28 de noviembre, entre otras posteriores, señaló que “las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en dicho título (se refiere al exclusivo 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). Resulta innecesaria la reproducción del indicado precepto para la inteligibilidad de la regulación autonómica.

Parecida consideración ha de hacerse respecto del artículo 110.2 del Anteproyecto, reproducción del 86.2 LC. La equiparación del socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado con el trabajador asalariado por cuenta de ésta, a efectos del supuesto de sucesión de empresa que contempla el precepto, resulta ser una determinación de neto carácter laboral, pues incide en los derechos y obligaciones laborales recíprocos entre la empresa sucesora y los socios trabajadores a que se refiere la norma; regulación de la relación laboral que pertenece al ámbito de la legislación estatal, lo que exige, al menos, y de incluirse este precepto en la futura Ley, su expresa remisión formal al citado artículo 86.2 LC.

5. Ordenación de los registros e instrumentos públicos y régimen jurídico de funcionarios estatales.

El artículo 138.12 del Anteproyecto establece una reducción de aranceles notariales y registrales para los casos en que la utilización de un instrumento público notarial venga impuesto por la legislación de cooperativas o se trate de inscripciones registrales obligatorias de actos y contratos previstos en la normativa aplicable o de actos dirigidos al mejor cumplimiento del objeto social cooperativo. Se trata de una reproducción de lo establecido en la Disposición Adicional Quinta, 8 LC.

Conforme viene reiterando el TC, fuera de las específicas competencias asumidas estatutariamente en materia de Notarios y Registradores de la Propiedad, las CCAA carecen de facultades sobre el estatuto jurídico de esta especial clase de funcionarios públicos estatales (STC 87/1989, de 11 de mayo, entre otras), del que forma parte indiscutible su régimen retributivo y, dentro de éste, lo relativo a las exenciones o bonificaciones arancelarias. Ello supone la imposibilidad de que la norma autonómica pueda establecer tales beneficios por su propia virtud dispositiva. No obstante, y en línea con algunas leyes autonómicas de cooperativas, se considera que tal Disposición Adicional proyecta su alcance sobre todas las cooperativas, independientemente de su ámbito territorial, en cuanto medida de fomento del cooperativismo amparada específicamente por lo dispuesto en el artículo 129.2 CE. Ello puede justificar la incorporación del referido precepto de la LC a la Ley autonómica, siempre que, como se dijo en los anteriores casos, se haga constar la remisión formal a la norma estatal.

II. Otras observaciones.

Conforme se indicó al comienzo de la presente Consideración, deben realizarse unas observaciones sobre determinados preceptos del Anteproyecto cuya presencia en el texto final pudiera despertar algunas dudas en su ajuste al orden constitucional y estatutario de competencias; consideraciones que se estiman útiles para orientar la interpretación, aplicación y, en su caso, desarrollo normativo regional que pudiera plantearse al respecto, y para situar dichos preceptos en el contexto de otras normas autonómicas dictadas por la Comunidad en ejercicio de títulos competenciales distintos al de cooperativas.

Se trata de los preceptos contenidos en los números 5 a 11 del artículo 138 del Anteproyecto, cuya rúbrica ("*Fomento del cooperativismo*") da idea de la finalidad que ampara su dictado, y vienen a incorporar al mismo, de modo sustancialmente idéntico, las determinaciones que se contienen en los números 1 a 6 de la Disposición Quinta LC (salvo la contenida en el artículo 138.7, que se corresponde con el artículo 79.2 LC). Esta última Ley engloba tales determinaciones bajo la rúbrica de "*normas especiales*", lo que permite avanzar la idea de que se trata de normas de gran heterogeneidad e impreciso

alcance desde la perspectiva competencial que aquí interesa. De su examen global se advierte, no obstante, que su finalidad responde esencialmente a introducir las singularidades societarias de las cooperativas en las diferentes legislaciones sectoriales que puedan incidir en las mismas; acomodación normativa que, en algunos de los supuestos contemplados, son plasmación simple de dichas especialidades societarias y, en otros, constituyen beneficios para las cooperativas frente al régimen jurídico general aplicable a otras personas o entidades jurídicas y que, como se dijo con ocasión del comentario al proyectado artículo 138.12, parecen tener su fundamento en el mandato de fomento cooperativo contenido en el artículo 129.2 CE.

En los supuestos de los números 5, 6, 7, 9 y 10, dados los términos deliberadamente amplios y genéricos con que se formula su alcance (en algún caso incluso con la utilización de la expresión “*a todos los efectos*”), puede encontrarse inserto algún título competencial asumido por nuestra Comunidad, como los relativos a agricultura, comercio interior y defensa del consumidor (especialmente presentes en los supuestos de los números 5, 6, 9 y 10), fomento del desarrollo económico regional (para el previsto en el número 7), aunque también pueden incardinarse en títulos estatales (en materia fiscal, señaladamente). Por su parte, el supuesto recogido en el número 11 ha de incardinarse en la competencia sobre régimen patrimonial de la respectiva Administración Pública, y se suscitan dudas sobre la inserción en el título estatal sobre bases de la contratación pública del supuesto previsto en el número 8, dado que el precepto no tiene una calificación expresa como tal ni este carácter puede inferirse de su estructura del modo concluyente que exige a tal efecto la jurisprudencia constitucional (STC 291/05, f.j. 7, ya citada, entre otras).

Si nos atenemos a los criterios expuestos en la Consideración precedente sobre el alcance de la normación autonómica, la inclusión en el Anteproyecto de los preceptos en los que cabe advertir una competencia regional (aun cuando también puedan operar a los efectos de títulos estatales) ha de considerarse válida, como derecho propio, en tanto se interprete el alcance y sentido de tales preceptos como referidos al título competencial de que disponga en cada caso la Comunidad Autónoma. En lo demás, habrán de ser considerados como reproducción de normas estatales, que alcanzarán a las cooperativas autonómicas por virtud dispositiva de la LC y no de la Ley regional, a los efectos de la competencia estatal en que pudieran operar.

Cabe advertir, finalmente, dos errores (padecidos por la reproducción de preceptos de la LC): a) el supuesto recogido en el número 7 del proyectado artículo 138 engloba al previsto en el artículo 136.2, por lo que éste debería suprimirse; b) en el artículo 138.9 se hace referencia a un “*apartado primero de este artículo*” que debe ser, en realidad, el número 5 de este último.

SIXTA.- Más observaciones al Anteproyecto.

-Artículos 4, 77.5 y 103.

Como se expuso en la Consideración Cuarta, la competencia regional en materia de cooperativas alcanza a regular el estatuto jurídico general de las sociedades cooperativas autonómicas, lo que incluye su régimen general de responsabilidad. El artículo 4, sin precedente como tal en la LC, se refiere en sus números 1 a 3 a la responsabilidad de la cooperativa, del socio y del ex socio, respectivamente. Sobre los números 2 y 3, cabe decir que se trata de mera reiteración de lo que se establece en el Capítulo IV, dedicado

precisamente a regular el régimen jurídico de los socios, por lo que su presencia en el Capítulo I resulta asistemática, lo que justifica su supresión (sin perjuicio, además, de lo que se dirá al comentar el artículo 28 del Anteproyecto).

Especial comentario merece lo establecido en el número 1 sobre los bienes con que responde la cooperativa, ya que el precepto suscita varias dudas. La inembargabilidad del Fondo de Formación y Promoción que, como fondo social obligatorio, se regula en el artículo 77 del Anteproyecto, es una de las singularidades típicas del carácter de empresa social de las cooperativas, pues el importe de tal Fondo, tanto en el Anteproyecto como en la LC, a la que sigue el primero, se afecta legalmente a los exclusivos fines de promoción del cooperativismo, de ahí su irrepartibilidad entre los socios y su inembargabilidad “*incluso en el caso de liquidación*” (arts. 77.5 y 56.5, respectivamente), pues el importe de dicho Fondo debe ponerse a disposición de la entidad federativa en que hubiera estado integrada la cooperativa o, en su defecto, al previsto Consejo Superior del Cooperativismo, o ingresado en el Tesoro Público (art. 103.2, a) y 75.2, a), respectivamente). No obstante, como ha puesto de manifiesto algún autor comentando la LC, estas determinaciones se ven aparentemente contradichas en sus artículos 75.1 y 2 (a su vez, por los arts. 103.1 y 2 del Anteproyecto), de cuyo tenor pudiera inferirse que este Fondo responde, en fase de liquidación de las sociedades, por todas las deudas sociales, si bien se concluye que no es ésta la intención de la LC, tanto por la específica mención contenida en su artículo 56.5 antes citado como por el hecho de que en el 73.5 diferencie entre dicho Fondo y el “*haber líquido sobrante*” tras las operaciones liquidatorias (diferencia que, igualmente, el Anteproyecto traslada al proyectado artículo 101.5, g). Procede, pues, en todo caso, corregir el proyectado artículo 103.1 y 2 para aclarar esta cuestión, en la que se advierte que no hay voluntad de apartarse de la LC.

Dicho lo anterior, el Anteproyecto, legítimamente y con plena lógica, pretende, según se deduce del artículo 4.1 proyectado, excluir la inembargabilidad de tal Fondo cuando ello fuere necesario para satisfacer obligaciones generadas por actos o contratos celebrados por la cooperativa para dar cumplimiento a los fines específicos a cuya realización se afecta legalmente el importe de este Fondo. Siendo ello así, lo dispuesto en este inciso debería llevarse también al artículo 77.5 del Anteproyecto, para evitar dudas en este punto.

En lo que respecta al otro Fondo al que se refiere el comentado artículo 4.1, el de Reserva Obligatorio, la referencia a la inembargabilidad de su parte irrepartible salvo para atender obligaciones estipuladas para el cumplimiento de sus fines resulta muy confusa, porque los fines de este Fondo son, según el artículo 76.1 previsto, “*la consolidación, desarrollo y garantía*” de la cooperativa, que son conceptos muy generales, cuya aplicación, al menos a los efectos previstos en el comentado artículo 4.1, suscitará inseguridad jurídica en lo que se refiere a qué obligaciones podrán ser ejecutadas por los acreedores sociales con cargo al importe de este Fondo, o al momento en que ello puede hacerse. En este sentido, es preferible seguir la línea de la LC y omitir toda referencia a su inembargabilidad, o bien, si así se estimase procedente, establecer el carácter inembargable de tal fondo durante la vida de la sociedad, sin perjuicio en todo caso de su ejecutabilidad en fase de liquidación de la cooperativa, ya que, a diferencia de lo que sucede con el Fondo de Promoción y Formación antes comentado, ni la LC ni el Anteproyecto, correctamente, excluyen tal Fondo del patrimonio cooperativo que debe responder en dicha fase por la totalidad de las deudas sociales. El Anteproyecto contiene incluso una referencia expresa

de la que se deduce su afección a todas las deudas en esta fase final de la sociedad, cuando en el último párrafo del artículo 103 se refiere al “*sobrante, si lo hubiera, tanto del Fondo de Reserva Obligatorio como del haber líquido de la cooperativa*”.

-Artículos 10.2, 44.6, segundo párrafo, y 134.1.

En los artículos 10.2 y 134.1, el Anteproyecto prevé, novedosamente, que una cooperativa de segundo grado pueda constituirse exclusivamente entre una cooperativa de primer grado y una persona jurídica pública. Por su parte, el proyectado artículo 44.6, segundo párrafo, establece que en las cooperativas de segundo grado “*en todo caso*” el número de votos de las entidades que no sean sociedades cooperativas no podrá alcanzar el 40% de los votos sociales, lo que resulta contradictorio frente a la unanimidad que exigen los proyectados artículos 44.6, primer párrafo y 134.1, tercer párrafo, cuando la cooperativa sólo tiene dos socios.

La indicada limitación al 40% de los votos para las entidades no cooperativas viene establecida por el artículo 26.6 LC, del que se ha tomado, con el objetivo de preservar la identidad jurídica de la figura de la cooperativa de segundo grado, que es una sociedad con personalidad jurídica propia en la que las cooperativas de primer grado que la integren deben determinar su voluntad, pues la constituyen con su asociación. Así, se ha dicho que el reconocimiento legal de este “*segundo grado*” de cooperativas es la plasmación jurídica del principio formulado por la Alianza Cooperativa Internacional que postula la “*cooperación entre cooperativas*”, que se acoge como principio Sexto en el artículo 2.3 del Anteproyecto. Lo anterior no obsta a que la LC (y el propio Anteproyecto) prevean otras fórmulas de agrupación, como los grupos cooperativos (artículos 78 y 135, respectivamente) en los que es factible que las cooperativas integrantes del mismo no tengan el poder decisorio que se prevé en los supuestos de constitución de cooperativas de segundo grado, pues en dichos grupos cooperativos se han de establecer las facultades cuyo ejercicio se atribuye a una entidad cabeza del grupo, que puede no ser una sociedad cooperativa, según se desprende de lo dispuesto en el número 4 de los respectivos artículos citados.

La diferencia esencial entre estos grupos cooperativos y las cooperativas de segundo grado es, como ha señalado la doctrina, que a los primeros no se les reconoce personalidad jurídica propia y distinta de los entes agrupados, sino que resulta ser, en realidad, un acuerdo de voluntades, un convenio por el que los participantes se obligan a actuar conforme a una unidad de actuación, que vendrá determinada por las facultades que a estos efectos se confieren a uno de ellos (el “*cabeza de grupo*”), constituyendo una forma especial de colaboración económica frente a las fórmulas genéricas previstas en el artículo 79 LC (y 136 del Anteproyecto); preceptos que permiten a las cooperativas constituir sociedades, agrupaciones, consorcios o uniones y formalizar convenios o acuerdos para el mejor cumplimiento de su objeto social y la defensa de sus intereses.

En este sentido, la pretendida constitución de una cooperativa de segundo grado formada por una sola cooperativa de primer grado y una persona jurídica pública resultaría ser, en realidad, una forma de colaboración económica de carácter bilateral (por la unanimidad exigida en la toma de acuerdos, antes indicada); colaboración que debería encauzarse a través de las fórmulas jurídicas ya previstas, y cuya amplitud, a tenor de lo dispuesto en los citados artículos, permite un amplio margen de maniobra para desarrollar las acciones de colaboración entre una cooperativa y la Administración Pública,

incluyendo la constitución de entes con personalidad jurídica propia, como pueden ser los consorcios regulados en la legislación de régimen local, o simplemente mediante convenios de colaboración, fórmulas que parecen más propias a estos fines, dado el específico estatuto jurídico de organización y ejercicio de funciones públicas (incluidas las de fomento) que tiene la Administración.

En cualquier caso, la mutación de la naturaleza jurídica de la figura de la cooperativa de segundo grado que supondría lo proyectado en este punto por el Anteproyecto, requeriría, más allá de las genéricas invocaciones que se realizan en algún informe sobre la utilidad de esta singular clase de cooperativa de segundo grado, de un estudio que pusiera de manifiesto la inadecuación de los instrumentos jurídicos vigentes para el desarrollo de lícitas acciones de colaboración entre una cooperativa y la Administración, o lo que es lo mismo, que resulta necesaria la constitución de una figura societaria con el régimen legal de las cooperativas de segundo grado para realizar actuaciones públicas de fomento en relación con una sola cooperativa que no son jurídicamente posibles con las fórmulas vigentes.

-Artículo 19.3.

Debería suprimirse la palabra “*expresamente*” (que no aparece en el artículo 110.3 LC), pues el Anteproyecto incluye supuestos en los que se establece de modo tácito que la inscripción puede practicarse a virtud de documento privado, como los nombramientos y renovación de los órganos sociales (arts. 48.4, 54.4, 55.8, 62.4, 63.8, 85.5 y 100.4), debiendo recordarse aquí lo dicho en la Consideración precedente sobre la falta de competencia de la Comunidad Autónoma para establecer supuestos en los que debe ser necesaria la utilización de un instrumento público notarial.

-Artículos 25.4, 50.2 y 57.2.

No se justifica por qué los socios cooperadores no pueden participar en el Consejo Rector en la misma forma que los asociados, es decir, con voz y sin voto (art. 34.2 e), cuando aquéllos tienen la condición de socio y estos últimos no. Ello sin perjuicio de que, a efectos del “*quorum*” de constitución, previsto en el artículo 52.3, se estableciera que no se tendrán en cuenta a estos efectos a los socios cooperadores (y, si se quiere, también a los asociados), para evitar así que su eventual ausencia no entorpezca el funcionamiento de este importante órgano social, pero sin negar tampoco desde la Ley (es decir, impidiendo a la cooperativa decidir otra cosa) la posibilidad de que sean oídos, como miembros, en la toma de decisiones del Consejo.

-Artículo 28.4 y 5.

Respecto del número 4 de este artículo, debe señalarse que no resulta justificado que el ex socio responda o no, o lo haga en mayor o menor cantidad, dependiendo de si la cooperativa le ha liquidado (en rigor, reembolsado) el importe que le corresponda de su aportación al capital social. El artículo 15.4 LC, con mayor rigor, establece que el ex socio responderá “*hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social*”. Como señala la doctrina, el principio de “*puerta abierta*” propio de las cooperativas y la no exigencia legal de un capital social mínimo requieren, como contrapartida para la adecuada protección de los derechos de los acreedores sociales, que el régimen jurídico de responsabilidad de los socios o ex socios compense adecuadamente los riesgos de insolvencia que pueden darse ante una eventual situación de infracapitalización de la coo-

perativa, de ahí que deba extenderse la responsabilidad, en un plazo razonable, sobre el capital que sale del patrimonio de la cooperativa por esta singular vía de la baja del socio, como esencial garantía para los acreedores. Y si tal exigencia es impuesta por la LC, que impide toda repartibilidad entre los socios del importe del Fondo de Reserva Obligatorio (art. 55.1, comentado en su momento), con mayor razón debe mantenerse en el Anteproyecto lo dispuesto en el citado artículo 15.4, y además, en nuestro caso, extenderse tal responsabilidad al importe de dicho Fondo que hubiera percibido el socio que se dió de baja pues, a diferencia del resto de legislaciones autonómicas aprobadas tras la LC, el Anteproyecto permite la repartibilidad del 50% del importe de dicho Fondo. Fondo cuyo fin es, entre otros, la “*garantía*” de la cooperativa (art. 76.1 del Anteproyecto), la cual, debe insistirse, no es sólo para la propia sociedad, sino también para terceros.

Por otra parte, en el número 5 del artículo 28 se establece un derecho de retención, por parte de la cooperativa, del reembolso de la aportación que corresponda al ex socio, para asegurar con ello el resarcimiento de los daños por incumplimiento de compromisos que, aun tras su baja, se mantengan entre aquél y ésta. Hay que considerar que una legítima retención de esta clase requiere, al menos, dos circunstancias: a) que la cooperativa haya constatado un incumplimiento de los aquí previstos y así se lo haya hecho saber fehacientemente al ex socio (resultaría desproporcionada una retención meramente “*ad cautelam*” y hasta que finalizase la relación obligacional de que se tratara, pues sería convertir la participación a reembolsar en una especie de prenda forzosa); y b) que tal retención se produzca en todo caso dentro del plazo de que dispusiera la cooperativa para efectuar el reembolso, conforme a lo establecido en el artículo 72.4, pues si tal plazo se hubiera incumplido por causa no imputable al ex socio, resultaría abusiva tal retención, al concurrir el incumplimiento de la cooperativa. Tales limitaciones deberían expresarse en el precepto, para evitar un uso inadecuado de este derecho.

-Artículos 29 y 70.1, b).

El artículo 29 debería incluir un apartado específico sobre el fallecimiento del socio como causa de pérdida de la condición de tal, pues se trata de un supuesto que tiene ciertas peculiaridades en cuanto al eventual reembolso a sus herederos de las aportaciones que el causante hizo a la cooperativa. Sería oportuno establecer aquí que, en cuanto al reembolso de participaciones a los herederos y otros derechos que pudieran corresponder al causante, habrá de estarse a lo dispuesto en los proyectados artículos 70.1, b) y 72.4.

Respecto de dicho artículo 70.1, b), se advierte que se ha omitido el último inciso que aparece en su homónimo artículo 50, b) LC, que establece que si los herederos no solicitan a la cooperativa la transmisión de la aportación que correspondía a su causante (transmisión a los solos efectos internos de la cooperativa, pues desde el punto de vista civil la transmisión se produce naturalmente “*ex lege*”), “*tendrán derecho a la liquidación del crédito correspondiente a la aportación social*”. Si no se añade tal inciso, el precepto analizado queda incompleto. Además, sería conveniente establecer también que dicha liquidación y, en su caso, el reembolso de lo que correspondiera, se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28.4 y 5, antes comentado, sobre responsabilidad y obligaciones del ex socio, que se transmiten a los herederos que hayan adquirido los derechos (y obligaciones) que su causante tenía en la cooperativa.

-Artículo 32.3, c).

El procedimiento regulado en este artículo para la resolución de recursos contra acuerdos de sanciones impuestas al socio por la cooperativa es extendido por el Anteproyecto, vía remisión interna, a otros supuestos, como el de solicitud de admisión a la cooperativa (art. 23.2 y 3), de información (art. 27.4), calificación y efectos de la baja voluntaria (art. 30, último párrafo -que debería figurar como número 6 del artículo), baja obligatoria (art. 31.4) o expulsión (art. 33.2), entre otros.

A la vista de su tenor, se suscita la duda sobre si el previsto efecto de estimación presunta del recurso se refiere sólo al caso en que exista Comité de Recursos o también cuando deba resolver el recurso la Asamblea General por no existir aquél. El precepto no distingue a estos efectos, y señala que la Asamblea resolverá “*en la primera reunión que se celebre*”, lo que podría dar lugar a entender que, como en todo caso la Asamblea General Ordinaria debe celebrarse en el plazo de 8 meses desde el cierre del ejercicio económico (sumando los 6 meses de que se dispone para convocarla -art. 40.1- y los dos meses, como máximo, desde la convocatoria, para su celebración -art. 41.1), una vez transcurrido dicho plazo sin celebrarse la Asamblea, se produce el efecto estimatorio previsto. Si no fuera esta la intención del Anteproyecto, debería aclararse, pero también dar una solución para que los interesados puedan acudir a la vía judicial en un plazo razonable, pues no pueden depender indefinidamente de que la Asamblea se celebre o no, ya que si el interesado acude a este recurso, es decir, a la denominada “*vía cooperativa*”, y no se produce un acuerdo de la Asamblea (expreso o presunto), no se abrirá el plazo de impugnación judicial, que se computa desde la fecha de adopción del acuerdo de la Asamblea (arts. 32.2, c), segundo párrafo, y 47.6). Si no se arbitran las adecuadas garantías en este punto, parece claro que el interesado optará siempre por acudir directamente a la vía judicial cuando considere que el correspondiente acuerdo del Consejo Rector es un acto nulo de pleno Derecho. (Por el contrario, si dicho acuerdo sólo fuera anulable, el interesado tendrá que interponer necesariamente el recurso cooperativo, para provocar un acuerdo de la Asamblea, ya que carecerá de legitimación para impugnar directamente el acuerdo del Consejo Rector, conforme se desprende del artículo 53.2 del Anteproyecto).

-Artículo 34.2, c) y d).

En correspondencia con lo previsto en el artículo 25.3, debe añadirse en la letra c): “*sumados entre sí y con los votos de los socios cooperadores...*”; en el mismo sentido, en la letra d), debe añadirse: “*no podrán superar en su conjunto, incluidas las aportaciones de los socios cooperadores...*”.

-Artículos 37.3 y 39.4, segundo párrafo.

En el artículo 37.3, corregir: “*en el grupo cooperativo regulado en el artículo...*”. En el artículo 39.4, segundo párrafo, corregir: “*... y siempre estarán formadas por un miembro...*”.

-Artículo 42.1 y 2.

El segundo párrafo del número 1 debería completarse y precisarse, pues los cooperadores son también socios. Así, debería establecerse que si la sociedad cooperativa tiene asociados y/o socios cooperadores, no quedará válidamente constituida la Asamblea General cuando el total “*...de los socios ordinarios sea inferior al de los asociados y socios cooperadores*”, o expresión análoga.

Por otra parte, debe perfeccionarse el número 2 de este artículo, siendo incorrecta la referencia a que la Asamblea General no *“pueda superar el número de votos”*. Debería señalarse: *“debiendo respetarse, en todo caso, lo previsto en los dos primeros párrafos del apartado anterior”*, o similar.

-Artículo 46.5.

En su segundo párrafo, el proyectado artículo 46.5 establece que el acta notarial que se haya levantado de una Asamblea General tendrá *“fuerza ejecutiva desde la fecha de su cierre”*. Tal determinación resulta inapropiada, en tanto puede considerarse que con ello se está incidiendo en los efectos jurídicos propios de un instrumento público notarial, para lo que la Comunidad Autónoma carece de competencia. Cuestión distinta es la posibilidad de referir la eficacia de los acuerdos tomados en la Asamblea General en que se haya levantado dicha acta notarial al momento de cierre de ésta, lo que parece ser la intención del precepto. En tal caso, el inciso comentado debería suprimirse, para añadir la oportuna referencia en el párrafo anterior del artículo.

Por otra parte, en dicho párrafo debería precisarse si la expresión *“en este caso”* se refiere sólo al supuesto de obligatorio levantamiento de acta notarial, allí previsto, o también al caso de requerimiento voluntario de la presencia notarial.

-Artículos 50.3; 51.6 y 7; 52.1; 55.7; 59.2; 60.1; 64.5 y 8.

En el 50.3, primer párrafo, corregir: *“no serán válidos...”*. En el 51.6, segundo párrafo, corregir: *“que exige el artículo...”*: En el 50.7, precisar: *“el nombramiento y aceptación de los suplentes como miembros titulares del Consejo Rector...”* (pues los suplentes son miembros). En el 52.1, corregir: *“...las competencias de los consejeros delegados...”*. En el 55.7, corregir: *“que será firmada...”*. En el 59.2, corregir: *“los cargos de miembro del Consejo Rector, del Comité de Recursos, de interventor y de director”*. En el 60.1, corregir: *“tomar parte en la correspondiente votación”*. En el 64.5, completar: *“designados por dicho órgano, que versará sobre las características...”*. En el 64.8, segundo párrafo, perfeccionar la redacción: *“Para reducir su capital social mínimo, la Asamblea General de la sociedad cooperativa deberá acordar la modificación de los Estatutos Sociales e incorporar a los mismos la consiguiente reducción”*, o similar.

-Artículo 70,1, a).

Las limitaciones a la transmisibilidad de las aportaciones al capital social de las cooperativas viene siendo justificada por el singular vínculo que se constituye entre socio y sociedad, que implica que dichas aportaciones no sean meros títulos de inversión, sino que integran derechos y obligaciones societarias inherentes a la condición personal de socio. Ello explica el requisito *“sine qua non”* de que el adquirente de esta clase de aportaciones o participaciones sociales deba ser un socio o, si no lo fuera, deba adquirir tal condición, si se permite la transmisión de aportaciones a no socios, como establecen la LC y varias leyes autonómicas. En este segundo caso, la transmisión queda condicionada a la admisión como socio, tal y como señala expresamente el artículo 50, a) LC (en precisión que debería incluir el precepto comentado).

A esta general limitación pueden añadirse otras, tal y como pretende para las transmisiones *“inter vivos”* el proyectado artículo 70.1,a), pero siempre que su fin sea la protección de los derechos e intereses de la cooperativa o de sus socios y no se establezcan en términos demasiado genéricos o ambiguos de excesiva incertidumbre jurídica. Así

se estima que sucede con la referencia al “*deliberado propósito del socio de eludir sus obligaciones con la cooperativa o de beneficiarse indebidamente con la citada transmisión*” que se contiene en este precepto, supuestos de contornos muy difusos que deberían determinarse con mayor concreción.

En este sentido debe tenerse en cuenta que, conforme con lo establecido por el mismo precepto en su inciso final, “*el adquirente está obligado a asumir el compromiso o uso potencial de la actividad cooperativizada del que era titular el socio transmitente*”, o lo que es lo mismo, a asumir los compromisos y obligaciones, en general, en la actividad cooperativizada, con el alcance que se derive de la transmisión de la aportación (no se entiende bien aquí la noción de “*asumir el uso potencial de la actividad cooperativizada*”). Si ello es así y, además, el adquirente, de no ser socio, debe ser admitido como tal para que sea efectiva la transmisión, parece que el supuesto ha de referirse a obligaciones o compromisos del socio cedente que no pueda cumplir el adquirente, o no puedan imputarse a éste, por las razones que fuese, y así se hubiese apreciado por la cooperativa a la vista de la pretendida transmisión. Por su parte, el supuesto referente a los “*beneficios indebidos*” que pudiera reportar la transmisión al socio cedente parece que debería reconducirse a los casos en que la transmisión constituyera una vulneración de normas legales o estatutarias o una contravención de acuerdos sociales y que con ello se causara un perjuicio a la cooperativa o a los derechos de sus socios en cuanto tales, pues sólo desde esta perspectiva cabe hablar de un correlativo beneficio indebido para el socio en cuestión. En cualquier caso, el precepto debería concretar adecuadamente las fórmulas genéricas que emplea.

Por último, y en lo que se refiere al *iter* previsto para esta clase de transmisiones, se advierte la necesidad de eliminar la contradicción que supone establecer que “*la transmisión habrá de notificarse al Consejo Rector*” y, en el párrafo siguiente, que las transmisiones requerirán la “*previa aprobación del Consejo Rector*”. Desaparecería tal contradicción si el actual segundo párrafo se colocase después del tercero, en lo que parece su ubicación lógica, pudiendo añadirse al mismo que, una vez notificada la transmisión, el adquirente deberá solicitar, en su caso, la admisión como socio, en el plazo que se establezca (teniendo en cuenta que, según el primer párrafo, hay tres meses desde la transmisión para que el Consejo Rector resuelva sobre la admisión).

-Artículo 72.6.

A la vista de su contenido (plazo para proceder al cálculo del importe a reembolsar, es decir, para proceder a la liquidación de la aportación cuyo reembolso se solicita), la ubicación de este apartado debería ser inmediatamente anterior al del actual número 3, que se refiere al resultado de la liquidación practicada.

-Artículo 73.3.

El último inciso del artículo 73.3 establece que las entregas de bienes a la cooperativa por parte de los socios para gestión de aquélla no integran el patrimonio de la cooperativa y, en consecuencia, dispone que no pueden ser embargados por los acreedores sociales (con lo que habría que entender, a contrario sensu, como establece expresamente alguna ley autonómica, que serían embargables por los acreedores de los socios cedentes). El problema que plantea tal precepto estriba en su presupuesto, es decir, en la determinación de los efectos de la “*entrega*” de los mencionados bienes a la cooperativa. El artículo 52.3 LC se limita a indicar que tales bienes no integran el capital social de la cooperativa y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la sociedad cooperativa, lo

que no quiere decir que no puedan constituir en determinados casos fondos propios de la cooperativa (aunque no del capital social), si así resultase de las referidas condiciones. Como se ha dicho por algún autor a la vista de precepto autonómico similar al comentado, se está pensando aquí en supuestos que se producen en ciertos tipos de cooperativas en las que la actividad cooperativizada (o una de ellas) es la mera prestación de servicios de gestión o intermediación de productos del cooperativista, en donde las “entregas” del socio a la cooperativa de dichos productos no producen su transmisión, salvo la de la mera posesión y a los solos efectos de su intermediación o, en términos generales, de su “gestión”. (Así, por ejemplo, respecto de cooperativas agrarias de mera comercialización se ha dicho que las condiciones estipuladas entre socio y cooperativa configuran, civilmente hablando, una relación de mandato y no de compraventa en relación con los bienes a comercializar). El hecho de que en el precepto que nos ocupa se realice una remisión a las condiciones que se estipulen entre socio y cooperativa, posibilita un abanico de supuestos en los que pudiera concurrir una auténtica transmisión de bienes a la cooperativa, lo que conlleva que no proceda establecer de modo genérico, como aquí se hace, que las entregas de bienes “para la gestión cooperativa” no integran el patrimonio cooperativo y, por ello, son inembargables por los acreedores sociales.

-Artículo 76.1.

La repartibilidad del 50% del Fondo de Reserva Obligatorio que aquí se establece debería supeditarse a que así lo prevean los correspondientes Estatutos sociales, y no imponerse desde la Ley, como podría interpretarse si no se hace la oportuna salvedad. Asimismo, dicho porcentaje debería establecerse con el carácter de máximo, permitiendo uno inferior acordado estatutariamente. Lo mismo cabe decir sobre el plazo mínimo de cinco años de permanencia en la cooperativa, para posibilitar, sin dar lugar a dudas, que la cooperativa pueda fijar uno superior.

-Artículo 77.1, a).

Corregir: “...y demás actividades cooperativas”.

-Artículo 78.

No resulta adecuada la inclusión de este artículo en la Sección 2ª del Capítulo VI de la Ley, dedicada a los “Fondos sociales obligatorios”, pues, según se advierte en su número 1, su constitución es facultativa (“los Estatutos sociales podrán prever la constitución...”). Por otra parte, debería aclararse si la no imputación a este Fondo de las “deudas sociales” que se establece en su número 2 se contradice con la previsión contenida en el artículo 82.2, a), que dispone que “a los fondos de reserva voluntarios, si existieran, podrá imputarse la totalidad de las pérdidas”.

-Artículos 79.2, a) y d), 80.3, a) y c) y 105.10.

Estos preceptos plantean dudas acerca de su coordinación con la legislación fiscal aplicable a las cooperativas. Sin perjuicio de reconocer que la ley autonómica puede determinar la naturaleza de los resultados económicos de las cooperativas a los efectos de la propia ley, es obvio que sus determinaciones no vinculan ni pueden influir en materias ajenas a la competencia regional, señaladamente la fiscal. En este sentido, resulta incuestionable que la especial relevancia de la fiscalidad como elemento determinante de la constitución y desarrollo de determinadas cooperativas vincula, de facto y decisivamente, el sentido de la regulación autonómica en la calificación de lo que deba considerarse

como resultados cooperativos o extracooperativos, dado que esta distinción es esencial a los efectos de la legislación fiscal del Estado. Tal circunstancia supone que el sentido y alcance de estos conceptos en la legislación autonómica de cooperativas deba acomodarse o, cuando menos, coordinarse con la legislación del Estado, so pena de plantear serias dificultades operativas y de provocar, en su caso, la pérdida de beneficios fiscales que de otro modo serían aplicables a una cooperativa. Como va a exponerse, se plantean en este punto algunas dudas que la Consejería proponente debería despejar antes de someter el Anteproyecto a la consideración del Consejo de Gobierno, dadas las importantes consecuencias económicas que pudiera tener una u otra regulación.

Así, por una parte, el previsto artículo 79.2,d) califica como resultado contable cooperativo de las cooperativas de trabajo asociado a los derivados de la actividad cooperativizada que las mismas lleven a cabo mediante terceras personas no socias, si la cooperativa cumple los límites de contratación de trabajadores asalariados establecidos en el Anteproyecto (en concreto, en el artículo 105. 6 y 8). Lo mismo viene a disponer el proyectado artículo 105.10 con su reenvío al primero. Correlativamente, el artículo 79.3, a) dispone que serán resultados extracooperativos si, en la realización de tal actividad, la cooperativa no cumple con los citados límites de contratación. Por su parte, el artículo 80.3 establece que *“figurarán en contabilidad separada los resultados extracooperativos”*. De la conjunción de estos preceptos se concluye que los ingresos derivados del trabajo que, para la cooperativa de trabajo asociado, realicen los trabajadores no socios o asalariados, habrían de considerarse y plasmarse en contabilidad como resultados cooperativos o extracooperativos según se cumplieran o no los referidos límites legales de contratación.

Sin embargo, el artículo 17.1 de la Ley 20/1990, de 1 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Cooperativas (LFC) dispone que se considerarán rendimientos cooperativos los procedentes de la actividad cooperativizada realizada con los propios socios, y el artículo 21.1, que serán extracooperativos cuando dicha actividad se realice con personas no socios. Además, la Disposición Adicional Sexta LC establece que *“será causa de pérdida de la condición de cooperativa fiscalmente protegida la falta de contabilización separada de las operaciones cooperativizadas realizadas con terceros no socios”*, sin distinguir, pues, a estos efectos, si tales operaciones se han realizado respetando o no los límites legales que cada cooperativa tenga establecidos para operar con personas no socias. En concordancia con lo anterior, el artículo 57.3 LC dispone que figurarán en contabilidad separada los resultados extracooperativos derivados de las operaciones por la actividad cooperativizada realizada con terceros no socios, entre otros supuestos. Conforme a esta última Ley (art. 80.7), y de igual modo que en el Anteproyecto, en las cooperativas de trabajo asociado la actividad cooperativizada realizada con no socios es la que la cooperativa realiza con los trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena.

De la regulación expuesta se desprende que, para el Anteproyecto, si la cooperativa de trabajo asociado opera dentro de los límites legales de contratación que el mismo establece, habrán de considerarse como cooperativos los resultados así obtenidos, además de contabilizarlos como tales, y no como extracooperativos (a sentar en la contabilidad separada que para éstos se dispone en el previsto artículo 80.3); sin embargo, para la LFC y la LC, al tratarse de operaciones con terceros no socios, deberían considerarse como resultados extracooperativos y contabilizarse separadamente en todo caso, so pena de perder la cooperativa la condición de fiscalmente protegida que tuviera.

Por lo que se refiere a las leyes autonómicas aprobadas tras la LC, se advierte que

sólo dos (Cataluña y Castilla y León) consideran como resultados cooperativos los derivados de actividades cooperativizadas realizadas con terceros en supuestos como el previsto en el artículo 79.2, d) del Anteproyecto, cuyo entero artículo 79 es reproducción del 64 de la ley catalana.

La segunda cuestión suscitada, íntimamente ligada con la anterior, se refiere a la discordancia existente entre lo establecido en el proyectado artículo 79.2, a) y 3, c), último inciso, y en el artículo 57.3, a) LC. Debe decirse previamente que de todas las leyes autonómicas aprobadas tras la LC se infiere que han considerado que el citado artículo 57.3 ha incidido en la calificación de algunos ingresos como resultados cooperativos, frente al más restrictivo concepto (a favor de su carácter extracooperativo) que se contenía en la LFC. En este sentido, el artículo 57.3, a) LC se refiere a los resultados “*derivados de ingresos procedentes de inversiones o participaciones financieras en sociedades cooperativas, o en sociedades no cooperativas cuando éstas realicen actividades preparatorias, complementarias o subordinadas a las de la propia cooperativa, que se consideran a todos los efectos resultados cooperativos*”.

Confrontado con los citados preceptos del Anteproyecto, se advierte: primero, que en la letra a) del artículo 70.2 se excluye, sin motivo, la referencia a los ingresos provenientes de otras sociedades cooperativas, que no pueden subsumirse, como parece que se ha entendido, en las “*actividades integradas en el objeto social*” de la cooperativa de que se trate; y segundo, que se consideran como resultados cooperativos a los ingresos que provengan de fondos de inversión (así se infiere, *a sensu contrario*, de lo previsto en la letra c) del artículo 70.3), cuando lo cierto es que el rendimiento de tales fondos deberá considerarse como cooperativo o extracooperativo según provenga o no de una sociedad de las mencionadas en el transcrito artículo 57.3, a) LC. Parece, pues, que la letra a) del artículo 79.2 debería referirse exclusivamente a las actividades integradas en el objeto social (o, más propiamente, a las actividades cooperativizadas realizadas con los socios), y dedicarse un supuesto específico al previsto en el citado artículo 57.3, a) LC. Asimismo, debería suprimirse del artículo 79.3, c) el inciso relativo a los fondos de inversión, y sustituir la referencia a la letra a) por la que se asignara al nuevo supuesto de resultados cooperativos que se acaba de sugerir.

En todo caso, dada la trascendencia fiscal de la determinación de los conceptos que han de considerarse resultados cooperativos o extracooperativos a efectos de su contabilización separada y, en general, de la aplicación de la legislación fiscal, procedería clarificar esta cuestión en coordinación con la Administración Tributaria del Estado.

-Artículo 97.1, a) y d).

El último inciso de la letra a) de este artículo carece de sentido, pues si la norma interna fundamental de la cooperativa son los Estatutos sociales, la prórroga a que se refiere este inciso ha de instrumentarse necesariamente mediante la modificación de los Estatutos; modificación que, para que tenga efectos constitutivos, ha de inscribirse en el Registro de Cooperativas, según el artículo 21.1 del Anteproyecto.

En la letra d), debe completarse: “*...Estatutos sociales, o por la imposibilidad manifiesta...*”.

-Artículo 99.1.

Es claro que la reactivación de la sociedad a que se refiere este precepto no procederá

en caso de que la disolución se haya producido por resolución judicial o, en su caso, administrativa, so pena de contrariar lo dispuesto por las respectivas autoridades. Ello ha de entenderse, claro está, sin perjuicio del derecho a constituir una nueva sociedad, pero no a reactivar la disuelta de estos modos. Por ello, en el precepto comentado debe aclararse: “*Salvo en los casos de disolución judicial o administrativa, la Asamblea General podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta...*”.

Por otra parte, la referencia a la “*disolución*” que se contiene en el inciso final del segundo párrafo resulta incomprensible. Por analogía con lo que se dispone sobre el acuerdo de fusión (al que remite al número 2 de este artículo), parece que debería referirse al acuerdo de reactivación adoptado por la Asamblea, para posibilitar así el derecho de oposición de los acreedores en un determinado plazo, previamente a la elevación de dicho acuerdo a escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de Cooperativas, de la que debería expresarse su carácter constitutivo, tal y como prevé el artículo 70.5 LC.

-Artículo 100.9.

Corregir: “*Designados...*”.

-Artículo 103.2, d).

Según se advierte de la sucesión de aspectos relativos a la liquidación que se consiguan en el artículo 103.2, la letra “*d*” debe asignarse al párrafo precedente al que ahora viene asociada, pues es en dicho párrafo donde comienzan las referencias al “*haber líquido sobrante*” (en este sentido también el artículo 75 LC, del que el proyectado es reproducción).

-Artículo 104.1, c).

Corregir: “*y consignado...*”.

-Artículo 105.6, 8 y 11.

En el número 6 de este artículo no resulta comprensible que el precepto se refiera al número máximo de trabajadores con contrato indefinido y, a continuación, se exceptúen de tal límite los supuestos de “*necesidades objetivas de la empresa y para un período máximo de tres meses*”, o de trabajadores con contratos de trabajo “*en prácticas y para la formación*” (letra e), pues no se trataría de contratos indefinidos. Esta discordancia puede deberse a que éstos y otros supuestos se han incorporado al Anteproyecto tomando como referencia el artículo 80.7 LC, sin advertir que en este último tales supuestos resultan comprensibles porque el parámetro utilizado para la limitación general de trabajadores asalariados es el del número de horas/año realizadas por los socios trabajadores, y no el del carácter indefinido de la relación laboral, que es el utilizado por el Anteproyecto.

Por otra parte, la ausencia de referencia alguna a la contratación laboral temporal plantea si es permitida o prohibida, lo que debería determinarse con claridad.

En el número 8, referido a los socios trabajadores de duración determinada, debe completarse: “*superar el treinta por ciento...*”.

El número 11 es superfluo.

-Artículo 106.

A la vista de su regulación, debería rubricarse más precisamente como “*Socios trabajadores en situación de prueba*”, en coherencia con lo que señala expresamente su número 1. Por ello mismo, en el número 3 debería precisarse: “*los aspirantes a socios trabajadores ordinarios tendrán los mismos derechos y obligaciones que aquéllos, con las siguientes particularidades...*”, o expresión similar.

-Artículo 107.

Resulta equívoca la rúbrica del artículo, pues induce a pensar que regula el régimen de trabajo de toda la actividad cooperativizada de la sociedad, cuando en realidad, y como establece luego su número 1, sólo se refiere al régimen de trabajo de los socios trabajadores (único sobre el que puede incidir el Anteproyecto, en razón de la naturaleza societaria de la relación entre socio y cooperativa). Sin embargo, y por haberlo previsto así el proyectado artículo 105.10, los trabajadores por cuenta ajena empleados en la cooperativa también realizan “*actividad cooperativizada*”. El artículo debería rubricarse “*Régimen de trabajo de los socios trabajadores*”, o expresión análoga.

En el número 2, corregir: “*deberán regularse, en los términos del apartado anterior...*”, o similar.

-Artículo 116.1.

En el número 1 de este artículo, resulta confusa la prohibición de transmisión de derechos que contempla.

Las dudas se originan, en primer lugar, por lo que ha de entenderse por “*derechos de naturaleza personal, como antigüedad o participación*”. Si lo que se pretende es prohibir las transmisiones entre socios de los derechos que tenga cada uno en atención a su antigüedad o grado de participación en la cooperativa, a efectos de las adjudicaciones de viviendas o locales que ésta debe acordar en su momento, debería especificarse así. Si con la referencia al derecho de “*participación*” se pretende prohibir la global transmisión del derecho cooperativo a la adjudicación de vivienda, y permitir sólo la transmisión de la vivienda una vez adjudicada y recibida mediante escritura pública, debe aclararse igualmente.

Por otra parte, resulta equívoca e imprecisa la referencia a la debida perfección de tales derechos de antigüedad o participación pues, en rigor, no son éstos de los que cabe predicar perfección alguna, sino del general derecho a la adjudicación de vivienda o local que tiene cada cooperativista. En este sentido, parece más propio disponer que no surtirán efecto las transmisiones entre socios de los derechos de que, en orden a la adjudicación de viviendas o locales, disponga cada uno de ellos por razón de su antigüedad, grado de participación en la cooperativa o circunstancias personales análogas. O bien, si tal fuera lo pretendido, negar eficacia frente a la cooperativa de toda transmisión de derechos cooperativos de adjudicación, sin necesidad de mayores precisiones. Es de suyo que, de producirse tales cesiones de derechos, sólo son explicables en un momento anterior a la adjudicación de la vivienda, pues tras el acuerdo cooperativo de adjudicación ya no puede hablarse de otro derecho que no sea el de formalización de dicha adjudicación y consiguiente entrega de la vivienda o local adjudicado (si es que ello no se hubiera realizado simultáneamente con la adjudicación).

-Artículo 117.3 y 4.

En el párrafo segundo del número 3 y en el párrafo tercero del número 4 de este artículo se contemplan supuestos de notificación de trascendentales acuerdos de la cooperativa para los intereses del socio ausente de la Asamblea General. Por tal motivo, y para evitar que pudiera establecerse por la cooperativa la validez de la notificación por algún medio que no fuera personal y fehaciente, deberían añadirse estos dos requisitos a dicha notificación.

-Artículo 119.1 y 4.

En el número 1 se advierte que el concepto de “*sociedades rurales*” es desconocido como tipo societario en el Derecho común, y parece tomado de alguna ley autonómica de cooperativas cuyo Derecho foral contemple esta clase de sociedades (no así en la LC). Salvo que pretenda referirse específicamente a las sociedades agrarias de transformación (que son, por otra parte, personas jurídicas ya incluidas en la mención que incluye el precepto), debería eliminarse la mención a este tipo de sociedades.

Versando lo dispuesto en el número 4 sobre los trabajadores por cuenta ajena empleados por la cooperativa, resulta inadecuada su ubicación en este artículo, dedicado a los socios. Debe incluirse tras el artículo 118.3, dedicado a los trabajadores asalariados de la cooperativa.

-Artículo 120.6.

Completar: “*de modificación del valor contable...*”.

-Artículo 121.3.

En el apartado 2º de este número 3, debe corregirse: “*a su respectiva actividad cooperativa...*”.

-Artículo 126.3.

Debe completarse: “*incluir en su denominación el término <<sanitaria>>*”.

-Artículo 127.1 y 2.

En el número 1, b), corregir: “*complementarias o conexas a la descrita en...*”.

En el número 2, corregir: “*se regirá*”.

-Artículo 132.4.

Visto su contenido, lo previsto en este número 4 debe figurar como un requisito más de los establecidos en el número 2 de este artículo.

-Artículo 138. 1 y 2, a).

El primer inciso del número 1 es una determinación de carácter programático, más propia de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, donde debería ubicarse.

En el número 2, a), corregir: “*y el empleo...*”.

-Artículo 141.1.

Conforme con lo dispuesto en el proyectado artículo 142.1, b), la descalificación de la cooperativa no procede en todo caso de infracciones muy graves, sino sólo cuando la comisión de alguna de éstas provoque o pueda provocar importantes perjuicios económi-

cos o sociales que supongan vulneración reiterada y esencial de los principios cooperativos, lo que debería precisarse en el artículo comentado.

-Artículo 142.2.

El número 2 de este artículo debería precisar si se refiere en todo caso al procedimiento establecido reglamentariamente por el Estado (lo que podría suscitarse, pues para el procedimiento sancionador el artículo 141.3 del Anteproyecto se remite al procedimiento establecido para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social) o sólo en defecto de específica reglamentación regional. En este punto, la Comunidad dispone de competencia para decidir al respecto.

En el número 3, debería limitarse la extensión de la responsabilidad de los administradores a las deudas que se hubieran generado tras la incoación del procedimiento de descalificación, pues de lo contrario este supuesto de responsabilidad-sanción resultaría desproporcionado si se considerase extensible a todas las deudas sociales. Ello sin perjuicio de la regla general de responsabilidad por daños que se establece en el proyectado artículo 61.

-Disposición Adicional Segunda.

Corregir: “*presentación de una solicitud...*”.

-Disposición Adicional Cuarta.

Debe eliminarse, pues la Disposición Adicional Séptima de la Ley 30/1994, de Fundaciones, a que se refiere, fue derogada por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

-Disposición Adicional Quinta.

Esta Disposición remite al reglamento “*la creación, composición y funciones del Consejo Superior de Cooperativismo de la Región de Murcia*”.

En el Anteproyecto, las únicas referencias a este Consejo se realizan en el artículo 103 y en la Disposición Transitoria Tercera; esta última establece que las competencias atribuidas al citado Consejo en el artículo 103 se entenderán referidas a la Consejería competente, en tanto no se proceda a su creación. Por su parte, dichas competencias son las de recibir el importe del Fondo de Formación y Promoción y el haber líquido sobrante de la cooperativa liquidada en el caso de que ésta no estuviese asociada a ninguna entidad federativa, para que dicho Consejo destine tales ingresos al fomento y promoción del cooperativismo

Frente a la alegación presentada durante la tramitación del procedimiento, dirigida a que el Anteproyecto incorporase una regulación completa del Consejo Superior del Cooperativismo de la Región de Murcia, incluyendo su creación y su configuración como entidad con personalidad jurídica y patrimonio propios, la Consejería proponente estimó que la determinación del régimen jurídico y la creación de tal Consejo debería remitirse a un momento posterior, para estudiar la función de este órgano y evitar que se solapase con el Consejo Asesor Regional de Economía Social. Sin embargo, no resulta aceptable que el Anteproyecto se refiera a este Consejo Superior sin establecer siquiera si se trata de un órgano o un Organismo de la Administración, es decir, si tiene o no personalidad

jurídica propia, sin contener tampoco determinación alguna sobre su carácter (consultivo, arbitral o de mera decisión sobre la inversión de los fondos que le puedan transferir las cooperativas liquidadas a los efectos indicados en el artículo 103 citado). Estas determinaciones básicas son necesarias para no considerar la remisión reglamentaria como incondicionada o carente del mínimo normativo que constituye presupuesto necesario para su ejercicio.

A este respecto, cabe indicar que la creación de Organismos Públicos de los previstos en el artículo 37 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, se supedita en dicha norma a que las características de las funciones a asignar a dicho Organismo justifiquen su organización y desarrollo en el régimen de descentralización funcional propio de esta clase de entes, es decir, que justifiquen la asignación de personalidad jurídica y patrimonio propios y una estructura organizativa típica de tales entidades. En este sentido, no se advierte que la función consultiva o arbitral que pudiera asignarse al previsto Consejo no pudiera ser adecuadamente desempeñada por un órgano como el actual Consejo Asesor Regional, con las modificaciones oportunas. Y en lo que atañe a la administración e inversión de los fondos a que se refiere el artículo 103, debería determinarse si el montante de tales fondos justificaría la creación de un Organismo Público de los citados.

-Disposición Transitoria Primera, Uno y Tres.

En el apartado Uno, debe completarse: “*entrada en vigor de esta norma*”. En el apartado Tres, por coherencia con lo dispuesto en el Uno, debería añadirse: “*sin perjuicio de lo establecido en el apartado Uno*”.

-Disposición Transitoria Segunda, Cuatro.

La mención a los “*Títulos*” debería realizarse en minúscula, pues se utiliza como sinónimo de documento.

Finalmente, se advierte la necesidad de proceder a una revisión del texto para corregir la falta o inadecuada ubicación de los signos de puntuación (singularmente las comas), que dificultan la lectura y, en algunas ocasiones, la comprensión del contenido de los preceptos.

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 lo indicado sobre los siguientes preceptos del mismo, que habrán de acomodarse a lo expresado en las correspondientes Consideraciones:

Consideración Cuarta, III: artículos 74.4, 125 y Disposición Final Segunda; Consideración Cuarta, IV, en cuanto a la necesidad y formas de articular la remisión formal a la legislación estatal de aplicación directa a las cooperativas de competencia regional; Consideración Quinta: artículos 12.1, 2 y 4; 17.2; 64.6; 71; 91; 95.1; 96.2 y 4; 116.3; 120.3 y 6 (legislación civil o mercantil); artículos 27.4; 32.3, c); 40.2, primer y tercer

párrafo, y 3, segundo párrafo; 47.3, 4 y 6 a 9; 53; 98.3; 100.6 y 11; 101.3; 102.2; 111.1 y 2; Disposición Transitoria Segunda, segundo párrafo, Disposición Adicional Primera y referencias a los Juzgados de Primera Instancia (legislación procesal); artículos 86.1, tercer párrafo, 97.2, 98.7, 105.5, i); Disposición Adicional Tercera (legislación concursal); artículo 138.12 (ordenación de registros e instrumentos públicos y régimen jurídico de funcionarios estatales); artículo 110.2 y Disposición Adicional Sexta (legislación laboral y de Seguridad Social).

SEGUNDA.- Para la mejora del Anteproyecto, debe observarse lo indicado en las correspondientes Consideraciones para los siguientes preceptos. Consideración Cuarta, I: artículo 1. Consideración Quinta, II: artículos 136.2 y 138.9. Consideración Sexta: artículos 4; 10.2; 19.3; 25.4; 28.4 y 5; 29; 32.3, c); 34.2, c) y d); 37.3; 39.4, segundo párrafo; 42.1 y 2; 44.6, segundo párrafo; 46.5; 50.2 y 3; 51.6 y 7; 52.1; 55.7; 57.2; 59.2; 60.1; 64.5 y 8; 70.1, a) y b); 72.6; 73.3; 76.1; 77.1, a) y 5; 78; 79.2, a) y d); 80.3, a) y c); 97.1, a), d) y g); 98.1 a 4; 99.1; 100.9; 103.2, d); 104.1, c); 105.6, 8, 10 y 11; 106; 107; 116.1; 117.3 y 4; 119.1 y 4; 120.6; 121.3; 126.3; 127.1 y 2; 132.4; 138.1 y 2, a); 134.1; 141.1; 142.2 y 3; Disposición Adicional Segunda, Cuarta y Quinta; Disposición Transitoria Primera, Uno y Tres, y Disposición Transitoria Segunda, Cuatro.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 67/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. C. N. G., en nombre y representación de su hija menor de edad E. B. N., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/05/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina a la expresada en el Dictamen núm. 61.

DICTAMEN 68/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 03/05/06****Extracto de Doctrina**

Como ya ha señalado el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (5/05, entre otros), la mera posibilidad de un acontecimiento no es suficiente para estimar probada la producción de los hechos generadores del daño ni su vinculación con la actuación administrativa, lo que lleva inexorablemente a la desestimación de la reclamación, pues el reclamante, a quien incumbe la carga de la prueba (onus probandi incumbit ei qui agit, aforismo hoy positivizado por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no ha acreditado las circunstancias del percance.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de octubre de 2005, tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Educación y Cultura escrito por el que el Director del Colegio de Educación Infantil y Primaria “Santo Ángel” de Murcia comunica a la Dirección General de Enseñanzas Escolares la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada días antes, el 27 de septiembre, por D. J. R. M..

Según el reclamante, el 26 de septiembre de 2005, estacionado su coche en el patio del centro, donde viene realizando unas obras, sufrió la rotura de un cristal durante el tiempo de recreo de los niños. Solicita una indemnización de 225,49 euros, cantidad coincidente con la expresada en factura expedida por el taller de reparación, cuya copia aporta junto a la reclamación.

Con posterioridad se aporta al expediente fotocopia compulsada del Documento Nacional de Identidad del interesado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante, de fecha 15 de noviembre de 2005, se designa instructora. Ésta requiere al Director del Colegio la emisión de informe expresivo de las circunstancias concurrentes en los hechos que motivan la reclamación.

El informe, expedido por el Director del Centro el 28 de noviembre de 2005, se expresa en los siguientes términos:

“Entre el 4 de septiembre y el 2 de noviembre se han estado realizando unas obras en el patio del Colegio por orden del Ayuntamiento. En todo este tiempo la empresa de construcción ha estado accediendo al patio del Centro con su excavadora, camiones o vehículos para el transporte de material.

La zona de obra ha estado vallada, pero en ocasiones los vehículos quedaban fuera de ese espacio.

No existe un permiso por escrito para que la empresa constructora accediese o apar-

case sus vehículos dentro del patio, pero sí se ha entendido que para realizar unas obras de esta envergadura era necesario que los vehículos se aproximasen a la zona con sus materiales y herramientas.

Lo correcto hubiese sido que las obras se realizaran en el periodo vacacional, como estaba previsto, pero la realidad es que comenzaron en los primeros días de septiembre, y hemos tenido que sufrir las molestias que todo esto ha conllevado.

El 26 de septiembre de 2005, el vehículo matrícula 8007 CVS de la empresa que realizaba la construcción de un muro para separar el patio del Colegio de las viviendas vecinas, se encontraba dentro del patio del Centro y fuera de la zona vallada (los materiales depositados en ella le impedían situarse dentro).

Esa mañana, después de que los alumnos entraran del recreo, hacia las 11,35 horas, el propietario de vehículo observó que una luna del mismo estaba rota y nos lo comunicó.

Nadie observó los hechos, ni alumno ni profesor, ni obrero, pero dada la proximidad de la zona de juego de los niños, y las características del suelo de esa zona (tierra de aluvión con grava incrustada), entra en lo posible que la causa de la rotura de la luna de su vehículo fuese producida por el impacto de alguna piedra del patio.

Si era o no imprescindible que el vehículo se encontrara aún, dentro del patio del Centro, es algo que no puedo determinar”.

TERCERO.- El 28 de diciembre de 2005 la instructora notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia, del que aquél no hace uso al no presentar documento ni alegación alguna.

CUARTO.- Con fecha 15 de febrero de 2006 se requiere al interesado para que comparezca ante la instructora en orden a aclarar determinados extremos del accidente y aporte al expediente la siguiente documentación:

- Acreditación de ser el propietario del vehículo o apoderamiento para reclamar en nombre de su titular.
- Acreditación de que no dispone de seguro a todo riesgo.
- Factura original de la reparación.

Dicho requerimiento será reiterado, infructuosamente, el 9 de marzo de 2006.

QUINTO.- El 28 de marzo siguiente se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la instructora nexo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño alegado, en atención a las siguientes consideraciones: a) no se ha acreditado la procedencia de las piedras que supuestamente rompieron el cristal del coche; b) el informe del Director “*es ambiguo en cuanto a los hechos y la causa*”; c) no hay testigos, sin que el propio reclamante viera lo sucedido; y d) el propio reclamante ha mostrado “*falta de interés*” en el procedimiento.

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 3 de abril 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 reclamación de responsabilidad patrimonial a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. El interesado no ha acreditado ser el propietario del vehículo, ni actuar en representación de la empresa constructora, a pesar del requerimiento en tal sentido efectuado por la instructora. No obstante, la factura cuya copia aporta junto con la reclamación va expedida a su nombre, lo que permite presumir que fue él quien abonó el importe de la reparación del vehículo, legitimándole para reclamar dicha cantidad. Y ello sin perjuicio de que la factura aportada junto a la reclamación fuera una mera copia, no compulsada, lo que llevó a la instructora a requerir al interesado la presentación del documento original, que finalmente no se ha traído al procedimiento.

En cualquier caso, el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución, que este Dictamen considera acertada, hace innecesario insistir en la ausencia de acreditación de la legitimación activa, derivada bien de la propiedad del vehículo dañado, bien de una eventual representación de la empresa titular del mismo (extremo este último apuntado por el informe del Director del Colegio al referirse al coche en cuestión como vehículo de la empresa).

En lo que respecta 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 Colegio Público “Santo Ángel” de Murcia.

2. La solicitud fue presentada dentro del plazo de un año desde la producción del evento dañoso, establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

3. El procedimiento tramitado ha seguido lo establecido en la LPAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP). No obstante, cabe recordar que el trámite de audiencia debe conferirse al término de la fase de instrucción, una vez que se han llevado a efecto todos los actos que la componen, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, por así exigirlo el artículo 84.1 LPAC. Tal exigencia persigue evitar que, tras el referido trámite, se lleven a cabo actuaciones instructoras cuyo resultado pudiera resultar desconocido para los interesados.

En el supuesto sometido a consulta, tras el trámite de audiencia, la instructora requiere al reclamante para que aporte diversa documentación y declare ante ella, actuaciones todas ellas claramente encuadrables en la fase de instrucción. En consecuencia, la audiencia concedida no lo fue en el momento procesal oportuno. Ahora bien, esta

irregularidad rituaria no anula las actuaciones efectuadas con posterioridad, pues es la pasividad del propio reclamante ante las sucesivas intimaciones de la Administración, la que impide que se incorporen al procedimiento elementos de juicio que, pudiendo incidir en el sentido de la resolución que ha de ponerle fin, no existieran en el momento de conferir el referido trámite de audiencia.

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

1. Los elementos de la responsabilidad patrimonial.

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

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de 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.

2. Nexo causal entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos.

Acreditada la realidad del daño material del vehículo, conforme a la factura del taller y al informe del propio Director del Colegio, como ya indicara el Consejo Jurídico en Dictamen 169/03, procede verificar si el daño es imputable al funcionamiento, sea normal o anormal, del servicio público educativo, atendiendo a los siguientes aspectos: la procedencia del objeto causante del daño; si el hecho se produjo durante la realización de actividades escolares organizadas por el Centro; su previsibilidad en relación con las medidas de seguridad exigibles en sus instalaciones y, por último, la falta o no de vigilancia y control por parte de profesores o tutores, como también indicábamos en nuestro Dictamen nº. 106/01,

en relación con los daños producidos a terceros por la acción de los alumnos.

Ninguno de estos aspectos ha sido acreditado en el expediente, pues las únicas circunstancias probadas son las siguientes:

a) En la fecha del accidente (26 de septiembre de 2005) el Centro se encontraba en obras. La Dirección del Colegio toleraba el estacionamiento en el patio de los vehículos relacionados con ellas.

b) Tras el recreo de los alumnos, sobre las 11,35 horas, el reclamante comunica al Director del Centro que una de las lunas del coche que dice ser suyo está rota.

c) Nadie observó cómo se rompió el cristal, ni siquiera el propio reclamante.

d) El lugar donde se encontraba estacionado el vehículo estaba próximo a la zona de juegos de los niños, cuyo suelo está formado por tierra de aluvión con grava incrustada.

Adviértase que, en realidad, nadie presenció lo sucedido, ni siquiera el reclamante, cuya solicitud de indemnización se limita a manifestar que la rotura del cristal se produjo en el interior del centro y durante el recreo de los niños, sin que exista en el expediente ningún dato que permita corroborar la presunción latente en el fundamento de la reclamación, que parece sugerir un vínculo causal entre la rotura del cristal y la actuación de los escolares.

De lo anterior cabe concluir que, aun siendo posible que la rotura del cristal se produjera como consecuencia del impacto de una piedra procedente del patio de recreo, no cabe considerar probado que el daño tuviera lugar como resultado del funcionamiento de los servicios públicos educativos. Como ya ha señalado el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (5/05, entre otros), la mera posibilidad de un acontecimiento no es suficiente para estimar probada la producción de los hechos generadores del daño ni su vinculación con la actuación administrativa, lo que lleva inexorablemente a la desestimación de la reclamación, pues el reclamante, a quien incumbe la carga de la prueba (*onus probandi incumbit ei qui agit*, aforismo hoy positivizado por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no ha acreditado las circunstancias del percance. De hecho, cabe hablar de verdadera pasividad probatoria del reclamante, actitud que no abandona a pesar de los repetidos requerimientos de la instructora, en orden a concretar y precisar diversos extremos de los hechos en que se basa la reclamación.

Todo ello impide imputar los daños alegados a la Administración regional, pues no puede inferirse relación de causalidad entre su actuación y aquéllos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para el nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 69/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a C. P. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. A. L. P., debida a accidente

escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/05/06

Extracto de Doctrina

Tampoco se puede olvidar que la diligencia exigida a los docentes, según jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada en su sentencia de 26 de febrero de 1998, es la que debe observar un padre de familia, pero no llega a evitar cualquier conducta de los alumnos, como la desplegada por los implicados, que desoyen las reiteradas llamadas al orden de su profesora.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 7 de junio de 2004, se recibe en la Consejería de Educación y Cultura comunicación de accidente escolar, ocurrido el 18 de mayo anterior en el Colegio Público “San Antonio” de Molina de Segura. Según relata el Director del Centro, durante la clase de inglés, dos alumnos de sexto de Educación Primaria, uno de ellos J. A. L. P., están distraídos “jugando con bolígrafos y bolas de papel. La maestra les llama la atención y, mientras resuelve dudas de compañeras, aquéllos se pelean con el resultado de la rotura de las gafas”.

SEGUNDO.- La madre del menor, D. C. P. A., presenta escrito de solicitud de indemnización por importe de 170 euros, fundamentado 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), al que acompaña la siguiente documentación: a) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre reclamante y menor, si bien únicamente aporta la página correspondiente al nacimiento del menor, no la de los titulares del documento; y b) factura de establecimiento de óptica por importe de 170 euros en concepto de montura metálica (100 euros) y lentes orgánicas con tratamiento antirreflejo (70 euros).

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de fecha 18 de febrero de 2005, se paraliza el procedimiento hasta el 4 de octubre siguiente, cuando aquél solicita el preceptivo informe a la Dirección del Colegio, acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente. El informe, remitido vía fax el día siguiente al de la solicitud, se ratifica en el relato fáctico efectuado en la comunicación de accidente escolar y acompaña declaración de la profesora que estaba a cargo de los alumnos en el momento de producirse el incidente, según la cual:

“El día 18 de mayo a las 16:15 me encontraba en el aula de inglés impartiendo clase al grupo 6ºA, cuando dos alumnos (F. C. G. y J. A. L. P.) haciendo caso omiso a las normas básicas de comportamiento en clase, estaban tirándose bolas de papel con el bolígrafo a modo de cerbatana. Tras varias llamadas de atención, se les ordenó que abandonaran tal actitud y prestaran atención al desarrollo de la clase.

Cuando faltaban 10 minutos para finalizar la clase, mientras me disponía a resolver las dudas de dos de sus compañeras, dichos alumnos se enzarzaron en una pelea que justificaron por el hecho de que uno de ellos había tirado el bolígrafo del otro por la ventana. Las agresiones e insultos mutuos terminaron cuando junto con algunos compañeros logramos separarlos.

El resultado de dicha pelea, fue, entre otras, la rotura de las gafas de uno de los implicados (J. A. L. P.)”.

El 5 de octubre de 2005, el instructor notifica a la interesada la apertura de trámite de audiencia, sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

CUARTO.- Con fecha 21 de febrero de 2006, se procede al cambio de instructor, debido al traslado administrativo del originalmente designado.

Es la nueva instructora quien, el 13 de marzo de 2006, formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro público donde se produjo el incidente.

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 en este Órgano Consultivo el pasado 22 de marzo 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.- Plazo, legitimación y procedimiento.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales. Ello no obstante, el Consejo Jurídico no puede dejar de poner de manifiesto una circunstancia que viene advirtiendo de forma reiterada en numerosos expedientes de responsabilidad patrimonial remitidos por la Consejería consultante, como es la injustificada paralización durante meses (tal es el caso del sometido a consulta), cuando no años. Mal se cohonestan ese indebido retraso del instructor en la tramitación de los procedimientos con los principios de celeridad, impulso de oficio, agilidad y eficacia que el ordenamiento impone a la actuación administrativa.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal 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; 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 Colegio Público “San Antonio” de Molina de Segura.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial: nexo causal y antijuridicidad del daño.

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”.

También es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (Dictamen núm. 38/2000, de 6 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y Dictamen núm. 483/2000, de 28 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular; en el supuesto que nos ocupa, el

análisis de los documentos que obran en el expediente objeto de Dictamen y, especialmente, del informe de la profesora que impartía la clase de inglés, se infiere que fue la actitud del propio hijo de la reclamante la que provocó el incidente. En efecto, el alumno estaba distraído de la clase, sin prestar atención a las explicaciones de la profesora, pues se encontraba jugando junto con otro compañero a lanzarse bolas de papel utilizando los bolígrafos a modo de cerbatanas. Este comportamiento, ciertamente reprochable, motivó la reacción de la profesora, que les instó a deponer su actitud y a prestar atención. El desarrollo de los hechos posteriores parece apuntar que ambos alumnos hicieron caso omiso de las indicaciones de la profesora, continuando con su actitud ya no sólo distraída, sino manifiestamente transgresora y rebelde, en tanto que desobedecen las instrucciones expresas de su docente. Y ello a pesar de que el relato de la profesora parece apuntar una solución de continuidad entre el momento en que ordena a los alumnos que dejen de jugar y aquel en que comienza la pelea, como si hubieran obedecido, al menos aparentemente. Carece el expediente de mayores precisiones al respecto, como tampoco se expresa quién comienza la riña. En cualquier caso, lo que sí cabe considerar probado es que la actuación del propio alumno dañado, junto con la de otro compañero, constituye la causa eficiente del daño, rompiendo así cualquier nexo de causalidad entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos.

Por otro lado, tampoco se puede olvidar que la diligencia exigida a los docentes que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada en su sentencia de 26 de febrero de 1998, es la que debe observar un padre de familia, no llega a evitar cualquier conducta de los alumnos, como la desplegada por los implicados, que desoyen las reiteradas llamadas al orden de su profesora.

Es cierto que la docente podría haber adoptado medidas más expeditivas en orden a acabar con el comportamiento distraído de los menores o, incluso, imponerles medidas correctivas contempladas en las normas de convivencia de centros escolares, 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 que imparten enseñanzas escolares, y que también contempla el artículo 48, letra b del 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, que resultaba aplicable en el momento del incidente, pues su actitud previa a la pelea ya era por sí misma constitutiva de una conducta contraria a las normas de convivencia, tipificada en la actualidad en el artículo 48, letras b (“*las conductas que puedan impedir o dificultar a sus compañeros el ejercicio del derecho o el cumplimiento del deber del estudio*”) y e (“*los actos de indisciplina, incorrección o desconsideración hacia el profesor u otros miembros de la comunidad educativa*”) del Decreto regional. Ahora bien, nada permite asegurar que con tales medidas se habría evitado la pelea, la cual en sí misma constituye una infracción de las actuales normas de convivencia, ésta 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 perjudiciales 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).

Lo anterior permite concluir que la rotura de las gafas carece de la antijuridicidad necesaria para que surja obligación indemnizatoria alguna para la Administración, respecto de la cual no se ha acreditado que incurriera en infracción de su deber de vigilancia, pues la profesora responsable de los alumnos les llamó repetidamente al orden, aprovechando éstos una distracción de aquélla para enzarzarse en una riña contraria a las normas de convivencia en los centros escolares, de la que derivaría la rotura de las gafas.

En apoyo de dicha conclusión se alza la doctrina del Consejo de Estado, según la cual es responsabilidad del servicio público educativo que hechos como el contemplado no se produzcan en los centros públicos educativos, lo que ha llevado a la estimación de algunas reclamaciones, señaladamente aquellas en las que la agresión era unilateral, se realizaba en presencia de los profesores y el agredido era de corta edad. Sin embargo, también existen pronunciamientos que desestiman las pretensiones indemnizatorias cuando la agresión o pelea viene precedida de una discusión mutua y los escolares tienen edad suficiente (13 años) para comprender las consecuencias de sus propios actos (Dictamen 2110/2002), como ocurre en el supuesto sometido a consulta.

En consecuencia, 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, sino de los propios actos del dañado 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 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 nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y la rotura de las gafas del alumno, ni el carácter antijurídico de dicho daño, requisitos ambos exigidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 70/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. C. C. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. C. D., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/05/06

Extracto de Doctrina

En cualquier caso, en supuestos de daños o lesiones sufridos en momentos distintos al del recreo, tampoco se considera que exista título de imputación suficiente y adecuado para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando aquéllos se producen de forma accidental o fortuita, como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen 3240/2001, en el que se analiza un caso de daños derivados del choque entre dos alumnas durante un cambio de clases.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Directora del Colegio Público “Santiago Apóstol” de Hoya del Campo (Abarán) envía a la Consejería de Educación y Cultura una “comunicación de accidente escolar” ocurrido el 10 de marzo de 2003, a consecuencia del cual el alumno C. C. D., que cursaba en aquella fecha 3º de Primaria, sufrió la rotura parcial de un incisivo inferior cuando, al ir a ponerse en fila para entrar a clase al finalizar el recreo, se golpeó con la cabeza de un compañero, rompiéndose el diente.

SEGUNDO.- El padre del menor presenta, el 16 de junio de 2003, escrito de solicitud de indemnización por importe de 420 euros, fundamentado 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), al que acompaña la siguiente documentación: a) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre reclamante y menor; b) dos facturas de odontólogo por un importe de 30 euros (en concepto de radiografía y topicación con flúor de la pieza número 42), una, y 40 euros (empaste pieza 42), la segunda; y c) informe del odontólogo que trata al menor, según el cual tras realizar las actuaciones médicas reflejadas en las facturas aportadas por el reclamante, el alta definitiva sólo se dará cuando se complete la erupción íntegra de la pieza dental, aproximadamente cuando el paciente tenga nueve años de edad. En ese momento se procederá a la colocación de una corona de metal-cerámica, cuyo importe es de 350 euros.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de fecha 13 de octubre de 2003, aquél solicita el preceptivo informe a la dirección del centro escolar, acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente. Poco añade este informe a lo ya relatado en la comunicación de accidente escolar, salvo que se encontraban presentes en el lugar de los hechos dos profesores.

Dos años más tarde, el 7 de octubre de 2005, el instructor notifica al interesado la apertura de trámite de audiencia, sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

CUARTO.- Con fecha 21 de febrero de 2006, se procede al cambio de instructor, dado el traslado administrativo del originalmente designado.

Es la nueva instructora quien, el 13 de marzo de 2006, formula propuesta de resolu-

ción desestimatoria de la solicitud al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro público donde se produjo el accidente.

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 17 de marzo 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.

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. Ello no obstante, el Consejo Jurídico no puede dejar de poner de manifiesto una circunstancia que viene advirtiendo de forma reiterada en buena parte de los expedientes de responsabilidad patrimonial remitidos por la Consejería consultante, como es la injustificada paralización de muchos de ellos durante meses, cuando no años (tal es el caso del sometido a consulta). Mal se cohonesta esa desidia del instructor en la tramitación de los procedimientos con los principios de celeridad, impulso de oficio, agilidad y eficacia que el ordenamiento impone a la actuación administrativa.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal 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; 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 Colegio Público “Santiago Apóstol” de Hoya del Campo (Abarán).

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 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 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).

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, ya que el evento se produjo dentro del riesgo que supone el desarrollo de juegos y actividades libres durante el recreo y no por la falta de vigilancia exigible a los profesores, puesto que resulta imposible evitar las consecuencias que estas actividades conllevan, salvo que las mismas se prohibiesen totalmente, lo que llevaría al absurdo de impedir la libre expansión de los alumnos en el tiempo pensado y dedicado precisamente a esta finalidad.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”.

También es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, dentro del riesgo que suponen las actividades lúdicas de los escolares durante el tiempo de recreo, 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. 522/2000, de 28 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

Como ya se sostuvo por este Consejo Jurídico en el Dictamen 144/2002, en el que se analiza un supuesto sustancialmente similar al presente, podría argumentarse que la sirena de final de recreo ya había sonado y que, por tanto, los alumnos ya no se encontrarían en ese período destinado a su libre expansión y juego; pero, dada la natural dispersión de los niños por el patio en el momento del toque de sirena, hasta que los profesores pueden poner un cierto orden en la entrada a las aulas, transcurren unos instantes a los que deben resultar trasladables las consideraciones efectuadas acerca de los accidentes durante el tiempo de recreo. En cualquier caso, en supuestos

de daños o lesiones sufridos en momentos distintos al del recreo, tampoco se considera que exista título de imputación suficiente y adecuado para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando aquéllos se producen de forma accidental o fortuita, como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen 3240/2001, en el que se analiza un caso de daños derivados del choque entre dos alumnas durante un cambio de clases.

Así pues, 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, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

2) La anterior consideración, que coincide con la propuesta de resolución dictaminada, 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 el alumno y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 71/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. L. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 03/05/06

Extracto de Doctrina

Cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, y el sistema de valoración de daños en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3^a, 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 (por todos, nuestro Dictamen núm. 69/2004).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de octubre de 2002, D.^a J. L. A. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del servicio público sanitario sobre la base de los siguientes hechos, según describe:

El 8 de diciembre de 2001, el marido de la reclamante, D. J. C. M., ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca por dolor abdominal, náuseas, vómitos y fiebre de más de tres días.

Al sospecharse una pancreatitis aguda se le realiza una ecografía abdominal urgente que muestra afectada la vesícula biliar, sin poder precisarse la situación del páncreas.

Durante los días siguientes el paciente mejora y se le prescribe solución quirúrgica (cirugía biliar) para el 13 siguiente, que se prevé con carácter de urgencia. Pero dicha operación se suspende por falta de espacio en el servicio de reanimación. La suspensión de intervenciones también ocurrió respecto a otros pacientes, al menos en 28 ocasiones entre diciembre de 2001 y marzo de 2002.

Con posterioridad reaparece el dolor abdominal, y tras nuevos estudios (TAC y ecografía), que muestran una tumoración en vesícula biliar y probable metástasis hepática, el Dr. G. M. diagnostica erróneamente cáncer en fase terminal, no considerando adecuado someterlo a ningún tipo de intervención y proponiendo únicamente cuidados paliativos. También señala que el citado Dr. solicitó autorización a la familia para realizar una necropsia cuando se produjera el fallecimiento, porque no sabían a ciencia cierta qué le había pasado al paciente.

Termina señalando que el fallecimiento se produjo el 8 de enero de 2002 y, una vez realizada la necropsia, se confirma que el Sr. C. M. no padecía cáncer, que había fallecido como consecuencia de una sepsis generalizada, y que de haberse operado, como estaba previsto para el 13 de diciembre de 2001, el paciente habría tenido alguna oportunidad para recuperarse.

La reclamante imputa al Hospital Virgen de la Arrixaca la responsabilidad de la muerte de su marido por diagnosticar erróneamente un cáncer en fase terminal que requería únicamente cuidados paliativos, cuando en realidad se trataba de una afección de las vías biliares que se podía haber solucionado con cirugía, la cual se prescribió pero no se realizó por problemas en el servicio de reanimación, quitándole así las posibilidades que tenía de vivir; al Servicio Murciano de Salud le achaca la no disposición de medios necesarios, dando lugar al fallecimiento del paciente.

Por último, la interesada solicita la cantidad de 261.221,15 euros, más los intereses legales, en concepto de indemnización por la muerte de su marido.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de octubre de 2002, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, lo que se notifica a la interesada el 7 de noviembre siguiente. Asimismo se notificó a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Compañía de Seguros, a través de la correduría, y al Hospital Virgen de la Arrixaca.

TERCERO.- La reclamante presenta escrito de proposición de prueba el 19 de noviembre de 2002, solicitando, además de la prueba documental consistente en la remisión por el Hospital Virgen de la Arrixaca de la historia clínica del fallecido, la testifical de D. F. C. L. y de los Drs. P. y G. M..

CUARTO.- El Hospital Virgen de la Arrixaca remite la historia clínica de D. J. C. M. (folios 17 a 72), pero no los informes del Dr. G. M. y del Dr. P., quien se remite a los informes obrantes en la historia clínica.

El informe clínico de alta, que suscribe este último, relata la siguiente evolución clínica del paciente:

“Con sospecha de pancreatitis aguda se realiza ecografía abdominal urgente que muestra un hígado y vía biliar normales; una vesícula biliar ocupada por material ecogénico y no puede precisarse la situación del páncreas por distensión de asas intestinales.

En los siguientes días mejora su situación clínica y analítica por lo que y tras del estudio preanestésico correspondiente realizado por el Servicio de Anestesiología (11/12/01) se indica cirugía de vía biliar, cirugía que se iba a realizar el día 13/12/01 y que no se efectúa debido a problemas en el Servicio de Reanimación.

En los siguientes días la situación del paciente comienza a empeorar haciendo una insuficiencia renal de carácter transitorio que se soluciona prontamente por el Servicio de Nefrología (17/12/01) y reaparición del dolor abdominal, por lo que se solicitan Estudios.

TAC (17/12/01): Los hallazgos sugieren una tumoración en vesícula biliar con probables metástasis hepáticas, realizándose dos días más tarde (19/12/01) una nueva ecografía que confirma los hallazgos del TAC y muestra los riñones sin patología. Esa fecha precisa de reposición sanguínea y se encuentra al paciente con ictericia y en progresivo deterioro, de todo lo cual se informa a la familia así como de que el paciente no parece subsidiario de cirugía y sólo de cuidados paliativos (21/12/01).

No obstante el paciente se recupera bastante a pesar de su mal pronóstico hasta los primeros días de enero de 2002, en que un nuevo empeoramiento hace replantear la situación del paciente y se solicita endoscopia alta (04/01/02) que informa de estenosis

esofágica por esofagitis péptica, hernia hiatal de deslizamiento con una gran úlcera en su mucosa y de la que no se toma biopsia por apreciarse restos de sangre reciente, y que parece ser el origen de las pérdidas sanguíneas sufridas por el paciente. También se vuelve a indicar la necesidad de PAFF de la masa hepática, pero el estado del paciente se deteriora de manera progresiva y muy grave en los siguientes días falleciendo el día 08/01/02 solicitándose expresamente a la familia la práctica de necropsia para aclarar las circunstancias de su patología, y cuyo informe se adjunta”.

El informe de la necropsia, obrante en el folio 21, recoge el siguiente diagnóstico final:

- Colecistitis aguda necrótico-hemorrágica (gangrenosa).
- Absceso hepático.
- Manifestaciones de sepsis en hígado y bazo.
- Colangitis.
- Esofagitis con ulceración aguda en tercio distal.

QUINTO.- Con fecha 28 de marzo de 2003 la instructora reitera de la Dirección del Hospital Virgen de la Arrixaca los informes de los Drs. G. M. y P., siendo cumplimentado en fecha 2 de mayo siguiente en el sentido de remitir de nuevo el informe clínico de Alta con la siguiente nota manuscrita del Dr. P.:

“Ya he enviado estos informes en otra ocasión anterior por el mismo asunto. No se intervinó por suspensión por falta de camas en reanimación el día programado. En fechas posteriores sus crisis de IR y mal estado general lo impidieron en los días asignados al Servicio.”

SEXTO.- Remitido el expediente a la Inspección Médica para su valoración, emite su informe el 1 de agosto de 2003 en el que se realiza las siguientes consideraciones:

“Tras la revisión y estudio del historial clínico del paciente, considero que la asistencia prestada a D. J. C. M., desde su ingreso en el Servicio de Urgencias el día 08/12/01, es la correcta con la realización de todas las exploraciones complementarias indicadas según la sintomatología que presentaba el paciente en cada momento.

Estaba programado para cirugía no urgente como se señala en la reclamación, el día 13/12/01, tras estabilizarse su situación clínica, la cual se suspende por falta de camas en Reanimación.

(...) podemos señalar la falta de camas como una causa de fuerza mayor, siendo en ese momento la situación del paciente estable y no indicativa de cirugía urgente.

Permaneciendo más o menos estable la situación clínica del paciente, es programado de nuevo para cirugía el 18/12/01, que no se realiza por el empeoramiento de la situación general del paciente a causa de una insuficiencia renal, caída del hematocrito y hemoglobina y reaparición del dolor abdominal.

El día 17/12/01 se realiza TAC al paciente que informa “Neo de vesícula y metástasis hepática” y confirmado posteriormente por la ECO realizada el día 19/12/01, y según indica la reclamante en la hoja 2, “el Dr. G. M. diagnostica erróneamente Cáncer en fase terminal”.

Señalar que la actuación del Dr. G. M. es la correcta y en ningún momento existe infracción de la “lex artis “ como se dice en la hoja 4. La actuación médica como muy

bien se indica, no implica deber de resultados sino de medios, por lo que la actuación médica se basa en el uso correcto de todos los medios diagnósticos puestos a disposición del servicio médico según el estado actual de la ciencia médica. El diagnóstico establecido tanto por el TAC como por la ECO, coinciden en “Cáncer de vesícula y metástasis hepática “ en base a lo que el Dr. G. M. establece el diagnóstico, y se considera al paciente como no operable y sólo subsidiario de cuidados paliativos, no por decisión personal del Dr. G. M., sino que así se decide en sesión clínica, y es la actitud terapéutica a seguir en una neo de vesícula con metástasis hepática.

Según refiere el texto de Cirugía Española y que transcribo literalmente “Los síntomas de presentación del cáncer de vías biliares (CVB) son poco específicos y difíciles de diferenciar desde el punto de vista clínico de otras patologías más prevalentes como el cólico biliar o la colecistitis crónica, motivo por el que es difícil de sospechar de forma preoperatoria. Los exámenes analíticos no presentan alteraciones específicas, pero la presencia de anemia y leucocitosis se han identificado como un indicador de enfermedad neoplásica avanzada (ambos signos presentes en el paciente). Actualmente el uso conjunto del TAC y ECO han aumentado la sensibilidad en el diagnóstico del CVB a un 80% y ambas pruebas coincidían en el paciente. Respecto al tratamiento del CVB es quirúrgico pero existen criterios de irresecabilidad: mala condición general del paciente, presencia de metástasis hepática en el paciente y motivo por que se vuelve a postponer la cirugía.

(...) Sin embargo, la ECO de urgencia realizada al paciente el día 08/12/01 informa “Colecistitis. Hígado normal sin lesiones focales evidentes”, diagnóstico claro y coincidente con la sintomatología del paciente y motivo por el cual el paciente es ingresado y programado para cirugía el día 13/12/01, que se suspende por falta de camas en Reanimación, acto que en sí mismo no aumenta el riesgo del paciente, pues si el ataque agudo de la colecistitis se resuelve, la cirugía se puede posponer, y debemos recordar que la situación clínica del paciente era estable.

Pero en una colecistitis cuando se sospecha la existencia de posibles complicaciones como la formación de un absceso, gangrena o perforación, es necesaria la cirugía inmediata.

El paciente empieza a empeorar a partir del día 17/12/01 y en ningún momento se sospecha la existencia de posibles complicaciones de una colecistitis aguda como son la gangrena y absceso que realmente presentaba el paciente, y aunque probablemente la cirugía debido a la insuficiencia renal y la caída del hematocrito y hemoglobina, habría estado contraindicada o habría sido de alto riesgo, no se plantea como tratamiento posible.

Es cierto que el TAC y la ECO realizadas al paciente coincidían en CVB y metástasis hepática, pero no se consideró la posibilidad de una complicación en la evolución de una colecistitis aguda, sobre todo con una ECO previa de 11 días antes, que indicaba litiasis e hígado sin evidencia de lesiones focales. “

Tras realizar las precitadas consideraciones alcanza las siguientes conclusiones: 1ª) Lo sucedido no es debido a una asistencia sanitaria defectuosa sino que al paciente se le realizaron todas las exploraciones complementarias indicadas; 2ª) La suspensión de la cirugía el día 13 de diciembre de 2001, por la situación estable del paciente en aquel momento, no suponía un aumento del riesgo; 3ª) Se obvió la existencia de una ECO previa, de 11 días antes, negativa para CVB y metástasis hepática, y por tanto no se consideró

la posibilidad de que el empeoramiento del paciente fuera consecuencia de una evolución desfavorable; 4^a) La situación general del paciente, complicada por la existencia de una insuficiencia renal y anemia importante, contraindicaban la realización de cirugía urgente y PAAF de la masa hepática hasta la estabilización de ambos procesos (aunque el diagnóstico no hubiera sido de CVB, como indicaban las exploraciones complementarias) por lo que probablemente no hubiera cambiado la actitud terapéutica.

Finalmente propone la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

SÉPTIMO.- Tras la presentación por parte de la reclamante de un escrito interponiendo recurso de alzada contra la desestimación presunta de su solicitud (reiterado por escrito posterior de 28 de noviembre de 2003), la instructora acuerda la práctica de la prueba propuesta, salvo la testifical del hijo del finado, recabando de la proponente el pliego de preguntas que fueron formuladas a los Drs. P. y G. M., cuyas contestaciones obran en los folios 107 y ss. del expediente. Por su relación con el objeto de la reclamación interesa reproducir las siguientes efectuadas al Dr. P.:

A la pregunta Décimo Séptima (*“Que al ser una afección biliar lo que padecía el Sr. C. M. ¿se podía haber tratado normalmente a partir de la intervención quirúrgica?”*), contesta: *“Que es cierto que de haber superado sin dificultades la intervención programada para el día 13 de diciembre, de una patología biliar complicada, quizá hubiese respondido mejor a los tratamientos que se le aplicaron, sin poder afirmar categóricamente su sanación”*.

A la pregunta Vigésimo Cuarta (*¿El Sr. C. M. falleció en dicha fecha por motivos ajenos a la medicina, por falta de presupuesto para cubrir convenientemente todos los servicios de cirugía y reanimación del Hospital Virgen de la Arrixaca?*), contesta: *“Que no es cierto. No me resulta posible responder, a pesar de mi experiencia profesional, puesto que en ciertas patologías, entre las que se encuentra, la que presentaba el paciente, ya grave antes de ingresar en el Hospital y a pesar de tratamientos adecuados, en ocasiones, el resultado por desgracia es de muerte”*.

Del interrogatorio al Dr. D. P. A. G. M., se destacan las siguientes:

A la pregunta Novena (*“Que la intervención estaba prevista con carácter de urgencia para el día 13 de diciembre de 2001, pero tuvo que suspenderse por falta de espacio en el servicio de reanimación”*), contesta: *“la intervención se propuso programada (electiva)”*.

A la pregunta Décimo Primera (*“Que con posterioridad a dicha fecha prevista para la intervención, al Sr. C. se le produjo una insuficiencia renal, le reapareció el dolor abdominal, y solo con un TAC y otra ecografía se le diagnosticó metástasis hepática, es decir, un cáncer en fase terminal”*), contesta: *“Además se solicitó una CTPH (colangio transparietohepática) que fuese diagnóstica de confirmar y terapéutica, el 19/12/2001 y se volvió a insistir el 20/12/2001”*.

A la pregunta Décimo Quinta (*“Que sin haber podido comprobar mediante cirugía la certeza de dicho cáncer, prescribieron cuidados únicamente paliativos”*), contesta: *“se trató al paciente en todas las agudizaciones y se recurrió a otras especialidades durante su ingreso”*.

A la pregunta Décimo Séptima (“*Que al ser una afección biliar lo que padecía el Sr. C. M. se podía haber tratado normalmente a partir de la intervención quirúrgica*”), contesta: “*Así es*”.

OCTAVO.- La Compañía de Seguros Z. E. comunica al Servicio Murciano de Salud, el 16 de abril de 2004, que desde el día 30 de enero anterior se están manteniendo conversaciones con la letrada de la familia de D. J. C. M., a fin de alcanzar un acuerdo indemnizatorio.

NOVENO.- Previo traslado de las contestaciones de los Drs. P. y G. M., la reclamante presenta escrito de alegaciones el 11 de mayo de 2004 (registro de entrada en la Delegación de Gobierno en Murcia), en el que concluye que de las respuestas de los dos facultativos se desprende que, en la época en que ocurrieron los hechos, era frecuente que se suspendieran muchas intervenciones quirúrgicas debido a la falta de espacio en el servicio de reanimación, correspondiendo la responsabilidad a la Administración, y que debido a que se suspendió la intervención del Sr. C. M., que no se había programado con carácter urgente, no se pudo verificar que la dolencia que padecía era una afección biliar, y que de haber contado con los medios suficientes se habría podido operar al paciente en la fecha prevista y éste habría tenido, al menos, una oportunidad de recuperarse.

DÉCIMO.- Constan asimismo dos correos electrónicos de la compañía de seguros: el primero, de 24 de septiembre de 2004, que informa que se continúa en negociaciones con la familia y que éstas se dilatan en el tiempo al tratarse de un fallecimiento; el segundo, de 4 de octubre de 2005, que comunica que no se ha alcanzado un acuerdo con la letrada del fallecido.

UNDÉCIMO.- Previo escrito de la reclamante en el que se solicita información acerca del estado de la tramitación del expediente (folios 127 y 128), se otorga trámite de audiencia a las partes interesadas el 18 de octubre de 2005 (registro de salida), presentando alegaciones aquélla el 22 de noviembre siguiente en el que señala que el retraso en la intervención quirúrgica de D. J. C. M. se debió tanto a que no se había prescrito con carácter de urgencia como a la falta de quirófanos libres y espacio en los servicios de reanimación; que todo el tiempo que estuvo el paciente ingresado no permaneció continuamente con la tez amarilla propio de la metástasis hepática, lo que debía haber conducido a los facultativos a cuestionar su diagnóstico de cáncer; que en la época que se produjo el fallecimiento era frecuente la suspensión de intervenciones quirúrgicas por falta de espacio en el servicio de reanimación; y, finalmente, que de haber podido operarlo, como estaba previsto, se habría podido comprobar que lo que padecía era una colecistitis aguda, y, con el tratamiento adecuado, habría tenido al menos una oportunidad de recuperarse.

DUODÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 7 de febrero de 2006, estima parcialmente la reclamación patrimonial interpuesta por D. J. L. A., por considerar que concurren los requisitos esenciales y generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la cuantía de 46.533,33 euros.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 10 de marzo 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, plazo y procedimiento.

La condición de interesada de D. J. L. A. para ejercitar la acción de reclamación, conforme a 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), se acredita documentalmente en el expediente mediante copia del libro de familia acreditativo del parentesco entre la interesada y el finado.

Aunque la gestión del centro al que se imputa el mal funcionamiento del servicio público dependía de la Administración General del Estado durante la mayor parte de la asistencia sanitaria prestada al paciente, sin embargo, al haberse transferido a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud por Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, con efectividad a partir de 1 de enero de 2002, la Administración regional ostenta tal legitimación, dando por reproducidas las consideraciones del Dictamen n.º. 65/02 del Consejo Jurídico.

En cuanto al plazo, la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el óbito del paciente se produjo el 8 de enero de 2002 (folio 18), y la acción de reclamación se presentó el 28 de octubre siguiente.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP, sin que pueda justificarse dicha tardanza en el mantenimiento de conversaciones con la aseguradora por parte de la reclamante, cuando ésta no solicitó, en ningún momento, la paralización del procedimiento de responsabilidad patrimonial a la Administración regional.

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

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

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

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

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 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, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

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

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

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos: la omisión de medios y el error de diagnóstico.

La reclamante imputa a la Administración sanitaria, y al personal médico a su servicio, una doble infracción de la *lex artis* que exigía, en aplicación al caso concreto, que se hubiera actuado de modo diferente a como se hizo.

Concretamente la reclamante maneja dos criterios de imputación:

- No se utilizaron todos los medios que estaban a disposición del profesional en el lugar y en el momento en que se produce la asistencia, por cuanto se suspendió la intervención quirúrgica prevista que se le iba a practicar al paciente por problemas en el servicio de reanimación (falta de camas), cuando dicha intervención podía haber solucionado la infección de vías biliares que se le había diagnosticado inicialmente. Reprocha al Servicio Murciano de Salud la falta de medios personales y materiales que se detectaron al ingreso del paciente (puente de la Constitución y Navidad).

- Se diagnosticó erróneamente un cáncer terminal aplicando únicamente al paciente cuidados paliativos, cuando la necropsia realizada después de su fallecimiento ha confirmado que no tenía ningún cáncer.

De dichas actuaciones de la Administración y del personal a su servicio infiere una innegable relación de causalidad con el resultado dañoso que se ha producido (el fallecimiento de su marido).

1º. Sobre el primer criterio de imputación relativo a la omisión de medios, se ha constatado en el expediente (informe clínico de alta por *exitus*) que el paciente, de 64 años de edad y sin antecedentes clínicos dignos de resaltar, ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca por un cuadro de dolor abdominal epigástrico, realizándole una ecografía abdominal urgente que mostró un hígado y vía biliar normales, y una vesícula biliar ocupada por material ecogénico, sin que se pudiera precisar la situación del páncreas por distensión de asas intestinales. Tras mejorar su situación clínica y analítica, y tras la realización del estudio preanestésico, se le prescribe cirugía de vía biliar que se le iba a realizar el día 13 de diciembre de 2001. Efectivamente, como reprocha la reclamante, se suspendió la intervención quirúrgica -que estaba programada aunque no con carácter urgente-, por problemas en el Servicio de Reanimación, concretamente por falta de camas (folio 77). Dicha intervención, según la contestación del Dr. G. M., médico Adjunto de Cirugía General y del Aparato Digestivo II, a una de las preguntas formuladas por la reclamante (octava) tenía como finalidad realizar cirugía de vía biliar y así averiguar en realidad la situación de ésta y del páncreas. La intervención suspendida es programada de nuevo para cirugía el día 18 de diciembre de 2001, pero no se realiza por el empeoramiento de la situación general del paciente a causa de una insuficiencia renal, caída del hematocrito y hemoglobina, y reaparición del dolor abdominal.

Sobre las consecuencias de la suspensión de la intervención en la evolución del enfermo, coinciden los dos médicos intervinientes (los Dres. G. M., ya citado, y P., Jefe de Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo II del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”) en su contestación, ante la pregunta formulada por la reclamante (“que al ser una afección biliar lo que padecía el Sr. C. se podía haber tratado normalmente a partir de la intervención quirúrgica”), aseverando que ciertamente, de haber superado sin dificultades la intervención programada para el día 13 de diciembre de una patología biliar complicada, podría haber respondido mejor a los tratamientos que se le aplicaron, aunque sin afirmar categóricamente su sanación (Dr. P.). Expresamente el Dr. G. M. reconoce que de haber podido operar al Sr. C. M. éste habría tenido al menos una oportunidad de recuperarse.

De lo anterior se infiere que la suspensión de la intervención por falta de camas en el Servicio de Reanimación, atribuible a problemas de organización o a la falta de medios, produjo una pérdida de oportunidad al paciente, de acuerdo con el criterio de los médicos intervinientes, sin que se haya probado en el expediente por la Administración, a quien incumbe su probanza (Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999), que la falta de camas en el Servicio de Reanimación para una operación programada por uno de los servicios pueda considerarse como una causa de fuerza mayor que conlleve la ruptura del nexo causal, por lo que ha de entenderse que se ha producido lo que se conoce como falta objetiva del servicio, es decir, funcionamiento defectuoso no imputable a sujeto concreto alguno, sin que puedan ser trasladables al paciente las consecuencias derivadas de falta de coordinación (Dictamen del Consejo de Estado núm. 2357/2001, de 25 de octubre), y sin que el paciente tenga el deber jurídico de soportar el daño derivado del retraso de la intervención, que luego fue imposible realizar por el empeoramiento posterior del enfermo.

2º. Sobre la existencia de error de diagnóstico (cáncer en fase terminal), conviene aclarar, de acuerdo con la Inspectora Médica, que el diagnóstico del Dr. G. M. se basó no en criterios personales, sino en las pruebas realizadas (tanto la TAC como la ECO) que coincidían, cuya fiabilidad conjunta en el diagnóstico es de un 80%, por lo que el facultativo consideró al paciente como no operable y sólo subsidiario de cuidados paliativos. Pese a ello la Inspección Médica sí ha reconocido cierta deficiencia en la praxis médica, que motiva su parecer favorable a la estimación de la reclamación, no tanto por la intervención suspendida, que considera que no aumentó el riesgo del paciente, sino que en ningún momento se sospecha, cuando el paciente empieza a empeorar a partir del día 17 de diciembre, de la existencia de posibles complicaciones de una colecistitis (gangrena y absceso que finalmente fue diagnosticado), pese a que la ECO de urgencia realizada el 8 de diciembre de 2001 informó de colelitiasis e hígado normal sin lesiones focales evidentes, de lo que resultaba un diagnóstico claro y coincidente con la sintomatología que presentaba el paciente cuando ingresó y se programó para su intervención. Por ello, achaca a los facultativos que no consideraran la posibilidad de una complicación en la colecistitis aguda, sobre todo con una ECO previa de 11 días antes que indicaba litiasis e hígado sin evidencias focales, y que la cirugía no se planteara como tratamiento posible (en el caso de formación de un absceso, gangrena o perforación es necesaria la cirugía inmediata), aun cuando probablemente la cirugía, debido a insuficiencia renal y la caída de hematocrito y hemoglobina, habría sido de alto riesgo. A lo anterior debemos añadir lo señalado por el Dr. G. M. al contestar afirmativamente cuando se le pregunta si de haber contado con los medios suficientes para operar se habría podido corregir el diagnóstico erróneo de cáncer y verificar que lo que padecía era una colecistitis aguda.

El examen conjunto de las dos imputaciones ponen en evidencia una pérdida de posibilidades u oportunidades terapéuticas, que nos conduce a la conocida doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria (STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998), que afecta esencialmente a los supuestos de error de diagnóstico y o diagnóstico tardío, y a los de tratamiento y asistencia tardía. En el campo médico se habla de la pérdida de oportunidad de vida o curación para significar aquellos casos en que por la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más completo, etc. se ha privado al paciente de una posibilidad de curación.

QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.

La consecuencia de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidad, como sostiene la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de octubre de 2003: *“Por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de la oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la lex artis se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente; el hecho de que se valore, exclusivamente, esta circunstancia obliga a que el importe de la indemnización deba acomodarse a esta circunstancia y que se modere proporcionalmente con el fin de que la cantidad en la que se fije la indemnización valore en exclusiva este concepto indemnizatorio”*; también como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de abril de 2002: *“pérdida de oportunidades o expectativas de curación lo que significa que no es pertinente condenar a la Administración sanitaria como si el daño íntegro fuera atribuible a la misma, sino en una proporción resultante de una valoración aproximativa de las probabilidades de éxito que se hubiesen derivado del tratamiento correspondiente a un diagnóstico acertado”*.

La valoración de tal pérdida de oportunidades, necesariamente compleja, ha de basarse en criterios orientativos y equitativos, toda vez que la reclamante no justifica en criterio alguno la cuantificación de la indemnización que solicita (261.221,15 euros), cuando incumbe a la parte reclamante la carga de probar los elementos de cuantificación del daño en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

Como reiteradamente ha señalado el Consejo Jurídico cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, y el sistema de valoración de daños en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que ha de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño (por todos, nuestro Dictamen núm. 69/2004). Con este carácter ha de interpretarse la referencia contenida en el último considerando de la propuesta de resolución “Que es de aplicación la Resolución de 21 de enero de 2002, de la Dirección General de Seguros (...)”.

El Consejo Jurídico considera aceptable la valoración propuesta por el órgano instructor, resultado de aplicar el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (indemnizaciones básicas por muerte), correspondiente al año 2002, fecha del fallecimiento, atendiendo a la edad del fallecido, reduciendo la cantidad en un 50% (en ausencia de un porcentaje distinto motivado en el expediente), conforme propusimos en nuestro Dictamen núm. 4/2006. De la aplicación de tales criterios resulta la cantidad a indemnizar a la reclamante (46.533,33 euros), que habrá de 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 dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración, procediendo a la estimación parcial de aquélla.

SEGUNDA.- Se considera justificada la cuantía indemnizatoria propuesta de 46.533,33 euros, que deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 72/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. J. C. F., en nombre y representación de su hija menor de edad C. R. C., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/05/06

Extracto de Doctrina

Es doctrina reiterada del Consejo Jurídico, en relación con los accidentes escolares, que se ha de partir de la base de que la indemnización por los días de baja de la menor no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, sino en función de la afectación a su actividad, es decir, los días en que los alumnos no pudieron asistir a clase y aquellos otros en los que, aun cuando acudiera a clase, su ejecución le pudiera resultar molesta, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 94/03.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de abril de 2005, D. M. J. C. F., en nombre y representación de su hija C. R. C., entonces menor de edad (17 años), presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos con motivo de un accidente escolar ocurrido el 28 de octubre de 2004 en el Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) “Jiménez de la Espada” de Cartagena, que describe del modo siguiente: *“El pasado día 28 de octubre de 2004, sobre las 10 horas de la mañana, una farola de grandes dimensiones que se encontraba en el patio del Centro se derrumbó debido a que la base de su estructura estaba totalmente oxidada, golpeando en la cabeza de mi hija, con resultado de traumatismo cráneo-encefálico con herida inciso-contusa en cuero cabelludo y cervico-dorsalgia postraumática. Inmediatamente ocurrido el siniestro, mi hija fue trasladada de urgencia al Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, con fecha de ingreso a las 10,58 horas de la mañana”.*

Imputa al funcionamiento del servicio público docente que las instalaciones del centro no se encontraran en las condiciones óptimas, y que se trata de daños que la alumna no está obligada a soportar.

Reclama la cantidad de 6.470,52 euros, más los intereses legales desde la interposición del escrito de reclamación, sin perjuicio de la ulterior liquidación para el caso de que el seguro escolar no abone los gastos médicos y sanitarios, y propone como prueba documental la que acompaña al escrito de reclamación (entre otras, la solicitud de prestación del seguro escolar cursada por el IES), e informe a los servicios técnicos, así como la testifical de las personas que relaciona.

SEGUNDO.- La instructora recaba el informe del IES sobre los hechos ocurridos, que remite dos informes elaborados por la dirección del centro tras el accidente fechados en octubre y el 4 de noviembre de 2004, que coinciden en el relato de los hechos, que transcribimos a continuación:

“El pasado día 28 de octubre, jueves, durante el primer recreo de la mañana, una farola de las tres que había en la entrada del Centro, dentro del recinto vallado del edificio, se desplomó y vino a golpear en la cabeza a una alumna de 2º de bachillerato que en ese momento entraba al Instituto. El golpe lo recibió del fuste, no del capitel de la farola, lo que habría sido más peligroso, y le abrió una brecha en la cabeza por la que brotó bastante sangre.

Se le atendió con toda rapidez trasladándola al hospital en ambulancia, donde le hicieron las curas de urgencia (algunos puntos de sutura) y le prescribieron reposo y observación durante cuarenta y ocho horas.

Era la hora del recreo y los alumnos de bachillerato entraban y salían en ese momento por la puerta cancela de la valla exterior. La alumna C. R. se incorporaba en ese momento al Centro. No había asistido a las dos primeras clases. El conserje estaba en la puerta controlando que no salieran del Instituto los alumnos de la ESO (no autorizados) y fue junto a él donde sucedió el hecho.

La farola, se vio después, estaba oxidada por la base soldada a la placa en la que está anclada; dicha base está cubierta por una caperuza que le sirve para aislar los cables y para darle cierta estabilidad; pero la caperuza sola no puede sostener una farola de unos cuatro metros.

Procedimos inmediatamente a retirar las otras dos farolas, por si tenían el mismo problema. Vimos que estaban en buen estado y aún así las retiramos siguiendo órdenes del Director General de Centros.

Investigando un poco más, supimos que el día anterior un grupo de alumnos del Centro habían estado moviendo la farola, la llegaron a inclinar y la dejaron luego vertical, sin advertir del problema a la Dirección del Centro.

Es curioso que media hora antes del accidente el Director había pedido a un maestro de obras que le pintara las farolas después de hacer algunas reparaciones en la verja y tapia del Instituto” (folios 63 y 64).

TERCERO.- Requerido el Arquitecto Jefe de la Unidad Técnica de Centros Educativos para que realizara una visita de inspección al IES al objeto de recabar datos sobre la caída de la farola, informa el 15 de noviembre de 2004 lo siguiente (folio 66): “Se apre-

cia, en la parte baja del báculo en una zona sobre el refuerzo de las cartelas de éste con la placa base, cierto grado de corrosión en el perímetro del tubo que podía comprometer su estabilidad ante algún esfuerzo horizontal aplicada (sic) al báculo, como así parece sucedió el día anterior, según manifiesta el Director del centro.”

CUARTO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, que se realizó mediante fax de 27 de julio de 2005, acompañando los documentos nuevos del expediente (folio 72), presenta escrito de alegaciones el 8 de agosto siguiente reiterando los argumentos esgrimidos en el escrito de reclamación, solicitando que se dicte acuerdo indemnizatorio por la cuantía reclamada y reitera el recibimiento a prueba con las propuestas en el escrito de reclamación si bien, en relación con el informe de los servicios técnicos, solicita que se complete con la aclaración de si la farola pertenecía o no al Ayuntamiento de Cartagena.

QUINTO.- La propuesta de resolución, de 8 de febrero de 2006, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial por una cuantía indemnizatoria de 3.910,09 euros, más la actualización correspondiente, al considerar acreditado el nexo causal entre el daño sufrido por la alumna y el funcionamiento del servicio público educativo.

SEXTO.- Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, se adoptó el Acuerdo núm. 2/2006, de 27 de febrero, que solicitaba a la Consejería consultante que completara el expediente con suspensión del plazo para emitir el Dictamen, informando acerca de los días que estuvo la alumna sin asistir a clase, y si se extendió al periodo de rehabilitación y, en su caso, si el accidente afectó a su rendimiento escolar en el primer trimestre. También se indicaba la conveniencia de otorgar un nuevo trámite de audiencia a la reclamante si se aportaran al expediente hechos o documentos nuevos.

SÉPTIMO.- Con fecha 22 de marzo de 2006 se han remitido por la Consejería consultante las actuaciones complementarias que se detallan seguidamente:

-Informe del Director del IES, de 9 de marzo de 2006, relativo al grado de afectación de la alumna tras el accidente escolar.

-Trámite de audiencia a la reclamante, presentándose un escrito de alegaciones por parte de la accidentada, ya alcanzada la mayoría de edad, quien manifiesta la extemporaneidad de este trámite porque el expediente se encuentra pendiente de resolución judicial en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Uno de Cartagena, así como reitera todas las alegaciones efectuadas en el anterior trámite de audiencia.

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.- Legitimación y plazo.

La solicitud fue formulada por persona legitimada para ello, pues la reclamante es madre de la alumna accidentada y, al ser ésta menor de edad cuando ocurrieron los hechos,

le corresponde ejercitar su representación legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil. En todo caso, la falta de acreditación documental de la relación de parentesco que se infiere, por otra parte, de otros datos del expediente, queda suplida al haber ratificado también la alumna el escrito de reclamación, así como las alegaciones presentadas a los trámites de audiencia otorgados, una vez alcanzó la mayoría de edad.

La legitimación pasiva de la Administración regional, en cuanto titular del servicio docente al que pertenece el IES, no ha sido cuestionada por la Consejería consultante, al encontrarse la farola en el interior del recinto escolar, en su condición de titular del inmueble donde se presta el servicio público educativo y bajo cuya vigilancia se produjo el accidente. Tampoco ha contribuido la instrucción del presente expediente a clarificar si correspondía a la Administración regional la conservación de tales elementos del mobiliario, y, en su caso, la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Cartagena, pese a que la reclamante propuso, como prueba documental, solicitar informe complementario a la Unidad Técnica de la Dirección General de Enseñanzas Escolares que clarificara esta cuestión que, conviene recordar, fue objeto de consideración por el Consejo Jurídico, entre otros, en el Dictamen núm. 93/2004.

Finalmente, en lo que respecta al plazo de prescripción de la acción, ésta 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), pues la estabilización de las secuelas data de 19 de enero de 2005 y la acción se ejercitó el 22 de abril siguiente.

TERCERA.- Procedimiento.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial ha de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 6 y siguientes del Reglamento del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (en lo sucesivo RRP), habiéndose detectado algunas deficiencias en su tramitación, concretamente en la admisión y práctica de las pruebas propuestas por la reclamante, aunque el Consejo Jurídico considera que no debe ser motivo para la retroacción del procedimiento por las siguientes razones:

1ª) Pese a que la reclamante solicitó el recibimiento a prueba en el escrito de reclamación, concretando aquellas de las que pretendía valerse, ni se practicó la testifical de algunas de las personas citadas, ni se adoptó acuerdo motivado del órgano instructor rechazándolas por considerarlas improcedentes o innecesarias, como exige expresamente el artículo 9 RRP, a pesar de haber sido nuevamente reiterada su práctica en el escrito de alegaciones al trámite de audiencia.

2ª) La importancia de practicar las pruebas propuestas por los interesados ha sido puesta de manifiesto de forma reiterada por el Consejo Jurídico, entre otros en sus Dictámenes números 147 y 190 del año 2005, que motivó, en aquellos expedientes, que se aconsejara la retroacción del procedimiento para completar la instrucción.

Sin embargo, en el presente no se recomienda la misma solución por cuanto la propuesta de resolución estima la reclamación formulada, entendiendo que la falta de la práctica de determinadas pruebas testificales, orientada a sustentar las pretensiones de la interesada, no ha producido indefensión en la parte reclamante (artículo 63.2 LPAC), pues conviene tener en cuenta que tanto la Dirección del IES como la Con-

sejería consultante reconocen los hechos que motivan el accidente y, esta última, su responsabilidad.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto ante el Juzgado correspondiente el recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, alegada por la reclamante en el último trámite de audiencia sin que manifieste que ha recaído sentencia, no elimina la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 41.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues la reclamante podría desistir con fundamento en la aceptación de la resolución expresa o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que se actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

Por último, la tramitación del seguro escolar por parte del IES, que ha cubierto unas prestaciones determinadas (sanitarias según folio 41), es perfectamente compatible con el presente expediente de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que afirma la compatibilidad entre las prestaciones del sistema de la Seguridad Social y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas con base en la diferente naturaleza de ambas instituciones y en el llamado principio de indemnidad (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991, dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo y de 17 de abril de 1998, ésta de la Sala Tercera), como tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen núm. 54/2006.

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

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC (artículos 139 y 141.1) se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley.

Aplicados los requisitos expuestos al presente supuesto, resulta:

1) La acreditación de la realidad del daño.

Como consecuencia de la caída de una farola en el IES “Jiménez de la Espada” de Cartagena, la alumna reclamante sufrió un traumatismo craneoencefálico con una herida inciso-contusa en región frontoparietal media, que precisó 8 puntos de sutura (folios 7 y 8 correspondientes al Informe de Alta del Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell y certificado médico del Seguro Escolar, respectivamente).

2) Funcionamiento del servicio público y relación de causalidad.

La imputabilidad a la Administración de la actividad, entendiéndose la referencia al “funcionamiento de los servicios públicos” como comprensiva de toda clase de actividad, incluida la actuación por omisión o pasividad, y que ésta haya sido determinante de la producción del efecto lesivo.

En el presente supuesto se aprecia una situación de ineficiencia administrativa en la conservación y mantenimiento de las instalaciones escolares para eliminar toda fuente de riesgo.

Por tanto, debe concluirse en la existencia de nexo de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público, puesto que el mal estado de la farola fue la causa adecuada del daño, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos (STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 21 de enero de 2002).

La misma conclusión alcanzan, en supuestos de defectos en las instalaciones, las sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Murcia, de 13 de mayo de 1998 (Sección 2ª); de Andalucía, de 28 de diciembre de 1997; y de Navarra, de 16 de noviembre de 1999. También el Consejo de Estado, en sus Dictámenes números 1903/1998, 454/1998, 3329/1999, y el Consejo Consultivo Valenciano (Dictamen núm. 385/2001).

3) Antijuridicidad del daño.

El daño sufrido por la alumna como consecuencia del funcionamiento del servicio público es antijurídico, ya que el riesgo inherente a su utilización ha rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, no existiendo entonces el deber del perjudicado de soportar el daño (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 21/02) y, en el presente supuesto, se ha probado la concurrencia de elementos adicionales de riesgo que determinan la conexión del daño alegado con el servicio público educativo, siendo dicho título de imputación un criterio utilizado por el Consejo de Estado para imputar la responsabilidad a la Administración titular del centro, porque las instalaciones escolares deben reunir las condiciones de seguridad necesarias para evitar cualquier tipo de riesgo a la integridad física de los alumnos (Dictamen núm. 3364/2000). En este mismo sentido, el Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 120/03.

QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.

Reconocida la responsabilidad de la Administración educativa se suscita la problemática del modo de determinarla para el supuesto de accidentes escolares.

El Consejo Jurídico ha señalado de modo reiterado (por todos los Dictámenes números 134/2004 y 187/2005) lo siguiente:

- 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 todos los daños alegados y probados por la reclamante.

- La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

- 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 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).

También es doctrina reiterada del Consejo Jurídico, en relación con los accidentes escolares, que se ha de partir de la base de que la indemnización por los días de baja de la menor no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, sino en función de la afectación a su actividad, es decir, los días en que los alumnos no pudieron asistir a clase y aquellos otros en los que, aun cuando acudiera a clase, su ejecución le pudiera resultar molesta, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 94/03. Por ello, señalamos en nuestro Dictamen núm. 134/04: *“En el caso de accidentes escolares, se mantiene el criterio de valorar la incapacidad por afectación al rendimiento escolar conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, la doctrina del Consejo de Estado y la de otros órganos consultivos autonómicos (...)*.

Congruente con la doctrina expuesta, y para la correcta determinación del *quantum* indemnizatorio, el Consejo Jurídico solicitó que se completara el expediente con la información acerca de los días que la alumna estuvo sin asistir a clase, y si dicha ausencia se extendió al periodo de rehabilitación, así como en qué medida el accidente afectó a su rendimiento escolar en el primer trimestre, pues constituían datos básicos a estos efectos, que no figuraban en el expediente, ya que ni se habían aportado por la reclamante, ni se habían solicitado por parte del órgano instructor. Resultado de dicho trámite es el informe del Director del IES, de 9 de marzo de 2006, que aclara dichos extremos sobre la base de la información suministrada por los profesores, la alumna accidentada, y su expediente académico. Tal información, conjuntamente con el informe de Alta del C. M. V. C., en su condición de centro concertado con la mutualidad del seguro escolar, que atendió a la alumna tras el accidente, en contraste con el informe pericial aportado por la reclamante, constituyen la base documental para el establecimiento de la cuantía indemnizatoria.

En consecuencia, de acuerdo con las partidas reclamadas en el presente supuesto, resulta:

1º) Días improductivos para su actividad escolar.

La reclamante los concreta en 40, y solicita, por este concepto, la cantidad de 1.891,20 euros, aplicando la cuantía diaria de 47,28 euros, correspondiente a la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 7 de febrero de 2005, por la que se da publicidad a las cuantías de indemnización por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar, durante 2005, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación (en lo sucesivo baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico).

Las razones que se esgrimen por parte del informe pericial (E.), aportado por la reclamante, para que dichos días sean considerados improductivos es que las lesiones o síntomas dificultaban el desarrollo normal de actividades de la vida diaria.

La propuesta de resolución no acoge dicha distinción entre impositivos y no impositivos para sus actividades habituales, y convierte todo el periodo (83 días) en 40 días impositivos, pero aplicando las cuantías indemnizatorias de los no impositivos; se advierte, no obstante, ciertas contradicciones en dicha propuesta al considerar todos los días como impositivos, cuando expresamente señala que no se justifican los impedimentos sufridos por la alumna, y cuando indica que no se derivan del accidente alteraciones o dificultades de carácter permanente para la realización de la vida diaria, si bien omite que esta última manifestación del informe pericial se refiere al periodo posterior a la estabilización de las secuelas.

La determinación de 40 días como impositivos para sus actividades habituales, propuesta por la reclamante, es contradicha por los siguientes datos obrantes en el expediente:

- El informe de Alta del Área de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell, tras remitir el mismo día a la alumna a su casa, señala que debía guardar reposo durante 24 horas, y que los primeros puntos se le retirarían en 6 días y el resto en 8 días (folio 7). Como datos importantes a resaltar es que la alumna no perdió la consciencia, y que la radiografía realizada en el citado Hospital no informa de lesiones óseas (folio 39).

- Según el informe del Director del Centro, de 9 de marzo de 2006, la alumna se incorporó a clase a los 10 días, coincidiendo con el hecho de que sus compañeros de curso se fueron de viaje de estudios, si bien señala que ella tenía decidido con anterioridad no ir a dicho viaje. En todo caso la alumna se reincorporó a los 10 días, al mismo tiempo que sus compañeros.

Por lo expuesto, el Consejo Jurídico sólo considera acreditados como días impositivos para sus actividad habitual (conviene recordar que el concepto de impositivo es aquel que la accidentada está incapacitada para realizar su actividad habitual, pero no que “dificulten la misma” como dice el informe pericial) los 10 días señalados, que coinciden aproximadamente con los de la retirada de los puntos en su totalidad, y con la prescripción de rehabilitación por parte del C. M. V. C., por presentar la alumna dolor en cuello y región dorsal.

Con carácter indicativo no encuentra obstáculo el Consejo Jurídico para que se aplique la cuantía indemnizatoria del baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico para los días impositivos, como sostiene la reclamante, puesto que incluye daños morales y, como transcribe el informe del Director del IES, la alumna estuvo un “poco afectada tras el accidente” tal y como relata: *“me dice también que después del accidente estuvo un poco afectada no tanto por las molestias físicas cuanto por el clima que se generó tras él: se interesaron todos los medios de comunicación, a casa la llamábamos desde el Instituto, la asociación de padres”*, etc. No obstante, la cuantía debe ser la correspondiente al año 2004 (45,913 euros), según Resolución de 9 de marzo de 2004, sin perjuicio de la posterior actualización.

En aplicación de lo expuesto resultaría una partida por este concepto:

-10 días x 45,813 = 458,13 euros.

2º) Días no impositivos para asistir a clase en los que la alumna padeció molestias derivadas el accidente.

Se ha acreditado en el expediente que el periodo restante hasta el alta médica (73 días reclamados, excluidos los 10 impositivos) la alumna presentaba molestias que, induda-

blemente, afectaron a su vida personal, conforme a las siguientes incidencias detalladas en el certificado médico para el seguro escolar emitido por el C. M. V. C., en su condición de centro concertado (folio 9):

“3/11/04.

Acude a nuestro centro médico por dolor en cuello y región dorsal desde el accidente, presentando también dolor en las piernas de aparición más reciente.

5-11-2004: Dr. J..

Tras valoración inicial se la deriva a rehabilitación para la realización de 15 sesiones de fisioterapia a nivel cervical y dorsal.

10/12/2004: Dr. J..

La lesionada sigue refiriendo dolor en la musculatura lateral del cuello y de la espalda, con giros del tronco. También refiere que en ocasiones presenta chasquidos en las articulaciones de la mandíbula. Presenta dolor a la palpación de la musculatura paravertebral. Movilidad del cuello: molestias en las rotaciones del mismo. Se le prescribe de nuevo un ciclo de 10 sesiones de fisioterapia a nivel cervical y dorsal.

19/01/2005: Dr. J..

Tras el tratamiento realizado la lesionada refiere dolor en la región dorsal (...) Con esta fecha y considerando el proceso estabilizado se procede al alta médica de la lesionada. Se le proporcionan tablas de ejercicio para su realización en el domicilio”.

En consecuencia los restantes días reclamados por la reclamante (73 excluidos los ya considerados como impeditivos) hasta el alta médica que data de 19 de enero de 2005, han de ser considerados como no impeditivos, por cuanto si bien la alumna presentaba dolor en el cuello y región dorsal desde el accidente, que motivó la prescripción inicial de 15 sesiones de rehabilitación, ampliadas posteriormente, según se ha detallado, sin embargo durante dicho periodo la alumna asistió a clase según explica el informe de la Dirección del Centro de 9 de marzo de 2006, sin que tampoco afectara al rendimiento escolar del segundo trimestre conforme al precitado informe.

Por este concepto (aplicando el baremo correspondiente al 2004, año del accidente) resulta una partida de 1.800,983 euros (73 días por 24,671 euros), careciendo de sentido incrementarla, como solicita la reclamante, con un 10% por el factor de corrección, pues dichos coeficientes no guardan ninguna relación con la actividad escolar, y sí con los perjuicios que se irrogan a los lesionados por la imposibilidad de realizar su actividad profesional o laboral ordinaria; además la utilización del baremo de accidentes de tráfico es a meros efectos ilustrativos pero poniéndolo en relación con la concreta materia que ahora nos ocupa (menor escolarizada).

3º) Secuelas.

Solicita la reclamante la cantidad de 3.290, 01 euros en concepto de secuelas por algias postraumáticas que afectan a la región cervical dorsal y lumbar (3 puntos), y por las alteraciones que se derivan de la cicatriz como dolor y molestias al peinarse (1 punto), de acuerdo con el informe pericial que aporta.

Dado que su alcance y valoración no han sido cuestionadas por la propuesta de resolución y que el informe de Alta del C. M. V. C. coincide en la valoración de dichas secuelas (folio 13), el Consejo Jurídico considera la conformidad de dicha partida, a excepción del incremento del factor de corrección del 10% por las razones arriba expresadas.

Por tanto, esta partida ascendería a 2.898,184 euros (724,546 euros por 4 puntos).

4º) Otros gastos.

La reclamante solicita 59,95 euros en concepto de gastos farmacéuticos, si bien el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que dichos gastos pueden ser cubiertos por el seguro escolar conforme a su normativa y, por tanto, deben reconducirse a dicha cobertura.

Por último también se considera resarcible el gasto reclamado por los desplazamientos en taxi, coincidentes con días de consulta, conforme a la propuesta de resolución, por valor total de 25,1 euros.

En consecuencia, el Consejo Jurídico estima una cuantía indemnizatoria total de 5.182,39 euros, que habrá de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, en los términos recogidos en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumna y la prestación del servicio público educativo

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria asciende a la cantidad de 5.182,39 euros, sin perjuicio de la actualización que proceda, conforme a lo establecido en la Consideración Cuarta.

TERCERA.- Se recomienda a la Consejería consultante una actuación coordinada con la Dirección de los Servicios Jurídicos ante la interposición del recurso contencioso administrativo por parte de la reclamante.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 73/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a R. G. B., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. P. G., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 08/05/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 74/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. D. T. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad C. D. T. M., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 08/05/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 75/06.- 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: 08/05/06

Extracto de Doctrina

La STC núm. 30/1986, de 20 de febrero, sobre el juicio de pertinencia de la prueba, se expresa de la siguiente manera:

“Con respecto a ella cabe destacar que el artículo 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de “utilizar los medios de prueba pertinentes” en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación”.

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.

Ante la insostenible situación y la falta de respuesta por parte de la administración sanitaria, el 29 de abril de 2003 se trasladaron al H. 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 del H. S. J. 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 del 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 (tetrazepam, relajante muscular): 1 comprimido por la noche.

–Aspitopic 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 confusional.”

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:

“1.º D. J. M. S. M. consultó en tres ocasiones en los servicios públicos de salud por un cuadro de lumbalgia de corta evolución.

2. 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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).

6. 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. .

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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 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 H. 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 H. 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.- Con fecha del registro de entrada de 21 de junio de 2004, la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana solicitó que se le remitiesen los antecedentes de la responsabilidad patrimonial, dado que la interesada también había promovido acción frente a dicha administración.

QUINTO.- La propuesta de resolución concluye en desestimar la reclamación patrimonial interpuesta, por no concurrir los requisitos determinantes de su nacimiento. En concreto, y con apoyo en los informes de la Inspección Médica y de la compañía de seguros, niega que exista error de diagnóstico.

SEXTO.- 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 3 de febrero 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 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, am-

bos 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, no suscita duda que 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, y 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.

Desde el ángulo procedimental, alegan los reclamantes que el rechazo a la práctica de la prueba testifical propuesta supone infracción de su derecho constitucional a la defensa, cuestión que es preciso abordar con carácter preferente. Tal problemática fue en parte tratada por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes 147 y 190, ambos de 2005, en los que se destacaron las siguientes características de la prueba en el procedimiento administrativo, que conviene recordar:

- Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y, por tanto, por cualquiera de los previstos en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

- 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).

El órgano instructor ha rechazado la práctica de la prueba testifical propuesta reiteradamente por la parte reclamante argumentando que en el procedimiento se enjuicia a los facultativos del Servicio Murciano de Salud, razón por la que ha de entenderse que estima innecesaria o manifiestamente improcedente la práctica de dicha prueba (art. 80.3 LPAC). La reclamante, por su parte, no señala en su escrito cuáles son los puntos de hecho a cuya prueba va dirigida la testifical cuya práctica propone.

Según dispone el artículo 360 LEC, las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio, a lo que añade el 370.4 que cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos, las cuales se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que

hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado (art. 376 LEC).

A tenor de tal regulación y no especificando la reclamante los hechos sobre los que debiera versar la declaración de los testigos propuestos, sólo cabe presumir que, dada su condición de profesionales de la medicina, declararían sobre el estado de salud del fallecido, hecho éste no controvertido, ya que resulta acreditado de la documental unida al expediente a solicitud de la propia parte reclamante.

No obstante, dados los términos del artículo 370.4 LEC, y la cualidad de los testigos propuestos, no cabe considerar manifiestamente innecesaria la práctica de dicha prueba, y menos tomando en consideración la pauta de prudencia recogida por la STC núm. 30/1986, de 20 de febrero, sobre el juicio de pertinencia de la prueba, que expresa de la siguiente manera:

“Con respecto a ella cabe destacar que el artículo 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de “utilizar los medios de prueba pertinentes” en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación”.

Pudiendo suceder que ese derecho fundamental se vulnere por la negación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del derecho reclamado (STC núm. 10/2000, Sala Primera, de 17 enero), considera el Consejo Jurídico que la prevención sobre tal riesgo es de por sí suficiente para no poder calificar la prueba testifical propuesta como manifiestamente improcedente e innecesaria (art. 80 LPAC), debiendo en consecuencia concluir en la retroacción del procedimiento, a fin de completar la instrucción con la práctica de dicha prueba.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Segunda, debiendo elevarse de nuevo la consulta para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 76/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. M. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 08/05/06

Extracto de Doctrina

El escrito de la interesada calificado como de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración posee, más bien, las características de la reclamación en queja a que se refiere el artículo 4.2 de la Orden de la Consejería de Sanidad de 26 de julio de 2005, sobre sugerencias, reclamaciones, quejas y agradecimientos formulados por los usuarios de servicios sanitarios, ya que en dicho escrito la interesada se limita a poner en conocimiento de la Administración unos hechos que entiende como asistencia sanitaria defectuosa, sin manifestar pretensión indemnizatoria alguna.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de mayo de 2003 la interesada presentó una reclamación ante la Unidad de Atención al Usuario de la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, aduciendo que el 2 de abril pasado, después de una extracción de sangre en el Consultorio de Puebla de Soto, notó disminución de la movilidad del codo y bastante dolor. Conforme pasaban los días, se le inflamaron las manos y el antebrazo hasta perder incluso los reflejos. Se sometió a varios tratamientos, pero ninguno ha sido efectivo hasta el momento, ya que no puede mover el brazo porque el dolor continuo y la inflamación del codo hacia abajo mejora o empeora según el movimiento de la mano, que también se inflama, y el movimiento de los dedos le duele, impidiéndole coger peso. Actualmente (a la fecha de la reclamación), se trata con medicamentos administrados por vía oral y tópica, además de aplicarse calor en el brazo, pero sin resultado efectivo.

Ante la reclamación se solicitó informe del enfermero que atendió a la paciente el cual indicó que la extracción fue normal, sin incidencias ni traumatismos, y que la interesada no manifestó dolor ni síntoma alguno, no haciéndolo tampoco cuando acudió a la consulta del médico ese mismo día y el 10 de abril, manifestando su primera queja el 21 de abril, cuando acudió a urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde se le diagnosticó de *flebitis superficial post extracción* de sangre.

Tal reclamación fue tramitada como de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que fue admitida a trámite mediante Resolución del Director-Gerente del Servicio Murciano de Salud de 24 de octubre de 2003, notificada el día 27 siguiente a la interesada y a la compañía aseguradora.

SEGUNDO.- En la instrucción del procedimiento se desarrollaron las siguientes actuaciones:

A) El 5 de abril de 2004 se remitió por el Gerente del Hospital Virgen de la Arrixaca, un escrito manifestando que los profesionales de dicho hospital no pueden hacer ninguna valoración de los hechos, puesto que el proceso de la paciente se ha seguido por el

médico de su Centro de Salud y por el neurólogo de zona, y sólo en ocasiones concretas ha sido atendida en dicho centro hospitalario; adjunta copia de la historia clínica de la reclamante.

B) En las hojas 22 y 43 de dicha historia clínica consta que el 21 de abril de 2003 fue diagnosticada en el servicio de urgencias de “*flebitis superficial post extracción*” de sangre.

C) El 15 de mayo de 2003, también en el servicio de urgencias, de “*posible epicondilitis*” (hoja 25).

D) En la hoja 40 de igual historia clínica consta un informe del Médico de Familia Dr. F. J. M. C., en el que se dice que “*la paciente estaba pendiente de la realización de una EMG (Electromiografía). Hasta que se realizó la prueba, la paciente fue mejorando paulatinamente. Finalmente el día 23/07/03, la paciente acudió a la consulta con la contestación del neurólogo de zona y el informe de la EMG que era normal. En dicha consulta refiere estar asintomática.*”

E) Constan, además, los siguientes antecedentes:

- Sufrió una caída por escalera en agosto del año 2000, con posibles artritis traumática en la mano derecha y tendinitis.

- El 20 de marzo de 2001 fue examinada en el hospital por el Dr. R. por sospecha de síndrome del túnel carpiano derecho ya que, año y medio antes, tuvo fractura de escafoides y de la base del tercer metacarpo tras una caída; desde entonces, refiere el indicado facultativo, presenta dolor a nivel de la palma de la mano derecha y parestesias difusas de predominio nocturno y en posturas mantenidas; también impotencia funcional en la mano derecha. En exploración sobre velocidad de conducción sensitiva y motora de nervios se apreció una neuropatía focal del nervio mediano derecho, a nivel del carpo, de grado muy leve.

F) El informe de la Inspección Médica indica, después de revisar ya analizar la documentación aportada, lo que sigue:

“*Se constata que Doña D. se sometió a extracción sanguínea el día 02/04/04 (sic; quiere decir 02/04/03) en su centro de Salud.*

La extracción sanguínea, transcurrió sin incidente alguno, según relata tanto el enfermero que realizó la extracción como Doña D..

El día 21/04/04 (sic; quiere decir 21/04/03), 20 días más tarde, la paciente comienza con sintomatología dolorosa a nivel de codo, antebrazo y mano derecha, acudiendo al Servicio de Urgencias del HUCA el día 21,26 y 28 de abril y 15 de mayo, donde tras ser explorada en cada ocasión, se establecieron distintos diagnósticos, que descartaban patología neurológica y reumatológica.

En cualquier caso, la sintomatología que produce la punción del nervio cubital en una extracción sanguínea, nunca es diferida, las parestesias y el dolor son de aparición inmediata.

La reclamante, hasta días más tarde no manifestó ninguna molestia o dolor. Acudió a su médico de cabecera el día 10/04/04, sin referir molestia alguna (hoja 43)”.

Concluye afirmando que *“no hay ninguna prueba que relacione la extracción sanguínea realizada a la paciente con la supuesta neuropatía focal que refería, y que posteriormente fue descartada como evidencia la EMG realizada el día 11/07/03 que fue completamente normal, sin observarse ningún signo de lesión de nervio periférico”*.

TERCERO.- Conferida audiencia a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, aportó informe médico en el que sus autores afirman que la técnica de la extracción se realizó correctamente, como lo demuestra el hecho de que no existieran incidencias durante la misma; 19 días después acude la paciente al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca y, durante el periodo que transcurre entre la extracción (2 de abril) y el 11 de julio siguiente, es valorada por distintos médicos (médico de cabecera, neurólogo, médico de urgencias, traumatólogo) no encontrando una causa definida para la sintomatología de la paciente. La flebitis inicialmente diagnosticada no justifica un cuadro tan prolongado. Por tanto, la paciente presenta un cuadro de dolor neuropático que no obedece a la lesión de ninguna estructura nerviosa concreta y que, por tanto, en su criterio, no se puede establecer como secundaria a la extracción sanguínea. Concluye que *“no se encuentran datos que relacionen el cuadro que presentó la enferma con la venopunción practicada, y mucho menos con que ésta se haya realizado de forma incorrecta. Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”*.

CUARTO.- Tras conferir audiencia a la reclamante sin que presentara alegaciones, el servicio instructor formuló, el 12 de diciembre de 2005, propuesta de resolución desestimatoria razonando que, a la vista del conjunto probatorio que obra en el expediente, la extracción se produjo de acuerdo con las normas habituales de su práctica, toda vez que de dicha documentación se desprende que los daños que sufre la reclamante no son consecuencia ni de una lesión directa por el traumatismo que supone la aguja, en cuyo caso la clínica habría comenzado en el momento de la punción, ni de una lesión secundaria, porque según la electromiografía practicada a la paciente, no existe lesión de ninguna estructura nerviosa concreta.

QUINTO.- En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 19 de enero.

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, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por persona legitimada y dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), establece para la prescripción del derecho a reclamar.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria y titular de los centros donde se atendió a la paciente.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido por la LPAC y el RRP para la tramitación de este tipo de reclamaciones, si bien ha de precisarse que el escrito de la interesada calificado como de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración posee, más bien, las características de la reclamación en queja a que se refiere el artículo 4.2 de la Orden de la Consejería de Sanidad de 26 de julio de 2005, sobre sugerencias, reclamaciones, quejas y agradecimientos formulados por los usuarios de servicios sanitarios, ya que en dicho escrito la interesada se limita a poner en conocimiento de la Administración unos hechos que entiende como asistencia sanitaria defectuosa, sin manifestar pretensión indemnizatoria alguna; por ello, hubiera sido apropiado seguir el procedimiento que para las quejas arbitra dicha Orden, sin perjuicio del derecho de la interesada a, en su caso, deducir posteriormente la acción de responsabilidad patrimonial.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

En cuanto al fondo del asunto, y dadas las características de la responsabilidad patrimonial sanitaria vertidas en numerosos dictámenes de este Consejo, es compartible la propuesta de resolución en cuanto que no se aprecia, de una parte, funcionamiento anormal del servicio en forma de inadecuada práctica de la *lex artis*, y, de otra, porque no se advierte conexión entre la dolencia diagnosticada a la interesada y los síntomas que dice padecer.

En efecto, según todos los pareceres emitidos durante la instrucción, la venopunción fue correctamente practicada. Así lo afirma el profesional que la hizo y lo ratifican los informes posteriores al indicar que la posible afección nerviosa provocada por la extracción es de efecto inmediato, y no cursa con la demora de 19 días con que la interesada dice padecerla. Junto a ello cabe apreciar que, de la historia clínica, no resulta que dicha interesada padeciera con posterioridad a la extracción dolencia alguna nerviosa - descartada por la electromiografía - que justificara sus síntomas, sino sólo una flebitis *post* extracción que la información médica aportada no relaciona con tales síntomas.

Por ello, procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria.

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 77/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. R. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 08/05/06

Extracto de Doctrina

Para poder apreciar la responsabilidad de la Administración en estos casos, el examen de la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de aquélla en la prevención de situaciones de riesgo primariamente ha de dirigirse a dilucidar si tal riesgo se da en el ámbito de responsabilidad o competencia de la Administración, es decir, si la norma la compele a actuar para evitar o minimizar el riesgo en la utilización de las carreteras; pero también, yendo más allá del contenido de las obligaciones que explícita o implícitamente imponen a la Administración competente las normas reguladoras del servicio, habrá de efectuarse una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actividad administrativa, tal como señala el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala Tercera, de 7 de octubre de 1997.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 8 de enero de 2002, D. J. R. R. presenta en el Registro de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (actualmente, Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes), reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de una indemnización de 294,74 euros, por los daños sufridos en su vehículo, Audi A-4, matrícula X, el día 2 de enero de 2002, sobre las 23,30 horas, cuando circulando por la Carretera C-330, de Archivel a Caravaca, a la altura del punto kilométrico 67, se vio sorprendido por la caída de una piedra procedente de la parte derecha de la vía. Según el reclamante, la roca se desprendió como consecuencia de las lluvias, no pudiendo esquivarla, debido a su proximidad al punto de la caída, a la existencia de vehículos que venían en sentido contrario y a la imposibilidad de frenar bruscamente para evitar la colisión de los vehículos que le seguían.

Acompaña la reclamación de factura expedida por taller de reparaciones por importe coincidente con la indemnización pretendida.

SEGUNDO.- Recibida la reclamación por la Dirección General de Carreteras, ésta la remite a la unidad competente para su tramitación, acompañándola de informe del Ingeniero Coordinador de Conservación de los Sectores Alcantarilla-Caravaca, quien manifiesta que *“en relación con el asunto de referencia, le comunico que previa información del Inspector de Carreteras y visitando el lugar de los hechos, se ha comprobado la veracidad de lo expuesto por el citado afectado en el escrito que se acompaña, por lo que estimamos procede abonar los gastos ocasionados”*.

TERCERO.- Con fecha 14 de marzo de 2002, la instructora del procedimiento efectúa las siguientes actuaciones:

- a) Solicita informe de la Dirección General de Carreteras, complementario del ini-

cialmente emitido. Esta solicitud será posteriormente reiterada, de manera infructuosa, los días 9 de enero y 26 de marzo de 2003, y 18 de marzo de 2004.

b) Solicita al Centro Meteorológico Territorial de Murcia el parte meteorológico correspondiente al día de los hechos y a los anteriores más próximos.

Este informe no será aportado al procedimiento, tras ser informada la instructora de que la Administración regional debía abonar la tasa por la prestación del servicio requerido.

c) Dirige al reclamante la preceptiva comunicación prevista en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), con indicación de la suspensión del plazo para resolver y notificar el procedimiento iniciado, como consecuencia de haber solicitado el informe de la Dirección General de Carreteras, que califica como determinante para la resolución, en los términos del artículo 42.5, letra c) LPAC.

En el mismo oficio requiere al reclamante para que mejore su solicitud, al amparo del artículo 71 LPAC, mediante la aportación de la siguiente documentación: DNI; permiso de conducción; permiso de circulación y tarjeta de inspección técnica del vehículo; contrato de seguro y declaración jurada de no haber recibido indemnización alguna como consecuencia del accidente en que basa su reclamación. Todo ello con advertencia expresa de tenerle por desistido si desoye el requerimiento efectuado.

CUARTO.- El 3 de junio de 2002 el interesado aporta la documentación requerida, si bien la póliza de seguro no se corresponde con la que estaba en vigor en el momento del accidente.

QUINTO.- El 14 de diciembre de 2004 se notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia.

SEXTO.- El 22 de marzo de 2005 se solicita al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras informe sobre la valoración de los daños alegados, solicitud que será reiterada el 12 de abril. El informe, emitido el 13 de mayo de 2005, considera la extensión de los daños coherente con la forma de producirse el accidente, y su valoración adecuada a los precios de mercado.

SÉPTIMO.- El 2 de noviembre de 2005, la instructora notifica al reclamante la apertura de un período de prueba, con requerimiento expreso para que aporte el recibo acreditativo de la prima del seguro correspondiente a la fecha en la que tuvo lugar el accidente, ya que el inicialmente traído al expediente es de fecha posterior a aquél. Asimismo le solicita que indique si, con motivo del accidente, recibió por parte de la compañía de seguros el abono de la cantidad correspondiente al seguro contratado (seguro a todo riesgo con franquicia). Al no recibir contestación por el interesado, reitera el citado requerimiento el 15 de febrero de 2006.

OCTAVO.- Contesta el interesado el 1 de marzo de 2006 mediante escrito, donde manifiesta su frustración y hartazgo tras más de cuatro años de tramitación del procedimiento.

Ese mismo día se persona el interesado en la Sección de Responsabilidad Patrimonial aportando la documentación que se le había requerido. Al ser informado de la intención de la instructora de abrir un nuevo trámite de audiencia para poner de manifiesto el procedi-

miento y posibilitar la presentación de nuevas alegaciones, el reclamante solicita que se le ponga de manifiesto el expediente en el mismo acto, expresando su deseo de no efectuar más alegaciones en el trámite de audiencia que se entiende efectuado en ese mismo acto.

NOVENO.- Con fecha 7 de marzo de 2006, se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que 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 (por omisión) de los servicios públicos de conservación y mantenimiento de carreteras y los daños sufridos por el vehículo del interesado.

DÉCIMO.- Advertido error en el número de cuenta donde el interesado solicita que se efectúe el abono de la indemnización, se dicta nueva propuesta de resolución, ésta de fecha 23 de marzo de 2006.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Órgano Consultivo el pasado 31 de marzo de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que el reclamante sufre un perjuicio patrimonial (desperfectos en su vehículo) como consecuencia del percance, lo que le confiere la condición de interesado (artículos 31.1 y 139.1 LPAC, y artículo 4.1 RRP), viniendo pues legitimado para reclamar la indemnización de aquellos daños.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía a cuyas defectuosas condiciones de conservación se imputa el daño. La titularidad de la carretera es afirmada de manera expresa en la propuesta de resolución.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP.

Respecto de la instrucción del procedimiento han de ser destacados los siguientes extremos:

1. El tiempo invertido en la tramitación de la reclamación ha superado no ya los lími-

tes reglamentarios -6 meses prevé como duración máxima para estos procedimientos el artículo 13.3 RRP-, sino incluso los mínimamente razonables, cuando se constata que ya han transcurrido más de cuatro años desde la iniciación del procedimiento. Mal pueden conciliarse tramitaciones como la presente con 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. Antes al contrario, la lentitud y la desidia aparecen como los principales criterios rectores del procedimiento.

2. A ello ha contribuido decisivamente la no emisión de los informes técnicos requeridos a la Dirección General de Carreteras, durante los años 2003 y 2004, que no reciben contestación del referido centro directivo.

Dado el carácter preceptivo y determinante de estos informes (artículo 11 RRP), procede significar la incidencia que su omisión ha de tener en el procedimiento cuya propuesta de resolución se somete a consulta. A tal efecto, el tercer apartado del artículo 83 LPAC dispone que, de no emitirse el informe en el plazo señalado, se podrán seguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, salvo cuando éste sea preceptivo y determinante para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos. Ahora bien, en este último supuesto, la interrupción no puede exceder de tres meses -artículo 42.5, letra c) LPAC- y tanto la suspensión como la reanudación del plazo deben ser comunicadas a los interesados. En el supuesto sometido a consulta, cuando la instructora solicita por primera vez el informe técnico de la Dirección General de Carreteras, acertadamente suspende el transcurso del plazo de tramitación y así lo comunica al interesado. Sin embargo ese acierto inicial se torna en desacierto cuando, a pesar de la no emisión del informe solicitado, continúa requiriéndolo durante más de un año.

Debe recordarse aquí que la LPAC ofrece al instructor la posibilidad de continuar la tramitación cuando el informe requerido, aunque preceptivo, no sea determinante -supuesto que cabría identificar con aquél en que el expediente ofrece datos suficientes para resolver aun sin contar con el referido informe-, posibilidad que se convierte en mandato imperativo, ex artículo 42.5, letra c) LPAC, una vez transcurridos los tres meses de suspensión. Lo expuesto confirma lo injustificable de la paralización sufrida por el expediente tras las reiteradas solicitudes de informe, pues la instrucción debía haber continuado la tramitación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudo incurrir el funcionario o autoridad que debió emitir el informe omiso, de conformidad con el mismo artículo 83.3 LPAC. Doctrina similar se contiene en nuestros dictámenes 176/2003 y 137/2004.

Al respecto, cabe recordar que consta en el expediente un informe expedido por la Dirección General de Carreteras al comienzo de la tramitación del procedimiento que, si bien puede ser calificado de extremadamente conciso y breve, en tanto que no alumbra todas las circunstancias que pudieron tener una incidencia causal en el accidente, sí que expresa el parecer de un técnico (el inspector de carreteras), acerca de la veracidad del relato efectuado por el reclamante.

3. Una vez más es necesario reiterar el inadecuado uso que la instructora realiza del trámite de mejora de la solicitud en orden a requerir al interesado la aportación al expediente de documentos o datos que aquélla considera necesarios para una adecuada resolución de la solicitud. La doctrina de este Consejo Jurídico es sobradamente conocida por

la Consejería consultante, pues ha sido expuesta en numerosos Dictámenes evacuados a solicitud suya -por todos, el 75/2003-, cuyos razonamientos al respecto cabe dar aquí por reproducidos.

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

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

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

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, 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, cabe tener por cierto tanto el accidente (pues así se reconoce en el informe inicial del Ingeniero responsable de la conservación de la vía por la que transitaba el interesado), como que de él se derivaron determinados perjuicios a éste de orden material, tal y como acredita mediante la factura de reparación del vehículo de su propiedad.

No resulta tan manifiesto, sin embargo, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño padecido, pues cuando se trata de accidentes de circulación cuya generación se pretende imputar al funcionamiento del servicio público viario, la relación de causalidad surgirá si concurre alguna de estas dos situaciones:

- a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad.

dad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.

b) O bien una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en adelante TALT).

Por tanto, para poder apreciar la responsabilidad de la Administración en estos casos, el examen de la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de aquélla en la prevención de situaciones de riesgo primariamente ha de dirigirse a dilucidar si tal riesgo se da en el ámbito de responsabilidad o competencia de la Administración, es decir, si la norma la compele a actuar para evitar o minimizar el riesgo en la utilización de las carreteras; pero también, yendo más allá del contenido de las obligaciones que explícita o implícitamente imponen a la Administración competente las normas reguladoras del servicio, habrá de efectuarse una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actividad administrativa, tal como señala el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala Tercera, de 7 de octubre de 1997.

En este sentido, la presencia de la piedra en la calzada al parecer fue debida a un desprendimiento de una zona contigua de la carretera, motivado quizás por las lluvias que habían caído en la zona, según refiere el conductor ("*observé caer una piedra de la parte derecha de la citada vía*") y ratifica el Ingeniero Coordinador de Conservación, para quien "*previa información del Inspector de Carreteras y visitando el lugar de los hechos, se ha comprobado la veracidad de lo expuesto por el citado afectado*". No concurriendo ninguna circunstancia especial, pues no se ha probado en el expediente que las condiciones climáticas fueran excepcionales o que el desprendimiento se debiera a cualquier otra causa que pudiera ser calificada como fuerza mayor, debe concluirse que tal desprendimiento ha de imputarse a la falta de previsión o diligencia de quien debía vigilar el mantenimiento y conservación de la carretera, a quien compete también el cuidado de la zona de dominio público contigua a ella, adoptando las medidas pertinentes para evitar desprendimientos, que constituyen hechos previsibles y susceptibles de ser evitados. Por tanto, ha de concluirse la existencia de relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación administrativa.

En términos similares se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia número 917/04, de 8 de octubre, que recoge además la consolidada doctrina del Tribunal Supremo en supuestos similares al presente. Así, en sentencias de 4 de junio de 1994, 3 de junio de 1995 y 30 de septiembre de 1995, el Alto Tribunal mantiene la existencia de un evidente vínculo de causalidad entre la inactividad del servicio público de carreteras al omitir la realización de obras que evitasen la caída de las rocas sobre la calzada de la carretera y el resultado dañoso producido.

También se alinea con esta doctrina el Consejo de Estado (Dictámenes 66, 560 y 757/2000, entre otros) y la Audiencia Nacional en numerosos pronunciamientos, por todas, sentencias de 20 de mayo y 17 de marzo de 2005.

Acreditado el daño; alcanzada la convicción acerca de la existencia de nexo causal

entre aquél y la omisión del deber de mantenimiento y conservación que a la Administración regional incumbía sobre la carretera en la que se produce el accidente, en orden a mantenerla en las adecuadas condiciones de transitabilidad; y resultando evidente la inexistencia de un deber jurídico para el interesado de soportar el daño, producido cuando circula por una carretera de titularidad pública, en la confianza de que ésta cumple con las condiciones de uso y seguridad exigibles, no cabe sino declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

Declarada la responsabilidad patrimonial, solamente resta por determinar su alcance mediante la fijación de la cuantía indemnizatoria. Por la Administración no se ha discutido la cantidad reclamada, la cual además ha sido suficientemente acreditada por el reclamante mediante la aportación de la factura de reparación del vehículo, cuyo importe el Parque de Maquinaria ha considerado adecuado a los daños sufridos. Por ello, la indemnización deberá ser coincidente con la cantidad reclamada, 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 favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación al apreciar 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 78/06.- Proyecto de Orden por el que se determina el clausulado básico del contrato de convivencia residencial de Centros de Servicios Sociales.**Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)****Fecha: 15/05/06****Extracto de Doctrina**

El Alto Tribunal ha puesto reiteradamente de manifiesto lo inextricablemente unidos que se encuentran lo público y lo privado en una sociedad de mercado donde la actividad mercantil es disciplinada por normas pertenecientes tanto al ámbito del Derecho Privado como al Público (STC 37/1997), siendo preciso distinguir dos planos: a) el de la validez y eficacia inter privados de las relaciones jurídicas derivadas de los contratos, que despliega sus efectos únicamente en el ámbito privado; y b) los requisitos de obligado cumplimiento para la obtención de los pertinentes permisos y autorizaciones, plano que opera en la esfera de relaciones Administración-administrado (STC 14/1998).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de abril de 2005, el Secretario Autonómico de Acción Social propone a la Consejera de Trabajo y Política Social la redacción de un proyecto de orden que determine el clausulado básico del contrato de convivencia residencial de centros de servicios sociales.

Se basa la propuesta en los artículos 32 y 33.4 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (en adelante LSS), preceptos que establecen el catálogo de derechos de los usuarios de los servicios sociales. El segundo de los citados precisa aquellos que corresponden a quienes ingresan en centros residenciales, enunciando como primer derecho el de “*la determinación expresa y concreta de los derechos y obligaciones y de las circunstancias de desarrollo de los servicios, mediante la suscripción del contrato de convivencia residencial*”, cuyo clausulado básico atribuye a la Consejería competente en materia de servicios sociales.

Junto a la referida propuesta, consta en el expediente la siguiente documentación:

a) Proyecto de la disposición.

b) “*Memoria informe sobre el proyecto de orden*”, al que señala como finalidad la de dar una respuesta al mandato legal establecido en el artículo 33.4 LSS y, en consecuencia, determinar el clausulado básico que deben contener los contratos de convivencia residencial suscritos en los centros de servicios sociales de titularidad privada. Asimismo, manifiesta que únicamente en los sectores de Personas Mayores y Personas con Discapacidad existen centros sujetos a la obligación de formalizar los contratos de convivencia residencial objeto de la Orden.

En cuanto al procedimiento de elaboración reglamentaria, tras afirmar la preceptividad del informe de los Consejos Sectoriales de Personas Mayores y de Personas con Discapacidad, la memoria pone de manifiesto la imposibilidad de cumplir con dicho trámite, ante la falta de constitución de los órganos consultivos, que se ha demorado más

allá del límite temporal (seis meses) que a tal efecto establece su normativa reguladora. Ello no obstante, considera que, “*una vez en funcionamiento los Consejos Asesores regionales de carácter sectorial señalados, el anteproyecto citado deberá ser sometido a la consideración de los mismos*”.

c) “Memoria económica”, según la cual la futura Orden no conllevará obligaciones económicas para la Comunidad Autónoma.

SEGUNDO.- Sometido el texto de la disposición a consideración del Consejo Regional de Servicios Sociales, éste lo informa favorablemente en su sesión de 26 de abril de 2005, según consta mediante certificación expedida por el Secretario del referido órgano.

TERCERO.- Con fecha 20 de julio siguiente, el Servicio Jurídico de la Consejería de Trabajo y Política Social emite informe en el que, tras reiterar la preceptividad del que han de evacuar los Consejos Sectoriales de Servicios Sociales, se pronuncia en sentido favorable al Proyecto de Orden.

Consta en el expediente copia autorizada del texto definitivo de la futura Orden, extracto de secretaría elaborado por el Secretario Autonómico de Acción social, por suplencia del Secretario General de la Consejería, e índice de documentos.

En tal estado de tramitación se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este órgano el pasado 12 de agosto de 2005.

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.- Habilitación legal y alcance de la potestad reglamentaria de la Consejera de Trabajo y Política Social.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10. Uno, 18 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia. En desarrollo de dicha competencia se promulgó la LSS, cuyo artículo 33.4, letra a) establece el derecho de los usuarios de centros residenciales a la determinación expresa y concreta de los derechos y obligaciones, y de las circunstancias de desarrollo de los servicios, mediante la suscripción del contrato de convivencia residencial. El segundo párrafo del precepto atribuye a la Consejería competente en materia de servicios sociales “*la determinación del clausulado básico de dicho contrato*”.

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 conte-

nido 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 Consejería competente en materia de Servicios Sociales.

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).

En el supuesto sometido a consulta, es cierto que existe una habilitación legal para establecer el clausulado básico del contrato de convivencia residencial (artículo 33, 4, letra a) LSS), la cual además reúne el requisito de ser específica, pues delimita el objeto sobre el que la Consejera de Trabajo y Política Social queda habilitada para dictar la regulación ejecutiva de la Ley. Ahora bien, la remisión legal a la actividad reglamentaria de los Consejeros tiene una doble dimensión: una positiva, en tanto que permite el desempeño de tal labor; 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 la regulación del clausulado básico del contrato, es decir, la determinación de un mínimo denominador común de contenido que dote a los diversos modelos de contrato que adopte cada centro de la necesaria uniformidad u homogeneidad, como vía para alcanzar la finalidad garantista de los derechos de los usuarios, que inspira la previsión legal de tales documentos, y a la que no puede ser ajena su desarrollo reglamentario.

Siendo ello así, cualquier previsión normativa que no pueda ser reconducida al contenido básico de los contratos debe calificarse como un exceso en la habilitación y, en consecuencia, habrá de ser suprimido del Proyecto. Tal es el caso de las siguientes previsiones:

a) La necesidad de visado previo del reglamento de régimen interior de cada centro (artículo 4, letra d, del Proyecto), previsión por lo demás innecesaria, pues ya el artículo 35 LSS somete el referido reglamento a aprobación administrativa, que será efectuada por la Unidad de Registro durante la tramitación de la licencia de funcionamiento del centro, de conformidad con el artículo 19.1, letra j), del Decreto 54/2001, de 15 de junio, de Autorizaciones, Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales de la Región de Murcia y de la Inspección.

b) La prohibición de modificaciones unilaterales del precio por parte del centro que establece el artículo 5, letra b) del Proyecto. Dicha restricción no viene establecida por la LSS, cuya regulación sobre los precios queda limitada a establecer el derecho de los usuarios a conocer el precio de los servicios que se reciben y a que le sean comunicados con la debida antelación sus modificaciones (artículo 32, letra i). Sí existe una regulación más detallada acerca del régimen de precios en el Decreto 69/2005, de 3 de junio, por el que se establecen las condiciones mínimas que han de reunir los centros residenciales de personas mayores, previéndose allí la necesaria comunicación a la Administración de los precios y sus variaciones y que las modificaciones de tarifas de precios no podrán

suponer, en ningún caso, revisión unilateral de los pactos contractuales suscritos entre titulares y usuarios.

La ausencia en la Ley de precepto alguno que dé amparo a la referida previsión, y la falta de habilitación legal a favor de la Consejera de Trabajo y Política Social tanto para establecer tales restricciones en el régimen de los precios aplicables por los centros residenciales de servicios sociales, como para extender a ámbitos diferentes de las Personas Mayores los contenidos del Decreto 69/2005, obligan a suprimir el inciso comprendido desde la coma que sucede a “entre las partes” hasta el final del apartado.

c) La regulación del contenido de los reglamentos de régimen interior que establece el artículo 5, letra d) del Proyecto, al prever que aquéllos contemplarán la relación de los servicios básicos y complementarios a ofrecer por el centro, su precio y la forma de pago. Esta previsión ya se contiene, respecto de los centros residenciales de personas mayores, en el Decreto 69/2005, careciendo de potestad la Consejera consultante para extender dicha regulación al resto de centros residenciales de servicios sociales a través del Proyecto objeto de Dictamen, en la medida en que tal extensión excede de la específica habilitación conferida por la Ley.

d) La obligación que se impone a los centros de comunicar al Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales el documento de contrato de convivencia residencial que elabore cada uno de ellos, para su conocimiento y visado (artículo 7 del Proyecto) y sus modificaciones. Dicha obligación se contiene en el Decreto 69/2005, limitada a los centros residenciales de personas mayores, no pudiendo ser extendida al resto de centros al amparo de la habilitación legal, la cual queda constreñida al establecimiento del contenido básico de los contratos de convivencia residencial. Tampoco cabe considerar esta previsión ínsita en el ámbito doméstico de la Consejería, desde el momento en que impone una obligación de hacer a centros residenciales de servicios sociales de titularidad privada, sin soporte legal.

TERCERA.- Sobre el procedimiento de ejercicio de la potestad reglamentaria.

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 Secretario Autonómico de Acción Social, acompañada por el Proyecto de Orden, con su exposición de motivos y memoria justificativa de su oportunidad, la cual, sin embargo, carece de los requisitos mínimos de contenido exigidos por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, pues la motivación técnica y jurídica que esgrime es genérica, sin explicitar las concretas determinaciones normativas propuestas.

Muestra el expediente una autodenominada 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, letra a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Al margen de la incorrecta fundamentación en la referida Ley estatal, cuando ya la Ley 6/2004 establece el procedimiento de elaboración reglamentaria propio de la Administración regional, exigiendo la realización de un estudio económico de la norma, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere, debe recordarse que no cabe identificar este estudio económico con el preceptuado 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 jurídico de la Vicesecretaría y el del Consejo Regional de Servicios Sociales, pero no el de los Consejos Sectoriales de los diversos ámbitos, que resulta preceptivo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 5, 10 y 15 del Decreto 95/2004, de 24 de septiembre, por el que se crean y regulan los consejos asesores regionales de carácter sectorial de servicios sociales. La preceptividad de su informe obliga a someter el Proyecto a dichos órganos consultivos con anterioridad a su aprobación como Orden. Si, como consecuencia de los referidos informes, se introdujeran modificaciones sustanciales en el Proyecto sometido a este Consejo Jurídico, habrá de remitirse de nuevo el texto para Dictamen.

CUARTA.- Sobre la naturaleza del contrato de convivencia residencial.

La regulación legal del contrato de convivencia residencial lo configura como instrumento de garantía de los derechos de los usuarios de centros residenciales y como fuente de obligaciones. En su dimensión de garantía, el artículo 33.4, letra a) LSS, lo contempla como indisponible soporte documental de la determinación expresa y concreta de los derechos y obligaciones del usuario, y de las circunstancias de desarrollo de los servicios; en su vertiente obligacional, el artículo 34, letra c) LSS establece que son obligaciones del usuario las que se deriven, en su caso, del contrato de convivencia residencial.

La ubicación sistemática de ambos preceptos en el Título V (Participación social y derechos y obligaciones de los usuarios), Capítulo II (Derechos y obligaciones de los usuarios), y la tipificación como infracción leve de la “falta de suscripción del contrato de convivencia residencial” (artículo 50.4 LSS), refuerzan la calificación del referido contrato, no sólo como derecho en sí mismo considerado, sino también como instrumento de garantía de los derechos del usuario, que plasma la propia exposición de motivos de la futura Orden, al afirmar que “*se trata de seguir protegiendo los derechos del usuario de un centro residencial, a fin de que no se pueda ver perjudicado por la ausencia de alguna cláusula que pueda afectar a la adecuada prestación del servicio o a su vida en el centro*”.

Ahora bien, el Proyecto de Orden, junto a esa finalidad garantista, refleja una concepción puramente sinalagmática, contractual del documento, dirigido a la regulación de las relaciones entre dos partes, usuario y centro, mediante la determinación de sus

derechos y obligaciones recíprocas, entre las cuales destacan, para el centro, la prestación de unos determinados servicios y, para el usuario, la contraprestación o remuneración de aquéllos. De forma coherente con esta interpretación que atribuye al contrato de convivencia residencial una función constitutiva, como verdadera fuente creadora de derechos y obligaciones, se limita su ámbito de aplicación al supuesto de ingreso en centros de titularidad privada, mientras que en las residencias dependientes de la Administración la relación centro-usuario tiene como referente obligado la resolución administrativa por la que se decide el ingreso en la correspondiente residencia. Esta diferencia ya fue advertida por el Consejo Jurídico en el Dictamen 166/2003, emitido con ocasión del Proyecto del que luego sería Decreto 69/2005, apuntando la existencia de lo que entonces denominamos “documento convivencial”, aludiendo a la existencia, en su naturaleza y al margen de la forma o denominación que procediera otorgarle, de un contenido sustancial de normas de convivencia, de derechos y deberes, que había de regular las relaciones entre usuarios y centros, tanto públicos como privados.

En este sentido, no resulta admisible la opción normativa plasmada en el Proyecto, que limita la existencia del contrato de convivencia residencial a los centros de titularidad privada, mientras que en los de carácter público y en las plazas convenidas por la Administración en centros privados, se prevé que el contenido de las obligaciones y derechos de las partes se rija por la resolución administrativa por la que se produzca el ingreso. Como ya se ha dicho, el Consejo Jurídico rechaza este planteamiento, que ignora que la exigencia del contrato de convivencia residencial viene impuesta por la Ley para todos los centros residenciales, sin distinción de si su titularidad es pública o privada.

Si de conformidad con la Ley, el contrato de convivencia residencial debe venir suscrito en todo caso y para cualquier ingreso que se produzca en un centro residencial de servicios sociales, éste deberá existir siempre, al margen del carácter público o privado del centro. En efecto, independientemente de la bondad o precisión de la denominación contractual conferida por la Ley, en los centros públicos y en las plazas concertadas por la Administración el contrato habrá de entenderse estrictamente como acuerdo de convivencia, como compromiso mutuo entre centro y residente para posibilitar el desarrollo normal de la vida y actividades de aquél, sin perjuicio de recoger en su contenido aquellas precisiones de la resolución administrativa determinante del ingreso, que establezcan o reconozcan derechos y obligaciones del residente y del centro, o condicionen la prestación de los servicios.

Del mismo modo, en los centros privados, el contrato de convivencia no puede identificarse con aquel de carácter sinalagmático que une primariamente al usuario y a la empresa titular de la residencia, pues ello supondría una regulación de relaciones jurídico-privadas entre particulares, como son las que unen al usuario de los servicios sociales residenciales con la empresa titular de la residencia, determinando una injerencia de la Comunidad Autónoma en materia de legislación civil y mercantil para la que carece de competencia, pues tales ámbitos normativos quedan reservados al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1,6ª y 8ª de la Constitución.

En efecto, la doctrina constitucional ha ido perfilando el alcance de dicha competencia en diversos pronunciamientos. Así, en la STC 124/2003, manifiesta que “*la competencia del Estado en el ámbito del Derecho mercantil y obligacional «ex» art. 149.1.6 y 8 CE incluye los ámbitos relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles o la regulación de las condiciones*

generales de la contratación o de las modalidades contractuales, e igualmente la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios (SSTC 225/1993, F. 6)”, lo que viene a completar el ámbito que para tal competencia había perfilado en la STC 37/1997, al decir que sólo las reglas de Derecho Privado quedarán comprendidas en la reserva a favor del Estado de la legislación mercantil (SSTC 37/1981 y 14/1986), incluyendo en ellas el establecimiento de las condiciones generales de la contratación, las modalidades de contratos (STC 71/1982), la delimitación de su contenido típico (STC 37/1981), de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (SSTC 88/1986 y 62/1991), la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios (SSTC 37/1981 y 88/1986) o las condiciones de validez de los contratos privados (STC 62/1991).

Asimismo, el Alto Tribunal ha puesto reiteradamente de manifiesto lo inextricablemente unidos que se encuentran lo público y lo privado en una sociedad de mercado donde la actividad mercantil es disciplinada por normas pertenecientes tanto al ámbito del Derecho Privado como al Público (STC 37/1997), siendo preciso distinguir dos planos: a) el de la validez y eficacia *inter privados* de las relaciones jurídicas derivadas de los contratos, que despliega sus efectos únicamente en el ámbito privado; y b) los requisitos de obligado cumplimiento para la obtención de los pertinentes permisos y autorizaciones, plano que opera en la esfera de relaciones Administración-administrado (STC 14/1998). En el mismo sentido, la STC 133/1997 manifiesta la necesidad de distinguir lo que es regulación *inter privados*, que se encuadra en el artículo 149.1.6ª CE, y lo que atañe a la intervención de los poderes públicos en esas relaciones contractuales, cuyo encuadramiento competencial dependerá de la calificación a otorgar a la institución de que se trate, y que la STC 37/1997, identifica con las materias de comercio, defensa de los consumidores, seguros o cooperativas.

Ahora bien, la aludida separación de planos público y privado, que propugna el Tribunal Constitucional, ha de realizarse atendiendo a determinados criterios que él mismo intenta apuntar, sin dejar de advertir la dificultad de la tarea y el carácter necesariamente casuístico de sus pronunciamientos. Así, la STC 88/1986 expresa que, de lo que verdaderamente se trata, es de que las normas autonómicas no introduzcan un *novum* en el contenido contractual, o en otros términos, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones jurídico privadas. Asimismo, señala que la determinación de si un determinado requisito administrativo puede suponer en la práctica una regulación de actividades mercantiles, de carácter esencial y definidor de las mismas, exige remitirse, caso por caso, a la proporcionalidad entre la restricción administrativa que se introduce y el objetivo que persigue, el cual debe estar dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma, como puede ser la protección de los consumidores.

En la determinación del contenido de esta competencia autonómica y su relación con la competencia estatal en materia de legislación civil y mercantil, la STC 62/1991 precisa que ésta limita la competencia autonómica exclusiva en materia de protección del consumidor, afirmando que el establecimiento de medidas de protección del consumidor no puede consagrar nuevos derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil, alterar la relación contractual ni afectar a la validez de los contratos.

De la jurisprudencia constitucional expuesta cabe deducir, por tanto, los siguientes criterios delimitadores de la competencia autonómica, para evitar invadir el ámbito estrictamente civil y mercantil que le es ajeno:

a) 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.

b) 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.

c) 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.

Atendida la regulación proyectada y a la luz de los criterios expuestos, singularmente del señalado con la letra a), no puede admitirse una concepción del contrato de convivencia residencial como el instrumento que de manera primaria regula las relaciones entre el usuario y el centro de servicios sociales, prefigurando verdaderos derechos y obligaciones para las partes y dando, en definitiva, soporte al sinalagma prestación-contraprestación, pues de ser así se estaría creando una nueva modalidad contractual y definiendo su contenido típico, lo que indefectiblemente incidiría en la relación usuario-empresa de servicios sociales, condicionando los contratos *inter privados* singulares que aquéllos concertaran.

Por ello, para conciliar la previsión legal con el ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, y atendida la finalidad garantista de los derechos del usuario que la Ley señala al referido contrato de convivencia residencial, debe interpretarse que éste es, al igual que sostenemos en relación con los centros de titularidad pública, un documento de naturaleza declarativa que no crea por sí mismo derechos ni deberes, ni establece las circunstancias en las que se han de prestar los servicios, quedando esa labor constitutiva al contrato de residencia estrictamente privado que, sometido a las normas de tal carácter, previamente han de firmar residente y titular del centro.

Cabe concluir, en suma, que la función propia del contrato de convivencia residencial no es crear sino recoger y plasmar documentalmente (“determinación expresa y concreta”, dice la Ley) tales derechos, deberes y circunstancias de prestación de los servicios, como fundamento del acuerdo o compromiso de convivencia que deben asumir las partes, en orden al adecuado desarrollo de la vida y actividades del centro. Ello, a su vez, permite una concepción homogénea del contrato de convivencia residencial tanto en los centros de titularidad pública como privada, independientemente de que la actuación precedente y base de su contenido sea la resolución administrativa de ingreso o el contrato privado, respectivamente, justificando así el tratamiento unitario dado por la Ley.

Esta concepción es coherente con la exigencia legal de suscripción del correspondiente contrato de convivencia residencial, tanto en centros públicos como privados, en tanto que derecho específico reconocido por la Ley sin distinción alguna y que, en consecuencia, no cabe restringir por vía reglamentaria. Asimismo, permitiría configurar la existencia de un modelo de dicho documento convivencial como requisito administrativo

previo a la autorización de funcionamiento del centro, aunque, como se dijo, la Consejera de Trabajo y Política Social carece de potestad para hacerlo, correspondiendo esta precisión al Consejo de Gobierno y, desde una perspectiva material, a la regulación reglamentaria de las condiciones y requisitos mínimos de los centros de servicios sociales.

QUINTA.- Del ámbito de aplicación.

I. Del texto del Proyecto y de la memoria informe que consta a los folios 7 y siguientes del expediente, se advierte una doble restricción del ámbito de aplicación de la futura Orden:

1. Como ya quedó dicho en la Consideración Cuarta de este Dictamen, no es admisible que el contrato de convivencia residencial se limite a los ingresos producidos en centros de titularidad privada, pues la LSS no distingue entre éstos y los de titularidad pública al configurar el contrato de convivencia residencial como derecho específico de todos los usuarios de centros residenciales de servicios sociales. En consecuencia, debe eliminarse dicha restricción en el ámbito de aplicación de la futura Orden, suprimiendo el apartado 2 del artículo 1 del Proyecto.

2. La memoria informe elaborada por el Servicio de Desarrollo Normativo y Órganos de Participación limita la aplicación de la disposición proyectada a los ámbitos de Personas Mayores y Personas con Discapacidad, *“por cuanto sólo en estos sectores se encuentran los centros de servicios sociales sujetos a la obligación de formalizar los contratos de convivencia residencial objeto de esta Orden”*. Ninguna argumentación añadida acompaña a esta aseveración, ni ésta tiene su reflejo en el texto del Proyecto.

Debe indicarse al respecto, una vez más, que la previsión legal alcanza a los usuarios de todos los centros residenciales de servicios sociales, sin excepción, por lo que no aparece suficientemente fundamentada la exclusión de un colectivo expresamente contemplado en el artículo 10 LSS, como destinatario de los servicios sociales especializados, como es la Infancia, respecto del cual el artículo 11 del mismo texto legal dispone que se realizarán actuaciones tendentes a su protección (artículo 11.1 LSS), desarrollándose a tal fin actuaciones de acogimiento y protección de menores en situación de desamparo o en riesgo de exclusión social. Entre dichas actuaciones se encuentra el denominado acogimiento residencial (artículos 172.3 del Código Civil y 21 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 impone además a la entidad pública competente, al regular los servicios especializados dirigidos a este sensible sector, prestar especial atención a la seguridad, sanidad, número y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno, y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos). En el ordenamiento regional, el artículo 29 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, regula la acogida residencial del niño, previendo la posibilidad de internamiento de los menores en centros propios de la Comunidad Autónoma, o colaboradores, y regulando en detalle la protección de sus derechos.

La condición de usuarios de centros sociales que cabe predicar de los menores sometidos a acogimiento y el carácter residencial de los centros donde tal actividad se lleva a efecto, determinan que quepa extender a dicho internamiento la exigencia de suscripción del contrato de convivencia residencial, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones impuestas por las especiales características de los menores.

II. Si la Consejería consultante optara por no asumir la observación efectuada acerca de la aplicación de la Orden también a los menores sometidos a acogimiento residencial, manteniendo la limitación de su ámbito de regulación a los sectores de Personas Mayores y Personas con Discapacidad, debería consignarlo expresamente en el artículo 1 y reflejarlo en el título de la Orden.

Ello no obstante, dada la configuración legal del contrato de convivencia residencial como derecho de todos los usuarios de centros residenciales sin excepción, la Consejería debería proceder de inmediato a elaborar una Orden que tuviera por objeto regular el documento convivencial para el sector de la Infancia, sin dejar de advertir la excesiva e innecesaria atomización que esta opción normativa trae consigo y que abundaría en el carácter fragmentario que ya puede advertirse con facilidad en la regulación regional de los servicios sociales, tal y como ya apuntara el Consejo Jurídico en su Dictamen 166/2003, a decir del cual esta técnica seguida por la Consejería proponente no es la más idónea, siendo jurídicamente más apropiado que el desarrollo reglamentario en relación con una materia se realice a través de una única norma y de una sola vez porque, como señala el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 539/1992, de 9 de julio, “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”.

III. El problema de la aplicación de la Orden al sector de las Personas Mayores.

Ejemplo de las perniciosas consecuencias que, para la coherencia interna del ordenamiento jurídico, conlleva la regulación atomizada y fragmentaria de realidades que, en buena medida, comparten aspectos comunes, es la situación creada por la anticipada regulación, en el ámbito de las personas mayores, del contrato de convivencia residencial a través del Decreto 69/2005. En efecto, con ocasión de establecer las condiciones mínimas que han de reunir los centros residenciales para personas mayores de titularidad pública o privada, se regula el referido contrato como condición funcional mínima exigible a todos los centros de titularidad privada, mientras que en los centros públicos y aquéllos otros privados en los que existan plazas concertadas, el contenido de las obligaciones se regirá por la resolución administrativa correspondiente (Anexo 1, apartado 2.2.10).

La comparación del referido precepto reglamentario con la Orden proyectada permite constatar la diferente regulación que una y otra establecen. Así, el contenido mínimo del contrato es objeto de una regulación mucho más detallada en la futura Orden (por ejemplo, artículo 3, respecto a la identificación de las partes y artículo 5, letra b, respecto del precio), viendo asimismo determinados extremos omitidos en el Decreto -es el caso de las letras f), h), i), j) y k) del artículo 5-. Del mismo modo, el Decreto contiene previsiones no reflejadas en el Proyecto de Orden, como la contenida en el último inciso del apartado 2.2.10.2, respecto de las plazas públicas y concertadas.

Adviértase que, aunque ambas normas son desarrollos directos de la LSS, son dictadas por órganos diversos y, en consecuencia, ostentan un diferente rango jerárquico, de donde se deriva no sólo la preeminencia del Decreto sobre la futura Orden, sino también la impo-

sibilidad de que ésta pueda derogar el apartado 2.2.10 del Anexo 1 del Decreto. Considera el Consejo Jurídico que lo más adecuado sería derogar dicha disposición para dotar de homogeneidad a la regulación del contrato de convivencia en todos los centros residenciales de servicios sociales, con independencia tanto del sector o colectivo sobre el que ejerzan su labor como de su naturaleza pública o privada, evitando así la falta de sintonía que surgirá, al menos en apariencia, entre Decreto y Orden si aquél limita la aplicación del contrato de convivencia residencial a los centros de titularidad privada y ésta, por el contrario, extiende su ámbito a todos los centros residenciales, de conformidad con la concepción legal ya plasmada en consideraciones anteriores de este mismo Dictamen.

Ello no obstante y al margen de que en el futuro se pudiera proceder a la derogación de la regulación del contrato de convivencia residencial contenida en el Decreto 69/2005, lo cierto es que la Orden no puede desconocer su vigencia, por lo que debería contener alguna referencia a su existencia.

En cualquier caso, es importante señalar que, si bien el Decreto establece de manera expresa la aplicación del contrato de convivencia residencial a los centros de titularidad privada, no prohíbe o excluye su extensión a los centros públicos, siempre y cuando se interprete el referido contrato en los términos expuestos en la Consideración Cuarta, es decir, como documento meramente declarativo de derechos y obligaciones, quedando la función constitutiva de los mismos a la resolución administrativa que acuerda el ingreso en la residencia. Por tanto, el Decreto no debe ser obstáculo para la aplicación de la Orden en el ámbito de las Personas Mayores y tanto en centros públicos como privados.

SEXTA.- Observaciones particulares al texto.

Sin perjuicio de las observaciones de carácter general realizadas en las Consideraciones precedentes, cuya aceptación por la Consejería consultante conllevaría alteraciones y modificaciones en el Proyecto de Orden, según el texto sometido a Dictamen, se procede a continuación a efectuar otras sugerencias, éstas de carácter particular o específico, inspiradas en la redacción actual de los preceptos analizados.

1. Exposición de Motivos.

a) Si bien su quinto párrafo afirma que “se prevé la posibilidad de que las entidades elaboren modelos de contrato”, lo cierto es que la plasmación normativa de dicha circunstancia no la configura como mera posibilidad, sino como exigencia u obligación a cumplir por las entidades destinatarias de la Orden, como se advierte de la simple lectura del artículo 7 del Proyecto, según el cual las entidades titulares de centros residenciales deberán elaborar un documento de contrato, que será comunicado a la unidad competente para su conocimiento y visado.

b) Debe incluirse la fórmula establecida por el artículo 2.5 LCJ para expresar si la futura disposición se acuerda conforme con este dictamen o apartándose de él.

2. Artículo 3. Identificación de los suscriptores del contrato.

El apartado b), exige entre los datos de obligada constancia en el contrato para identificar al residente, el Documento Nacional de Identidad. Considera el Consejo Jurídico que debería preverse la eventualidad de posibles usuarios que carezcan de dicho documento, tales como menores o extranjeros (estos últimos son titulares de derechos en materia de servicios sociales de conformidad con el artículo 4 LSS).

3. Artículo 4. Manifestaciones previas.

Los apartados c) y d) deben variar su redacción para acomodarse a su carácter de manifestaciones a incluir en el contrato, pues en su dicción actual el c) se configura como requisito para el ingreso, y el d) como obligación de actuación para el centro residencial.

Se propone una redacción similar a la siguiente:

“c) La previa y libre manifestación de voluntad de ingresar, efectuada por el residente o su representante legal, o, cuando así lo exija el ordenamiento jurídico, resolución administrativa o judicial que acuerde o autorice el ingreso”.

4. Artículo 5. Pactos acordados entre los suscriptores.

a) Al referirse al precio, el Proyecto de Orden, de forma coherente con su concepción originaria, únicamente alude al estipulado entre las partes, pues considera su aplicación sólo a los centros privados. Sin embargo, la ampliación del ámbito de la norma a los centros de titularidad pública y a las plazas concertadas, obligará a completar la redacción de la letra b) contemplando la denominada “*aportación de los usuarios en la financiación de los centros y servicios de titularidad pública o titularidad privada financiados total o parcialmente con fondos públicos*” (artículo 39 LSS). La configuración legal de esta aportación como precio público impide que su determinación se produzca por el libre acuerdo de voluntades, rigiéndose por las normas sobre precios públicos aplicables al caso, a saber, el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio y Decreto 45/1996, de 19 de junio, por el que se crean los precios públicos aplicables al ámbito de los centros cuya cobertura social corresponde al Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia (ISSORM, hoy Instituto Murciano de Acción Social - IMAS); en los centros de titularidad municipal será de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2005, de 5 de marzo.

b) Un orden lógico de los pactos aconsejaría tratar todos los aspectos económicos de la relación centro-usuario en un solo bloque, por lo que tanto el régimen económico de la plaza en régimen de reserva como la previsión relativa a las fianzas o garantías, actualmente señaladas con las letras f) y g), deberían pasar a ser los apartados d) y e).

c) Las actuales letras d) y e) contemplan los que deberían ser contenidos fundamentales del contrato de convivencia residencial, es decir “*la determinación expresa y concreta de los derechos y obligaciones y de las circunstancias de prestación de los servicios*”.

Sin embargo, el tratamiento que se da a dichas materias dista mucho de ser el apropiado para considerar correctamente ejecutada la habilitación legal efectuada por el artículo 33.4, letra a) LSS, pues la determinación de los derechos de los usuarios se remite de manera absolutamente genérica a “*los reconocidos en la legislación de servicios sociales*”, mientras que respecto de los servicios, se limita el Proyecto a establecer que serán los relacionados en el Reglamento de Régimen Interior de cada centro.

Considera el Consejo Jurídico que, de conformidad con la LSS, el contrato de convivencia residencial ha de contener la enumeración precisa de los derechos y obligaciones que corresponden a usuario y centro, así como los servicios que corresponden al usuario en atención al precio o aportación económica que satisfaga. Desde dicha concepción legal, el clausulado básico, al que se contrae la habilitación conferida a la Consejería

consultante, si bien no ha de descender hasta el nivel de efectuar dicha relación concreta, sí que deberá prever su inclusión en cada uno de los contratos que se suscriban, lo que en la redacción proyectada no consta.

d) El contenido de los apartados j) y k) responde a la concepción del contrato de convivencia residencial como constitutivo de derechos y obligaciones entre las partes, quedando sin fundamento si se atiende a la configuración meramente declarativa sostenida en este Dictamen.

5. Disposición final.

Prevé esta Disposición la entrada en vigor de la Orden el día siguiente al de su publicación. Si bien dicha ausencia de *vacatio* es posible, de conformidad con el artículo 2.1 del Código Civil que fija la entrada en vigor de las leyes a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa, lo cierto es que las características del Proyecto parecen desaconsejar una eficacia inmediata de la futura norma, en tanto que establece un contenido mínimo al que habrán de ajustarse los contratos de convivencia residencial que han de suscribir todos los usuarios de centros residenciales, lo que exige dar a los operadores jurídicos (singularmente los titulares de los centros) la posibilidad de adquirir el suficiente conocimiento de la Orden y un mínimo período de adaptación de los documentos convivenciales, antes de su efectiva aplicación.

Por otra parte, a lo largo de la tramitación del Proyecto no se ha acreditado que existan razones de urgencia u otra índole que hagan inaplazable la entrada en vigor de la norma o que desaconsejen la aplicación de la regla general contenida en el precepto del Código Civil y en el artículo .

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Consejera de Trabajo y Política Social cuenta con habilitación legal suficiente para dictar la Orden objeto de este Dictamen, si bien exceden de aquélla los extremos señalados en la Consideración Segunda, *in fine*, que han de ser suprimidos del texto. Esta observación tiene carácter esencial.

SEGUNDA.- De conformidad con la Consideración Tercera de este Dictamen, han de incorporarse al expediente los informes preceptivos de los Consejos Sectoriales de aquellos ámbitos a los que resulte de aplicación la futura Orden. Si, como consecuencia de los referidos informes, se introdujeran modificaciones sustanciales en el Proyecto sometido a este Consejo Jurídico, habrá de remitirse de nuevo el texto para Dictamen.

TERCERA.- Según se indica en la Consideración Cuarta de este Dictamen, no es admisible que el contrato de convivencia residencial se limite a los ingresos producidos en centros de titularidad privada, pues la LSS no distingue entre éstos y los de titularidad pública al configurar el contrato de convivencia residencial como derecho específico de todos los usuarios de centros residenciales de servicios sociales. En consecuencia, debe eliminarse dicha restricción en el ámbito de aplicación de la futura Orden, suprimiendo el apartado 2 del artículo 1 del Proyecto. Esta observación tiene carácter esencial.

CUARTA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Quinta de este Dictamen, procede ampliar el ámbito de aplicación de la Orden a todos los sectores o colectivos destinatarios de los servicios sociales residenciales, como la Infancia. De no hacerlo así, debería especificarse tanto en el título o denominación de la Orden, como en su artículo 1, la restricción en el ámbito de aplicación de la misma a los colectivos afectados. Esta observación tiene carácter esencial.

QUINTA.- La observación efectuada en la Consideración Sexta acerca de los apartados d) y e) del artículo 5 del Proyecto tiene carácter esencial.

El resto de observaciones o sugerencias, de asumirse, mejorarían técnicamente el texto y facilitarían su inserción en el ordenamiento jurídico regional.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 79/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a N. S. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. J. V. S., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 15/05/06

Extracto de Doctrina

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo de Estado en supuestos de tropiezos o caídas 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, los Dictámenes 2099/2000 y 3240/2001. También lo viene reiterando de forma constante este Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen 117/2003).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de febrero de 2003 (registro de entrada de la Consejería consultante) se remite comunicación de accidente escolar, ocurrido el 9 de enero anterior en el Colegio Público “Juan González” de Lorca, exponiendo lo siguiente:

“Datos del alumno: A. J. V. S..

Nivel: 3º. Curso: B.

Fecha: 09-01-03. Lugar: patio de recreo. Actividad: recreo.

Personas presentes: profesores con turno de recreo. D. S.

L. V. y D. M. J. C. M. presenciaron el accidente.

Daños sufridos: corte en el labio superior y fractura de un diente.

Relato de los hechos: iba corriendo por el patio del colegio chocando con un coche, aparcado en la zona asfaltada dedicada a la entrada y salida de vehículos del centro.”

SEGUNDO.- D. N. S. T., en representación del menor accidentado, presenta, en impreso normalizado, reclamación de responsabilidad patrimonial el 24 de marzo de 2003, por los daños sufridos por su hijo, indicando que se valoren según el informe del odontólogo que acompaña conjuntamente con una factura por un importe de 42 euros, y la fotocopia de una hoja del libro de familia acreditativo de la identidad del menor.

TERCERO.- Con fecha 10 de abril de 2003 (registro de entrada), los padres del menor accidentado (D. N. S. T. y D. A. J. V. S.) presentan nuevo escrito en el que manifiestan su parecer sobre los hechos ocurridos:

“Según la versión de nuestro hijo, se encontraba jugando (corriendo) alrededor del pabellón principal del colegio, cuando unos compañeros le llamaron, él sin parar de correr volvió la cabeza y al girar de nuevo la cabeza hacia delante se encontró de frente con uno de los coches aparcados dentro del recinto escolar, no lo pudo esquivar y se chocó. Debido al impacto nuestro hijo sufrió un corte en el labio superior y la rotura del diente.

Queremos hacer constar que el centro no tenía en esa fecha señalización de entrada y salida de vehículos, así como tampoco tenía zona reservada y señalizada de aparcamiento (adjuntamos fotografías de la zona en que tuvo lugar el accidente).

Por dicho motivo, nos dirigimos al centro con una reclamación por escrito, pidiendo una explicación de lo ocurrido, dicho escrito no se nos quiso sellar con un registro de entrada, el cual tuvimos que enviar por correo certificado y con acuse de recibo para asegurarnos de su recibimiento. Al día de hoy no hemos recibido por parte del centro contestación alguna.

Y sí que hemos visto que el centro, a raíz del accidente de nuestro hijo, ha señalado la zona en la que ocurrieron los hechos con unas marcas de color verde en el suelo, destinando ese espacio a aparcamiento de los vehículos del personal docente y laboral; la zona sigue sin estar aislada del juego de los niños, por lo que pensamos que las medidas adoptadas por el centro han sido a favor de la comodidad de ellos y no en beneficio y seguridad de los alumnos (adjuntamos copia del escrito enviado al centro)”.

Acompañan dos fotografías del patio del Centro y un escrito dirigido a la Directora del mismo, formulando una serie de interrogantes sobre el aparcamiento de los coches en el recinto escolar.

CUARTO.- Con fecha 24 de septiembre de 2003, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, siendo notificada la resolución a la interesada el 3 de octubre.

QUINTO.- El instructor del expediente requiere a la interesada para que acredite la representación legal del menor con la fotocopia compulsada del libro de familia, que es presentada el 10 de octubre siguiente.

SEXTO.- Recabado el informe de la Directora del Centro sobre la forma en que se produjo el accidente y, concretamente, si existía una zona reservada para aparcamientos y si se encontraba separada de la destinada a recreo, manifiesta por escrito de 25 de febrero de 2004 (registro de salida) lo siguiente:

“El alumno se encontraba en el patio del recreo, a las 12h.5 m. (según horario nuestro recreo es de 11 h.45 m. a 12 h.15 m.). El niño corría con otros compañeros por el patio del Centro y chocó con un coche que estaba aparcado, los profesores responsables de este niño en esos momentos eran todos los maestros del turno de recreo, pero, en concreto, dos de estas profesoras presenciaron el incidente: D. M. J. C. y D. S. L., que actuaron como se ha hecho siempre: se atendió al niño en el Centro, ya que sólo tenía un pequeño corte en el labio superior y un incisivo roto, de hecho al día siguiente el niño asistió a clase, se avisó a la madre personándose ésta en el Centro, donde la tutora del niño y las dos profesoras que habían presenciado el incidente y atendido al niño, le explicaron lo ocurrido, argumentando la madre que era cosa de niños; cuál sería nuestra sorpresa cuando al día siguiente esta señora se personó en el colegio exigiendo que fuese indemnizada por el incidente hasta que su hijo cumpliera los 18 años.

El Centro le facilitó la documentación que se utiliza en estos casos y ella, no fiándose, porque así lo manifestó, de que la documentación y la información fuera correcta, no sólo no rellenó los impresos sino que recurrió a otros organismos: Excmo. Ayuntamiento, Servicio de Inspección Educativa...A tenor de las respuestas recibidas, volvió al Centro y decidió rellenar los impresos que se le habían facilitado.

En nuestro Centro existe una zona señalizada de aparcamiento de vehículos, y se encuentra situada en un lateral del recinto escolar donde no impiden el trasiego de niños por el patio en horas de recreo. Esta zona se señaló con pintura después de este incidente, anteriormente no estaba pintada pero los coches se estaban aparcando en esta zona dentro del Centro desde que el Colegio se inauguró hace 28 años.

Después de este incidente han venido técnicos de la Consejería de Educación y del Excmo. Ayuntamiento para estudiar el caso e intentar dar una solución mejor”.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante el 4 de octubre de 2005, presenta escrito en el que solicita informe de la Inspección Educativa acerca de las condiciones en las que aparcaban los vehículos del personal docente y laboral dentro del recinto escolar, en la zona de juegos de los niños, así como copia de los acuerdos del consejo escolar, con fecha anterior al accidente, en los que se pedían una solución a la entrada, salida y aparcamiento conjunto con los alumnos/as, por el riesgo que se originaba.

OCTAVO.- Con fecha 18 de enero de 2006 se dictó resolución por Secretario General de esta Consejería por la que se acordaba el cambio de instructor del expediente, resolución que fue notificada a la interesada el 23 siguiente.

NOVENO.- Solicitado el informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares el 18 de octubre de 2005 y 25 de enero de 2006, finalmente es cumplimentado mediante comunicación interior de la siguiente manera:

“En el Centro existe una zona de aparcamiento para coches, siendo la situación del mismo lo más apartada de la zona de juego de los niños y por tanto la más adecuada para ellos. El acceso al aparcamiento se realiza por la puerta principal del colegio, que se encuentra en la puerta opuesta al mismo.

No existe una legislación específica en cuanto a la obligatoriedad del aparcamiento en los Centros Público de Educación, aunque sí unas recomendaciones, de fecha 02/12/1991, en las que se dice que en los espacios exteriores se ubicarán plazas de aparcamiento, a razón de 20 m²/unidad. Así como también habla de que la zona de acceso de vehículos estará especialmente protegida para evitar accidentes.

En el caso concreto del accidente que nos ocupa, al estar el coche aparcado en la zona prevista para ello, no se puede achacar el mismo a una defectuosa señalización, ni tampoco por la ubicación de la zona (la más apartada de la zona de juegos), únicamente se puede pensar en el cerramiento de una valla de toda la zona de aparcamiento como posible medida para evitar dicho accidente”.

DÉCIMO.- Con fecha 8 de febrero de 2006, la reclamante presenta factura de un odontólogo, de 30 de enero de 2006, por la nueva reconstrucción del diente que su hijo se fracturó en el accidente por un importe de 50 euros.

UNDECIMO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, comparece ante la instructora y realiza las siguientes alegaciones, según diligencia de 27 de febrero de 2006:

“Que no quiere que se incorpore al expediente informe de la Unidad Técnica de la situación del Centro de enero de 2006, sino el informe de la Inspección Educativa sobre la situación del Centro en el momento del accidente, donde no había aparcamiento señalado ni señales de tráfico, ni estaba permitida la entrada de vehículos, según el Inspector del Centro D. J. E.. De hecho hay fotografías que yo adjunté donde estaban los coches aparcados en una zona del Centro que no estaba señalizada para aparcamiento”.

DUODECIMO.- Se incorpora al expediente el informe del Inspector de Educación, adscrito al Valle de Guadalentín, de 30 de abril de 2003 (folios 45 y siguientes), que contiene la siguiente propuesta, en tanto no se subsanen las debidas medidas para garantizar la integridad física de los niños escolarizados en el centro escolar “Juan González”:

a) A tenor de las consideraciones efectuadas en el apartado IV del informe, prohíba la entrada de vehículos al centro, excepto los de emergencia y abastecimiento de fuel-oil si se precisara su entrada al centro adoptando las medidas oportunas.

b) A juicio de esta Inspección y tras el asesoramiento oportuno al centro por parte de la Unidad Técnica de Centros Educativos, si es viable el acotar una zona dentro del recinto escolar para estacionamiento, con las debidas medidas de seguridad, se podría incluir en el Reglamento de Régimen Interno (...).

Asimismo se incorpora la certificación del acuerdo adoptado por el Consejo Escolar, en su sesión de 13 de marzo de 2003, por el que se fijaron criterios para la entrada y salida de vehículos, así como para la delimitación de la zona de aparcamiento.

DECIMOTERCERO.- Consta un tercer trámite de audiencia a la reclamante, según escrito de 27 de febrero de 2006 (notificado el 6 de marzo siguiente), compareciendo la interesada en el expediente para retirar copia del informe de la Inspección Educativa, según manifiesta la instructora, aunque no hay constancia documental de la misma.

DECIMOCUARTO.- La propuesta de resolución, de 27 de marzo de 2006, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial al haberse probado la relación de causalidad entre el servicio prestado por la Administración y los efectos lesivos producidos, pues se introdujo un elemento de riesgo adicional, que excede de los socialmente aceptables, al permitir el centro que los coches aparcaran en el patio de recreo.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 3 de abril 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.- Requisitos 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 del 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 público donde ocurrió el accidente.

La acción de reclamación se ha interpuesto 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).

Por último, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los elementales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver (la reclamación se interpuso el 4 de enero de 2003), habiéndose detectado una larga paralización del procedimiento (más de 20 meses), desde que el centro escolar emite su informe (el 25 de febrero de 2004) hasta que el instructor otorga el trámite de audiencia a la reclamante (el 4 de octubre de 2005), sin causa alguna que lo justifique, y en contra de los principios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa. Además, dicha paralización, en los supuestos estimatorios, ha producido un perjuicio al incidir en el *quantum* indemnizatorio por la necesidad de actualizar la cantidad resultante hasta que se resuelve el procedimiento de responsabilidad patrimonial, con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

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.

Por otro lado, el Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes entre los que podemos citar el número 62/2006, señala que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC.

También es abundante la doctrina sentada por el Consejo de Estado en supuestos de tropiezos o caídas 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, los Dictámenes 2099/2000 y 3240/2001. También lo viene reiterando de forma constante este Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen 117/2003).

En el supuesto que nos ocupa el relato fáctico pone de manifiesto que el hecho lesivo se produjo cuando el alumno, de 3º de Primaria, estaba jugando durante el recreo (corría) cuando unos compañeros le llamaron y, al volver la cabeza, chocó de frente con uno de los coches que se encontraban aparcados dentro del recinto escolar. 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. No obstante, de la información contenida en el expediente se deduce la concurrencia de un elemento adicional de riesgo pues, como recoge la propuesta de resolución, en la época en que se produjo el accidente los coches de los profesores y demás personal del centro se aparcaban dentro del patio del colegio, sin que existiese una zona señalizada de aparcamiento protegida de alguna manera, o al menos apartada de la zona de juego de los niños. La propia Directora del centro reconoce que la zona de aparcamiento se señaló con posterioridad al suceso (folio 25), así como el Consejo Escolar adoptó el acuerdo, tras el accidente, de que “todos los coches aparcaran en el lateral colindante con la rambla, delimitando esta zona” (folio 52).

Especialmente significativo en cuanto al reconocimiento de dichos riesgos es el informe de la Inspección de Educación, de 30 de abril de 2003: “*la pura lógica obliga a adoptar medidas precautorias que eviten posibles accidentes dentro del recinto escolar, máxime cuando son niños de edades comprendidas entre los 6 y los 14/16 años (...) quienes transitan y juegan alrededor del edificio principal del centro en el momento en que los vehículos penetran o salen del recinto*”, citando, en relación con las recomendaciones generales sobre los proyectos de construcción de los centros públicos, que las zonas de acceso de vehículos estarán especialmente protegidas para evitar accidentes y que, en los espacios exteriores, se procurará evitar el diseño de soluciones y elementos que pueda

dar lugar a accidentes escolares. En cualquier caso, si ello no es posible, los elementos potencialmente peligrosos deben estar debidamente protegidos y señalizados.

De todo ello se desprende la conformidad de la consideración de la instructora sobre que el accidente sufrido por el menor era absolutamente previsible y perfectamente evitable, como lo demuestra que, tras el mismo, se adoptaran las medidas oportunas. Lo anterior también hace perceptible, de modo suficientemente intenso, el vínculo causal existente entre el servicio prestado por la Administración y los efectos lesivos derivados de la mencionada actividad lectiva, sin que sea relevante, a estos efectos, el informe de la Unidad Técnica pues hace referencia a la situación actual (27 de enero de 2006), no a la fecha en la que se produjo el accidente (el 9 de enero de 2003), pues tanto el informe de la Inspección Educativa al que nos hemos referido anteriormente, como las fotografías aportadas por la reclamante, que demuestran que los coches aparcaron tanto al final del patio como alrededor del edificio en aquel momento, acreditan que el daño sufrido por el menor como consecuencia del funcionamiento del servicio público es antijurídico, ya que el riesgo inherente a su utilización ha rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, no existiendo entonces el deber del perjudicado de soportar el daño (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 21/2002).

Concurriendo, en consecuencia, todos los elementos (daño efectivo, nexo causal con el funcionamiento de los servicios públicos y antijuridicidad del daño), procede concluir declarando la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

Por último, se considera acertada la valoración del daño contenida en la propuesta de resolución (92 euros), conforme a las facturas aportadas por la reclamante, a lo que deberá sumarse el porcentaje correspondiente a la actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al concurrir los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

SEGUNDA.- Se considera justificada la cuantía indemnizatoria propuesta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 80/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a R. M. P. J., en nombre y representación de su hija menor de edad R. A. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 15/05/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el dictamen núm. 69.

DICTAMEN 81/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. M. S. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 15/05/06

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.- Con fecha 5 de noviembre de 2003, D. J. M. S. y 5 más presentan reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria recibida por su madre ya fallecida, D. J. S. S., de 77 años de edad, cuando acudió un médico del Servicio de Urgencias del Servicio Murciano de Salud al domicilio de la finada, el 1 de junio de 2003, y fue diagnosticada de ansiedad, pero una vez trasladada al Hospital Virgen de la Arrixaca se le diagnosticó IAM (infarto agudo de miocardio) posteroinferior subagudo, rotura de músculo papilar anterolateral, shock cardiogénico y exitus.

Imputan al Servicio Murciano de Salud un diagnóstico y tratamiento erróneo, privando a la paciente de la atención con la celeridad que precisaba, lo que provocó que la intervención en el centro sanitario fuera tardía y, en consecuencia, fuera inevitable la muerte de su progenitora.

Solicitan una indemnización conjunta de 46.924 euros (7.332, euros por cada uno de los seis hijos mayores de 25 años), y la aplicación del factor de corrección del 40% por la discapacidad de la hija, D. E. M. S. (2.932,80 euros). Acompañan una serie de documentos, y proponen como prueba testifical “la de los testigos que en la fase probatoria indicarán” (folio 7).

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 12 de noviembre de 2003, se solicita la historia clínica e informe de los profesionales que la atendieron, y se traslada la reclamación a la compañía aseguradora a través de la correduría de seguros.

TERCERO.- Consta el informe del médico del Servicio de Urgencias de Atención Primaria de Alcantarilla, que acudió al domicilio de la paciente en Sangonera La Verde (folio 27):

“Que en el momento que atendí a la Señora J. M. de 77 años no presenta a mi juicio ninguna alteración cardiaca, solamente una crisis de ansiedad que fue tratada como de urgencia con Diazepan 10 mg en el acto.

Ante la duda de los familiares les ofrecí la ambulancia para su traslado a la Arrixaca, pero los familiares prefirieron el traslado por medios propios”.

CUARTO.- Figura en el expediente la historia clínica del Hospital Virgen de la Arrixaca (folios 69 a 75), indicando el Director Gerente, respecto a los profesionales que atendieron a la paciente, que no pueden añadir nada más a lo que consta en aquélla.

QUINTO.- El informe de la Inspección Médica, de 12 de enero de 2005, recoge las siguientes conclusiones:

“1. La paciente se sentía mal desde hacía unos días pero no consideró oportuno solicitar asistencia médica hasta el día 01/06/2003 en que un médico del servicio de urgencias acude a su domicilio. Consigna como motivo de consulta “diabética” “no habla” y aprecia estado de ansiedad.

2. Posiblemente su sintomatología se debía a la instauración de un infarto subagudo de evolución tórpida, de presentación atípica, explicable por la patología previa que la paciente sufría.

3. Si bien podemos considerar que hubo error en la apreciación de la gravedad del cuadro, sólo se da este estudiando la evolución del mismo, ya que clínicamente el médico sólo apreció in situ ansiedad, y como tal actuó.

4. Dada la sintomatología de la paciente los días anteriores y el propio día de la atención no se consideró la sintomatología que presentaba como una emergencia y sí como una urgencia ya que según consta la paciente fue remitida al hospital.

5. Es en éste cuando se produce el agravamiento que conduce finalmente a la muerte, la paciente está en un primer momento consciente y orientada aunque con grave sintomatología. La rotura del músculo papilar hizo imposible su reanimación.

6. No se demuestra causalidad entre la actuación del médico y el resultado dañoso puesto que este es previsible que se hubiese producido igualmente dada la gravedad de la lesión anatómica referida”.

SEXTO.- Con fecha 2 de febrero de 2005, la instructora del expediente se dirige a los reclamantes con la finalidad de que propongan el nombre de los testigos de los que pretenden valerse, siendo cumplimentado el 10 de marzo de 2005 (folio 88) en el sentido de proponer a dos de los que figuran como reclamantes y a un tercero (D. J. M. J.).

SÉPTIMO.- Los tres peritos de la compañía aseguradora del ente público, especialistas en medicina interna, alcanzan las siguientes conclusiones:

“1.- D. J. S. S. consultó por un cuadro que fue interpretado por el médico de primaria que valoró a la enferma en el domicilio como cuadro de ansiedad.

2.- Dados los antecedentes de la paciente se debería de haber hecho una evaluación más exhaustiva para descartar otras causas orgánicas que precisen diagnóstico diferencial con la ansiedad. A la luz de la evolución posterior parece que se produjo un error diagnóstico etiquetando como ansiedad un cuadro de insuficiencia cardiaca congestiva.

3.- En todo caso en nuestro criterio este error en la valoración y en el diagnóstico de la enferma no ha tenido ninguna influencia, toda vez que la misma fue derivada a un centro hospitalario y que la evolución depende de la gravedad de la patología presentada por la paciente y no del retraso en su atención.

4.- El infarto de miocardio de la enferma es de unas 72 horas de evolución por lo que no estaba indicado tratamiento de repercusión. No constando que la paciente solicitase asistencia médica por este motivo con anterioridad a la prestada el día 1 de junio.

5.- La insuficiencia mitral aguda por rotura del músculo papilar supone una complicación gravísima de un IAM, su aparición y evolución no se relacionan con el error diagnóstico en primaria sino que son consecuencia del propio IAM, y de la concurrencia en esta enferma de otros datos de mal pronóstico (edad avanzada, arteriopatía severa que impidió utilizar el balón de contrapulsación aórtica y situación de shock).”

OCTAVO.- La instructora del expediente comunica a los reclamantes que no estima pertinente la testifical propuesta (folio 99), dado que algunos de los testigos son los mismos reclamantes, y se limitarán a reafirmar lo señalado en la reclamación. Al mismo tiempo les otorga un trámite de audiencia, que no es cumplimentado por los interesados.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 29 de agosto de 2005, desestima la reclamación porque considera que el daño sufrido por la finada no guarda relación causa-efecto con la asistencia médica recibida por parte del Servicio Murciano de Salud.

DÉCIMO.- Recabado el parecer del Consejo Jurídico, emitió el Dictamen núm. 147/2005, por el que se consideraba procedente completar la instrucción con la práctica de la testifical de D. J. M. J., propuesta por los reclamantes, debiendo de elevarse de nuevo para la emisión un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

UNDÉCIMO.- Consta la declaración del testigo, el 5 de diciembre de 2005, que responde del modo siguiente a las preguntas que se le formulan:

“Pregunta. Responda si se encontraba en el domicilio de D. J. S. S. el día 1 de junio de 2003 y sobre qué hora.

Respuesta. Me encontraba allí, porque soy su vecino y sabía que se encontraba enferma y fui a verla sobre las 17,30 o 18 horas.

P. Indique si estaba presente cuando llegó el médico de Urgencias.

R. Sí.

P. El motivo de llamar al médico era que viniera una ambulancia o sólo la viera.

R. Llamaron al médico de urgencias para que viera como estaba, y le puso un calmante y le dijeron que si en 3 o 4 horas no estaba bien, que se la llevaran a la Arrixaca, a pesar de la insistencia de los familiares para que la llevaran en la ambulancia, aun así les dijo que esperaran 3 o 4 horas. Ante la insistencia de los familiares el médico les dijo que la trasladaran por medios propios.

P. Usted J. A., vió si el médico le examinó.

R. La examinó y dijo que no tenía nada, estaba de cachondeo, le puso el calmante, y hablándole como si le conociera de toda la vida.

P. Sabe usted si el médico o los familiares llamaron a una ambulancia.

R. Sí, los familiares a la vez que llamaron al médico de urgencias llamaron a ambulancia y una de las hijas estuvo esperando en la plaza y vio como la ambulancia se equivocaba de calle y tardó más de lo debido, y cuando llegó la ambulancia el médico se había ido y la enferma la habían llevado por medios propios”.

DUODÉCIMO.- Con fecha 9 de diciembre de 2005 (registro de salida), la instructora del expediente recaba del Director Gerente del 061 un informe acerca de la hora de llamada y de la asistencia realizada a la paciente, que es cumplimentado el 16 de enero siguiente, relacionando la secuencia temporal del servicio de ambulancia demandado por los familiares.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 20 de febrero de 2006, D. I. N. C., en nombre y representación de los reclamantes, presenta alegaciones manifestando la disconformidad con la propuesta de resolución desestimatoria, pues estima que ha quedado demostrado que el diagnóstico del médico de urgencias fue erróneo, sin que examinara a la paciente y con retraso, de manera que sólo ante la insistencia de los familiares remitió al Hospital concluyendo que todo ello incidió en el estado de la paciente.

DECIMOCUARTO.- La nueva propuesta de resolución, de 9 de marzo de 2006, reitera la desestimación de la reclamación por la inexistencia de relación de causalidad entre el daño alegado y la asistencia médica recibida.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 27 de marzo de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando las actuaciones complementarias realizadas.

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 hijos de la finada -parentesco que puede inferirse de sus apellidos aunque sólo se acredita documentalmente respecto a D. E. M. S. (folio 13) y D. A. M. S. (folio 17), sin que hayan sido requeridos los restantes para acreditar tal circunstancia-, ostentarían 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). No obstante, la letrada que actúa en su representación, designada inicialmente a efectos de notificaciones, al presentar en su nombre el escrito de alegaciones, de 27 de febrero de 2006, debe acreditar documentalmente dicha representación en la forma establecida en el artículo 32.3 de la precitada Ley.

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco 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.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar.

Finalmente, 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 destacar que se ha superado el plazo de seis meses para resolver y notificar la resolución, prevenido 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 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 (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

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 imputan al Servicio Murciano de Salud un diagnóstico y tratamiento erróneo, privando a la paciente de la celeridad en la atención que precisaba, lo que provocó que la intervención en el centro sanitario fuera tardía y, en consecuencia, fuera inevitable la muerte de su progenitora. Fueron los familiares los que procedieron por sus propios medios a su traslado al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, donde se procedió a su ingreso de forma inmediata. En el posterior escrito de alegaciones, presentado tras el segundo trámite de audiencia, manifiestan que, según la declaración del testigo, la fallecida no fue examinada por el médico, sin que tampoco llegara la ambulancia al domicilio, por lo que se procedió a su traslado por parte de los familiares.

Veamos los hechos en relación con la asistencia sanitaria para deducir a continuación si concurren los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración:

- El 1 de junio de 2003, por la tarde, los familiares de la paciente dieron un aviso al médico del Servicio de Urgencias de Atención Primaria de Alcantarilla para que acudiera a su domicilio en Sangonera la Verde. Al mismo tiempo los familiares llamaron a una ambulancia del 061, según declara el testigo propuesto por la parte reclamante, y corrobora el Director Médico de la Gerencia del 061 (folio 147), que señala las 17,44 como hora de la primera llamada.

- El médico del Servicio de Urgencias de Alcantarilla visita el domicilio de la paciente, la examina según declara el testigo de parte, en contra de las alegaciones de los reclamantes, y anota como motivo de consulta diabetes (no habla), y aprecia estado de ansiedad, tratando la misma en el acto. A este respecto, la paciente se sentía mal desde hacía unos días, si bien no había considerado oportuno solicitar asistencia médica; incluso queda anotado en el parte del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca que “por la mañana estaba bien, ha ido a un entierro”. Sobre la hora en la que acudió el médico al domicilio de la paciente, el testigo declara que fue a visitarla sobre las 17,30 o 18 horas, y cuando llegó estaba presente el médico, de lo que se desprende que estuvo en el domicilio de la enferma alrededor de las 18,00 horas, y que no se demoró en su llegada desde que se le avisó, pues el testigo afirma que los familiares llamaron al mismo tiempo al médico de urgencias y a la ambulancia (la hora de la primera llamada, según el Director Médico del 061, fue las 17,44 horas). De acuerdo con su informe, en el momento en que atendió a la paciente, no presentaba alteración cardíaca (folio 27), recogiénose en la historia clínica del Hospital Virgen de la Arrixaca que la paciente, de forma brusca, presentó disnea, que motivó la consulta al Servicio de Urgencias del citado centro hospitalario (folio 70).

- Consta también en el parte de asistencia a domicilio del médico del Servicio de Urgencias de Atención Primaria de Alcantarilla (folio 8), aportado por la reclamante, que fue remitida la paciente al Hospital Virgen de la Arrixaca y, en cuanto al medio de traslado, se anota por “medios propios”. El médico que la asistió en su domicilio manifiesta que ofreció a los familiares una ambulancia pero estos prefirieron el traslado por sus propios medios. Este extremo es contradicho por los reclamantes, que señalan que le pidieron al médico que la trasladara al centro sanitario de forma urgente, y sin que accediera a ello por no estimar el cuadro de gravedad. A este respecto el testigo corrobora la versión de los reclamantes de que el médico les dijo que la trasladaran por medios propios.

- Con independencia de lo anterior, también consta que los familiares ya habían pedido una ambulancia y que ésta sí llegó al domicilio a las 18,24 horas (folio 147), cuando la paciente ya no se encontraba en el mismo, según el testigo (folio 143).

- La paciente fue asistida por el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca (se anota a pie de página que a las 19,01 horas, si bien se especifica que dicha hora es a efectos meramente de registro administrativo). A la exploración física está consciente y orientada, con mal estado general, taquipneica, con signos de bajo gasto cardíaco, la auscultación cardíaca es rítmica y en la auscultación pulmonar se aprecian crepitantes en ambos campos pulmonares. En el electrocardiograma presenta “mínimo ascenso del ST en cara inferior” (...). Mientras se le está realizando un ecocardiograma presenta parada cardiorrespiratoria procediéndose a su intubación y ventilación mecánica, y conexión a marcapasos trascutáneo. Posteriormente es trasladada a la UCI, relatándose en el informe del Servicio de Medicina Interna las actuaciones médicas seguidas con la paciente (folio 9), donde fue imposible la colocación de un balón de contrapulsación vía

femoral, y tras varios intentos percutáneos en ambas ingles se decide colocación a cielo abierto encontrando obstrucción de arteria femoral superficial derecha siendo imposible su colocación. Consta que falleció a las 23 horas de dicho día, según el certificado de defunción (folio 17)

A la vista de las actuaciones descritas, el Consejo Jurídico, basándose en los dos informes médicos que figuran en el expediente (el de la Inspección Médica y el de los peritos de la aseguradora), coincide en la ausencia de acreditación del nexo de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño alegado por los reclamantes por las siguientes razones:

1ª.- Ambos informes médicos reconocen el error por parte del médico que acudió al domicilio en la apreciación de la gravedad del cuadro que presentaba la paciente, si bien añaden que dicho error puede reconocerse a la luz de la evolución posterior del mismo. En todo caso ha quedado probado que el médico del Servicio de Urgencias sí examinó a la paciente frente a las alegaciones de los reclamantes.

2ª) Pese al reconocimiento de dicho error de diagnóstico que *per se* no genera responsabilidad patrimonial si no es causa eficiente del daño alegado, los informes médicos concluyen en que no aprecian relación de causalidad entre esta primera asistencia domiciliaria y el fallecimiento de la paciente por cuanto:

a) El médico de la asistencia domiciliaria, que no se demoró en acudir al domicilio de la paciente cuando fue avisado, la remitió al Hospital Virgen de la Arrixaca, según consta en el informe de asistencia (folio 8).

b) El hecho de que el traslado de la paciente no se realizara en ambulancia no cambia fundamentalmente la evolución, pues al tratarse de un infarto de miocardio lo fundamental es su traslado de la forma más rápida posible al hospital, y la familia la trasladó antes de llegar la ambulancia, que sí llegó al domicilio sobre las 18,25 horas.

c) El infarto de miocardio presentado por la paciente no es agudo, sino subagudo (de 72 horas de evolución, sin que se hubiera solicitado asistencia con anterioridad al 1 de junio de 2003), por lo que incluso en el caso de que se hubiera podido diagnosticar de forma inmediata, cuando fue valorada en su domicilio por atención primaria, no estaría indicado el tratamiento de reperusión (folio 97).

d) Cuando la paciente está en el Hospital, con todos los medios disponibles de la sanidad pública a su alcance, es cuando se produce el agravamiento que conduce finalmente a la muerte. La paciente está en un primer momento consciente y orientada aunque con grave sintomatología, y la rotura del músculo papilar hizo imposible su reanimación (folio 83).

Por lo tanto, la evolución desfavorable de la paciente no dependió del retraso en el diagnóstico y del modo en que se trasladó a la enferma al Hospital, sino que ambos informes médicos lo atribuyen a la gravedad de la lesión anatómica referida con anterioridad, pues la insuficiencia mitral aguda por rotura del músculo papilar supone una complicación gravísima de un IAM, y su aparición y evolución no se relacionan con el error de diagnóstico del Servicio de Urgencias de Atención Primaria, sino que es consecuencia del propio IAM y de la concurrencia en esta enferma de otros datos de mal pronóstico (edad avanzada, arteriopatía severa que impidió utilizar el balón de contrapulsación aórtica y situación de shock), según el folio 97.

En consecuencia, frente al juicio técnico contenido en el informe de la Inspección Médica (corroborado por los peritos de la aseguradora), las manifestaciones vertidas por los reclamantes sobre la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño alegado no deja de ser una afirmación de parte que no está justificada en parecer médico alguno, correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), sin que quepa, por tanto, entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el fallecimiento de la madre 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 dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la responsabilidad patrimonial por no concurrir el imprescindible nexo causal, sin perjuicio de la observación realizada sobre la acreditación de la representación a la que se hace referencia en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 82/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a R. M. V. C., en nombre y representación de su hija menor de edad C. A. V., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 15/05/06

Extracto de Doctrina

Conforme se razonó en el Dictamen número 42/03, “(...) aun cuando sea exigible al profesorado la diligencia propia de un buen padre de familia para prevenir el daño (artículo 1903 del Código Civil), incluso añadiendo un plus de intensidad por el especial cuidado de los alumnos en los centros de educación especial, resulta imposible que pueda convertirse en una actividad absolutamente controlada, respecto a una reacción fuera de todo cálculo (...).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el mes de mayo de 2005, el Director del Colegio Público de Educación Especial “Pilar Soubrier”, de Lorca (Murcia), suscribe una comunicación de accidente escolar ocurrido el día 9 de dicho mes, a consecuencia del cual la alumna C. A. V., de 13 años de edad, sufrió la rotura de gafas durante la hora del recreo. Describe lo ocurrido del modo siguiente: “*C. se quita las gafas, se las da a J. A. F. el cual al instante las quiebra. En ese momento I. (la monitora) atendía a otro alumno. M. N. (cuidadora) estaba llevando a otro alumno al baño para aseo y A. (monitora) también atendía a otro alumno*”.

SEGUNDO.- El 17 de mayo de 2005, D. R. M. V. C., en representación de la menor, presenta escrito solicitando que la Administración se haga cargo de los gastos que ascienden a la cantidad de 248,50 euros, acompañando fotocopia compulsada del libro de familia acreditativo del parentesco con la alumna accidentada y factura de una óptica por la cantidad reclamada.

TERCERO.- El informe del centro escolar, sin fecha y sin firma, señala, entre otros aspectos, lo siguiente:

Situación, circunstancias:

M. N. en el momento de los hechos estaba fuera de la sala aseando a una alumna.

Personal presente en la sala en ese momento: A. G. E. (profesora) e I. M. B. L. (monitora).

A. hacía lectura de un cuento, que interrumpe para llamarle la atención a una alumna que intentaba manipular el vídeo.

I. tenía cogido por las axilas a un alumno con el fin de recolocarlo en su silla, ya que éste se quejaba. Paralelamente le indicaba a C. que se pusiera las gafas, pero ésta no obedece y en décimas de segundo se las da a otro alumno que las quiebra de inmediato.

Características de la alumna que sufre el accidente:

Diagnóstico clínico: encefalopatía mitocondrial. CI: 40.

Calificación de minusvalía: 65%.

C. acostumbra a quitarse las gafas y dárselas a otros alumnos en el colegio.

R. M. (la madre) ha comentado en el colegio que C. también se quita las gafas en casa, llegando en alguna ocasión a quebrarlas.

Características del alumno que produce el accidente:

Tiene una edad cronológica de 11 años. Su calificación de minusvalía del ISSORM es de un 65 % de discapacidad. Su diagnóstico clínico es: encefalopatía malformativa congénita, epilepsia secundaria (...) No es capaz de controlar sus acciones, ni su fuerza, todo esto acompañado de una gran torpeza motriz.

CUARTO.- Conferido trámite de audiencia a la reclamante, no consta que formulara alegaciones y, tras ello, la propuesta de resolución, de 27 de febrero de 2006, desestima la reclamación por no existir nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público educativo.

QUINTO.- Con fecha de 1 de marzo de 2006, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico una vez finalizada la instrucción del procedimiento 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 persona interesada, la madre del menor, condición que acredita con la copia del libro de familia.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Colegio Público de Educación Especial "Pilar Soubrier" 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 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).

El tiempo de instrucción del procedimiento ha rebasado con creces el plazo semestral que concede la Ley, sin que medien causas justificativas de la tardanza.

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 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).

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 2099/2000). En el mismo sentido los Dictámenes números 81/00 y 208/02 de este Consejo Jurídico.

No obstante, en el presente supuesto se produce la circunstancia de que el evento ocurrió en un centro de Educación Especial, en los que, por sus características, la Administración está obligada a extremar su celo en la custodia de los alumnos. Así se recoge, entre otros, en los Dictámenes del Consejo de Estado números 4060/1996, de 19 de diciembre, y 1077/1996, de 9 de marzo. En esta misma línea se manifiesta la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos (Dictámenes números 183, 285, 294, 381, 409 y 461, del año 2000, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana y Dictamen número 75/2000 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha), y de este propio Consejo (Dictámenes números 30/2002, 107/2002, 31/2003, 5/2004 y 15/2005).

En consecuencia, en dichos centros especiales es exigible la adopción de medidas preventivas apropiadas para evitar eventos del tipo que nos ocupa. Sin embargo, también hemos señalado (Dictamen número 42/2003, entre otros) que, aun cuando por las minusvalías que padecen los alumnos sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de tales centros, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en uno de dichos centros de educación especial deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad

patrimonial. Por ello, conviene 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.

En el presente caso ha quedado acreditado en el expediente que los alumnos estaban vigilados en aquel momento, estando presente la maestra, y que la acción del compañero que rompió las gafas fue inevitable por su rapidez.

La concurrencia de las anteriores circunstancias corrobora la conformidad del Consejo Jurídico con la propuesta del servicio instructor, ya que, conforme se razonó en el Dictamen número 42/03, “(...) *aun cuando sea exigible al profesorado la diligencia propia de un buen padre de familia para prevenir el daño (artículo 1903 del Código Civil), incluso añadiendo un plus de intensidad por el especial cuidado de los alumnos en los centros de educación especial, resulta imposible que pueda convertirse en una actividad absolutamente controlada, respecto a una reacción fuera de todo cálculo (...).*”

Así pues, antes que la infracción de un deber de custodia se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso.

A la misma conclusión desestimatoria llega el Consejo de Estado, en su Dictamen nº. 3820/2000, de 11 de enero de 2001, por inexistencia de nexo causal entre la lesión sufrida por un alumno y la prestación de servicio público educativo, cuando la compañera de un niño en un centro de educación especial le dió en sus gafas, tirándoselas”.

2) Por último este Órgano Consultivo ha de reiterar nuevamente a la Administración educativa la necesidad de adoptar medidas que preserven al alumnado 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, advertencia en la que venimos insistiendo en este tipo de reclamaciones.

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 83/06.- Resolución del contrato formalizado con la empresa M.,S. A., por las obras de renovación del alumbrado público en el entramado urbano de la pedanía de Navares (Caravaca de la Cruz).

Consultante : Alcalde del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz

Fecha: 22/05/06

Extracto de Doctrina

El contratista incurre en mora cuando, llegado el día ad quem del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP). Llegado este momento y constatado que las obras no han finalizado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente sometido a consulta ya fue objeto de consideración por el Consejo Jurídico en Dictamen 38/2006, que concluyó manifestando la necesidad de completar tanto la documentación aportada en el expediente como la instrucción del procedimiento de resolución contractual, confiriendo nuevo trámite de audiencia a los interesados. Sin perjuicio de efectuar una remisión expresa a los antecedentes del referido Dictamen, procede recordar los hechos en los que se basa la consulta.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz aprobó los pliegos de cláusulas administrativas y técnico facultativas particulares que habían de regir la contratación, mediante subasta pública por procedimiento abierto, de la obra denominada “*renovación de alumbrado público en entramado urbano de la pedanía de Navares*”, así como el inicio del expediente de contratación con cargo al ejercicio presupuestario de 2005, disponiendo la apertura del procedimiento licitatorio. El presupuesto base de licitación es de 67.254,04 euros.

Publicado el anuncio de licitación, concurren seis empresas, resultando adjudicataria M. S.A, por ser la más económica (su oferta es de 54.000 euros, es decir, propone una baja sobre el presupuesto de licitación del 19,70%).

TERCERO.- El plazo de ejecución de la obra es de cuatro meses a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo, salvo observación en contrario en la misma. El referido acto tiene lugar el 28 de julio de 2005, haciéndose constar en el acta que “*la obra no comenzará hasta la aprobación del Plan de Seguridad y Salud que deberá ser aportado por el Contratista en el plazo máximo de ocho días*”. Redactado por la adjudicataria el referido documento de prevención de riesgos, fue aprobado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local el 15 de septiembre de 2005, por lo que el plazo de ejecución del contrato finalizaba el día 15 de enero de 2006.

CUARTO.- El 16 de enero de 2006, es decir, un día después de haber finalizado el plazo de ejecución de las obras, M. S.A. remite al Ayuntamiento, vía fax, la siguiente comunicación:

“M., S.A., comunica a la DF de la obra a ejecutar, que las luminarias estudiadas para la presentación de la licitación pública a esta subasta en concreto, no son la primera alternativa reflejada en proyecto y memoria (suponemos I, aunque no indican fabricante, designan Tipo), sino que son la segunda alternativa, también reflejada en memoria y proyecto, que se designa “similar” (C.).

(...)

Para el estudio de la obra “Renovación de Aluminado Público en entramado urbano de la Pedanía de Navares” solicitamos al proveedor el precio de dos luminarias:

I..

C..

En el presupuesto solicitado al proveedor, el precio de la luminaria nº 1 (I.), es prácticamente igual que proyecto, con lo que la baja a realizar sería mínima. Nuestro departamento técnico, decide entonces, y después de realizar el estudio de luminotecnía y verificar el rendimiento de las mismas, realizar la oferta de la licitación con la luminaria C., de reconocido prestigio; de esta manera, la baja realizada es más ventajosa para la empresa, y para la propiedad, en este caso el Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz.

Es obvio, que M., S.A. no pueda realizar la instalación eléctrica con las luminarias que nos indica la DF, ya que aparte de que el estudio de la proposición económica no se realizó con las luminarias I., sino con las luminarias C., el beneficio económico de la empresa al término de la obra, sería prácticamente nulo”.

QUINTO.- Con fecha 17 de enero de 2006, los técnicos directores de la obra informan que las luminarias propuestas por la empresa adjudicataria no se corresponden con las prescripciones técnicas descritas en el proyecto, no considerando que la propuesta sea similar a la proyectada.

SEXTO.- El 1 de febrero de 2006, la Junta de Gobierno acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual, incautar la fianza definitiva constituida por M. S.A. (2.160 euros) en concepto de daños y perjuicios, dar audiencia al contratista y avalista por plazo de diez días y, en caso de manifestarse oposición por parte del contratista, solicitar informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SÉPTIMO.- En cumplimiento de lo acordado, se envía burofax a la empresa adjudicataria y avalista con fecha 13 de febrero de 2006, al objeto de darle audiencia por plazo de 10 días. El 21 siguiente se recibe burofax de la empresa adjudicataria manifestando su oposición a la incautación de la garantía definitiva, en los siguientes términos:

“Después de reiteradas llamadas por parte del personal técnico de M., a la Dirección Facultativa de la referida obra, y al Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, no hemos obtenido respuesta alguna.

1. M., S.A., comunicó el 16 de enero de 2006 al Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz vía fax, un escrito explicativo indicando los motivos que la empresa tenía para no comenzar las obras.

Han esperado al día 13 de febrero, día en que expiraba el plazo de ejecución de la obra, para remitirnos su notificación y contestación, es decir, un mes. Por lo que el retraso del comienzo de la obra no solo es imputable a M.. (sic).

2. Según me notifica la dirección técnica de la obra, la luminaria propuesta por M. no cumple las características técnicas de la propuesta en Proyecto.

Indicarles, que en el proyecto que sacan a licitación pública, no se indica en ningún momento fabricante de la luminaria, suponemos I., porque designan un tipo. Y suponemos, porque llevamos desde el año 1986 trabajando para la Administración, pero un proyecto, no puede dar lugar a dudas o equívocos, e indicar tipo y no fabricante.

Si la Dirección técnica de la obra indica que la luminaria propuesta por M. no cumple con los requerimientos del proyecto, exigimos antes de la resolución del contrato, que al igual que el Dpto. técnico de M.. estudió y demostró que las luminarias propuestas sí cumplen con las proyectadas, se emita un informe técnico rebatiendo el estudio de M..

3. El gran empeño del Ayuntamiento de Caravaca o de la Dirección Facultativa de obra, de colocar luminarias del fabricante I., a sabiendas que no se indican en proyecto y que son mucho más caras que el precio indicado en el presupuesto, ha provocado el retraso de la referida obra, ya que no se ha querido llegar a ningún acuerdo, desoyendo nuestras alegaciones técnicas al respecto.

4. Por todo lo expuesto anteriormente, entendemos que no se ha incumplido como contratista los términos del contrato, sino que la Administración no ha querido tener una coordinación para la ejecución de la obra con M., y que la decisión de resolución de contrato por parte del Ayuntamiento, imputando la causa a M., es totalmente ilícita.

Por lo tanto, la dirección de M., S.A., no está dispuesta a que le sea incautada la fianza definitiva de 2.160 euros, sino, según 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, cree que ha habido un incumplimiento por parte de la propiedad de coordinar con el adjudicatario y que, puesto que la oferta por la que M., S.A. ha sido adjudicataria de la obra, está realizada en base a la luminaria similar que se indica como alternativa en proyecto (y que tiene carácter contractual), y después de demostrar que son válidas técnicamente, la resolución del contrato no es imputable a M., S.A., sino que según el art. 111 pto. c, respondería a mutuo acuerdo entre la Administración y contratista.

Del mismo modo, dado la oposición de Instalaciones Eléctricas M., S.A. a la incautación de la fianza definitiva, solicitamos informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia”.

OCTAVO.- Al folio 65 del expediente inicialmente remitido a este Consejo Jurídico consta informe de Ingeniero Técnico Industrial Municipal, co-director de la obra, que compara los equipos definidos en proyecto y los propuestos por el adjudicatario, en los siguientes términos:

“1.-DEFINICIÓN DE EQUIPOS SEGÚN PROYECTO:

BRAZO: Brazo Mural de 0’50 m., ornamental en poliamida reforzada con fibra de vidrio. Gama BM-11, color negro, montado sobre placa de anclaje en fachada.

LUMINARIA; Luminaria ornamental realizada en polímeros técnicos tipo FC-6, cubierta y embellecedores en policarbonato, difusores prismatizados mate en polímero acrílico de alta resistencia al impacto, reflector soporte del equipo en chapa de aluminio, base de fijación en poliamida con fibra de vidrio, tornillería de acero inoxidable, equipo de doble nivel y lámpara de vapor de sodio de alta presión de 100 w y 150 w, il/montaje y conexionado.

2.- DEFINICIÓN DE EQUIPOS PROPUESTOS POR EL ADJUDICATARIO:

BRAZO: Brazo decorativo construido mediante tubo de acero carbono S-235-JR, según norma UNE-EN-10025 o superior, pletinas forjadas y placa de fijación de chapa plegada en frío, acabado galvanizado en caliente por inmersión de una sola vez, previos tratamientos de desengrasado, decapado y fluxado, alcanzando un recubrimiento mínimo de 65 micras, según norma UNE-EN-1461, con pintura a petición del cliente.

LUMINARIA; Farol artístico tipo Villa reducido, fabricado en chapa decapada de acero carbono, de 1,5 mm de espesor. Cuerpo superior abatible, con alojamiento para equipos de encendido ventilado. Cerrado con difusores de metacrilato hielo o panel. Tuercas esféricas de latón y arandelas de goma para evitar la entrada de agua. Acabado mediante imprimado y esmaltado en color a definir por el cliente.

3.- CONSIDERACIONES GENERALES

Los equipos proyectados y los propuestos pueden considerarse similares en cuanto a su figura, dimensiones y aspecto. No obstante, sus características técnicas son completamente diferentes, por cuanto que los materiales proyectados son a base de polímeros técnicos, mientras que los propuestos son metálicos, tal y como se desprende de la propia definición efectuada.

Además de lo anterior, los equipos proyectados son elegidos atendiendo, básicamente a los siguientes criterios:

- Homogeneidad con las actuaciones llevadas a cabo en las renovaciones de alumbrado de otras Pedanías efectuadas en los últimos años.

- Resistencia a la agresividad a la intemperie y medio ambiente, por tratarse de materiales polímeros.

- Reducción del mantenimiento de pinturas y acabados, evitando materiales corrosivos y contaminantes.

- Bajo peso y funcionalidad de los equipos”.

NOVENO.- En tal estado de tramitación el expediente fue remitido al Consejo Jurídico para Dictamen, que fue emitido con el número 38/2006. Éste concluye con la indicación a la Corporación consultante acerca de la necesidad de completar la documentación enviada, incorporando la siguiente: a) el proyecto técnico o pliego de condiciones técnico facultativas, donde se describen las características de las luminarias a instalar en ejecución de la obra; b) estudio luminotécnico y de rendimiento de las luminarias propuestas por el adjudicatario y que éste afirma haber realizado; c) requerimientos efectuados por la dirección facultativa a la contratista, intimándola a comenzar las obras y a ajustarse a proyecto; y d) propuesta de resolución.

Asimismo, advertía el Consejo Jurídico que el Ayuntamiento debía poner en conocimiento del contratista el informe técnico emitido por el Ingeniero Técnico Industrial Municipal, donde se afirma la ausencia de similitud entre las luminarias descritas en el proyecto y las propuestas por la empresa adjudicataria.

DÉCIMO.- En orden a cumplir las indicaciones contenidas en el Dictamen, el Ayuntamiento efectúa las siguientes actuaciones:

a) Con fecha 22 de marzo de 2006, el Ingeniero Técnico Industrial Municipal informa que:

“- La dirección facultativa no dispone del estudio luminotécnico mencionado en el fax de fecha 16/01/06. De hecho, en dicho fax, se reconoce que dicho estudio fue realizado por el departamento técnico de la Empresa Adjudicataria en la fase de ofertas previo a la contratación de obras y que les sirvió de base para concretar la oferta económica de la obra.

- La dirección de obra no ha efectuado ningún requerimiento reglado a la empresa adjudicataria durante el período de vigencia del contrato. No obstante, sí han existido múltiples conversaciones telefónicas y presenciales en las dependencias municipales con los representantes de la empresa designados para esta obra, con el ánimo de iniciar y ejecutar los trabajos adjudicados”.

El contenido de este informe es objeto de certificación por parte del Secretario General del Ayuntamiento, con el visto bueno de su Alcalde.

b) También el 22 de marzo, el Secretario General de la Corporación formula propuesta a la Junta de Gobierno Local para que ésta acuerde la resolución del contrato, se incaute la fianza definitiva constituida por el contratista, y se dé audiencia a éste y al avalista por plazo de diez días, transcurrido el cual procederá adoptar el acuerdo correspondiente por el órgano de contratación.

c) El 23 de marzo, el Concejal Delegado de Obras y Servicios del Ayuntamiento somete a la Junta de Gobierno Local una moción coincidente con la propuesta de resolución formulada por el Secretario, siendo aprobada por el referido Órgano de gobierno municipal.

Dicho acuerdo es notificado al avalista y a la adjudicataria, con expresa indicación de la existencia tanto del informe técnico, expedido con posterioridad a la audiencia inicialmente concedida, como de otro informe, éste del Secretario General, previo a la primera remisión del expediente al Consejo Jurídico. Asimismo se le indica que tiene a su disposición el expediente completo, otorgando un plazo de diez días para manifestar su conformidad o disconformidad con la resolución del contrato.

Contesta la contratista mediante burofax de fecha 28 de marzo de 2006, ratificando la postura manifestada en anteriores escritos y, en consecuencia, manteniendo su oposición a la resolución del contrato e incautación de fianza.

UNDÉCIMO.- En tal estado de tramitación, la Junta de Gobierno Local decide continuar la tramitación del procedimiento de resolución, mediante la remisión del expediente al Consejo Jurídico, la cual se hará efectiva a través de consulta suscrita por el Alcalde, recibida en este Órgano Consultivo el pasado 12 de abril.

Incorpora el expediente el proyecto técnico de la obra, incluyendo relación de planos, memoria, anexos, estudio de seguridad y salud, pliego de condiciones y presupuesto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento de resolución

De conformidad con el artículo 96.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), la resolución del contrato por parte de la Administración sólo exige, desde una perspectiva estrictamente procesal, la adopción del pertinente acuerdo por el órgano de contratación, previa audiencia del contratista y, en el supuesto de formular éste oposición, Dictamen del Consejo Jurídico.

Del expediente remitido cabe concluir que, una vez subsanada la falta de audiencia acerca del informe técnico que negaba la similitud entre los brazos y luminarias propuestos por la adjudicataria y los descritos en el proyecto, puesta de manifiesto en el Dictamen 38/2006, se han cumplido los trámites prescritos por la Ley, constituyendo este Dictamen el último de los exigidos.

TERCERA.- Sobre la causa de resolución del contrato.

Si bien la propuesta de resolución no contiene una referencia expresa a la causa esgrimida para resolver el contrato, con manifestación del precepto legal en que se ampara, sí puede encontrarse dicha fundamentación jurídica en el informe que, el 24 de febrero de 2006, el Secretario General del Ayuntamiento elabora con ocasión de la primera remisión del expediente al Consejo Jurídico.

Según dicho informe, la causa de resolución en que pretende ampararse el Ayuntamiento es la contenida en el artículo 111, letra e) TRLCAP (no la d, como erróneamente se consigna hasta por dos veces), es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Esta causa está íntimamente ligada a la obligación que incumbe al contratista de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (artículo 95.1 TRLCAP).

En efecto, el contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem* del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP). Llegado este momento y constatado que las obras no han finalizado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP).

En el supuesto sometido a consulta, según los informes obrantes en el expediente y las propias manifestaciones del adjudicatario, a la fecha en que expiraba el plazo de ejecución de las obras (el 15 de enero de 2006, es decir, cuatro meses desde la aprobación, el 15 de septiembre de 2005, por la Junta de Gobierno Local del Plan de Seguridad y Salud de la Obra) éstas ni tan siquiera habían comenzado. Cabe precisar aquí que, si bien en el acta de comprobación del replanteo se establece que el comienzo de las obras se producirá una vez se apruebe el referido estudio de prevención de riesgos, lo que efectivamente se produce el 15 de septiembre, el comienzo del plazo de ejecución no puede contar para

el contratista más que a partir del momento en que se le comunica tal aprobación. No permite el expediente discernir cuándo se notifica de manera efectiva dicha aprobación, aunque el oficio dirigido por el Secretario General de la Corporación al adjudicatario es de 26 de septiembre de 2005. La empresa, por su parte, afirma que el último día del plazo para ejecutar las obras era el 13 de febrero de 2006, fecha ésta en la que tampoco habían comenzado las obras.

Siendo palmario el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, resta por determinar si éste es imputable al contratista, lo que constituiría un incumplimiento culpable y, en consecuencia, obligaría al Ayuntamiento a incautar la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP).

Como justificación para la no iniciación de las obras, la mercantil esgrime que la Dirección Facultativa le exige un determinado tipo de luminaria “FC-6”, cuando el Proyecto establecía una posibilidad alternativa a dicho tipo, al usar la expresión “tipo FC-6 o similar” en la descripción de dicho elemento. Amparándose en esta posibilidad, la empresa efectuó su proposición económica tomando como referencia una luminaria más económica que, sin embargo, a la hora de comenzar los trabajos, la Dirección Facultativa no admite. Para la adjudicataria, efectuar la obra instalando la luminaria exigida por la Administración le supondría un beneficio industrial prácticamente nulo. Por ello, muestra su disposición a ejecutar el contrato, pero siempre que se admita la instalación de la luminaria por ella propuesta.

Examinado el Proyecto, se advierte que en la descripción de las luminarias a instalar que efectúa la Memoria (apartado I.5.2), se admite la utilización de una “*luminaria simple tipo ornamental realizada en polímeros técnicos, tipo FC-6 o similar, cubierta y embellecedores en policarbonato, difusores prismatizados traslucidos en polímero acrílico de alta resistencia al impacto...*”. Es decir, si bien cabe la instalación de una luminaria similar a la tipo FC-6, dicha luminaria deberá cumplir con todas las especificaciones técnicas exigidas por la Memoria, entre las cuales desde luego se precisan los materiales de fabricación de sus componentes, requiriendo su realización en polímeros técnicos, cubierta y embellecedores en policarbonato, etc.

Respecto del brazo de soporte, la Memoria lo describe como “*brazo ornamental de 0,50 metros tipo BM-11 de poliamida reforzada con fibra de vidrio...*”. En este caso, la descripción no permite alternativa alguna, al no contener la expresión “o similar”.

Asimismo, dichas exigencias técnicas de luminaria y brazo de soporte también se contienen en otros documentos del Proyecto, singularmente en los planos (el número 6 se denomina “detalle de luminaria”) y en el denominado anexo de justificación de precios, documentos ambos donde se reiteran los materiales en que habrán de estar fabricados ambos elementos. La descripción de la luminaria que efectúan ambos documentos ya viene referida en exclusiva al tipo FC-6, sin la expresión “o similar” que contenía la Memoria.

Adviértase que Memoria y planos tienen valor contractual por así establecerlo, respecto de la primera, el artículo 128 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo referente a la descripción de los materiales básicos o elementales que forman parte de las unidades de obra, y respecto a los segundos, el apartado 2.7.2 del Pliego de Condiciones y la cláusula 1.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas.

Por su parte, la contratista propone instalar brazos de soporte y luminarias de fabricación metálica, al considerar que los modelos por ella indicados resultan similares a los definidos en el Proyecto y que, por consiguiente, tendrían cabida en la expresión “o similar” contenida en la Memoria, amparando esta afirmación en un pretendido estudio de luminotecnia que ni tan siquiera han facilitado a la Administración, por lo que no consta en el expediente.

Si ya la mera lectura de la descripción efectuada por el Proyecto permite descartar que los modelos propuestos se ajusten al mismo, dicha impresión resulta confirmada por el parecer técnico de la Dirección Facultativa de la obra, expresado en el informe del Ingeniero Técnico Industrial Municipal quien, tras comparar la propuesta de la contratista con el Proyecto, concluye en la inexistencia de similitud pues “*sus características técnicas son completamente diferentes, por cuanto que los materiales proyectados son a base de polímeros técnicos, mientras que los propuestos son metálicos*”, exponiendo los criterios en base a los cuales fueron elegidos los componentes proyectados, aludiendo a su resistencia, al menor mantenimiento, a la homogeneidad con otras actuaciones similares llevadas a cabo en otras pedanías y al bajo peso y funcionalidad de los equipos proyectados. Por lo expuesto, declara inaceptable la propuesta de la contratista, la cual venía obligada a ejecutar las obras con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, no habiéndolo hecho.

En consecuencia, incursa la contratista en mora, ante el vencimiento del plazo de ejecución de las obras sin haberlas comenzado, y siendo sólo a ella imputable el retraso, procede declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista con incautación de la garantía definitiva constituida.

CUARTA.- Sobre la interpretación de los contratos administrativos.

Sin perjuicio de lo expuesto en la Consideración anterior, el Consejo Jurídico quiere dejar constancia de la posibilidad, establecida por el ordenamiento jurídico para casos como el presente, de incoar un procedimiento o incidente de interpretación del contrato.

En efecto, en el supuesto sometido a consulta, si bien ha quedado acreditado que los términos en que se expresaba el Proyecto resultaban claros en la determinación de los materiales a emplear en la ejecución de la obra, no es menos cierto que la expresión “o similar” ha llevado a la mercantil adjudicataria del contrato a una confusión, resultado de la cual fue formular una propuesta económica basada en unas luminarias que no se ajustan a proyecto. Esta circunstancia se ve agravada por la forma de adjudicación del contrato, la subasta, que impide aportar junto a la proposición una memoria de las calidades propuestas por el licitador, a diferencia de lo que ocurre en los concursos, por lo que la diferente interpretación que de las exigencias técnicas de la obra efectúa empresa y órgano de contratación no se ponen de manifiesto hasta que el contrato ya ha sido adjudicado.

Considera el Consejo Jurídico que el Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, cuando tuvo conocimiento de la discrepancia existente acerca de las calidades exigidas en el proyecto, pudo haber incoado un procedimiento de interpretación del contrato, en los términos expresados en el artículo 59 TRLCAP, que faculta al órgano de contratación para la interpretación de los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, dando audiencia al contratista y solicitando el preceptivo Dictamen de

este Consejo Jurídico si aquél se oponía a la interpretación efectuada. Con este proceder se habría evitado dejar transcurrir el plazo de ejecución de las obras antes de incoar el procedimiento de resolución, pues una vez efectuada la interpretación del contrato por la Junta de Gobierno Local, se habría podido intimar al contratista para que, en un plazo determinado, diera comienzo a las obras con sujeción al acuerdo del órgano de contratación. Si, a pesar de ello, el adjudicatario hubiera persistido en su rebeldía, la Administración podría haber incoado el procedimiento de resolución contractual, sin perjuicio de que el contratista acudiera a las diversas vías de impugnación del acuerdo hermenéutico, pues éste pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo.

Ello no obstante, nada impide a la Corporación consultante seguir el procedimiento de resolución contractual a que se contrae este Dictamen, cuando se dan las causas que lo fundamentan, y que han quedado acreditadas en el expediente.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen, el Consejo Jurídico aprecia la concurrencia de causa de resolución del contrato formalizado entre el Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz y la empresa M., S.A., para la ejecución de obras de renovación del alumbrado público en el entramado urbano de la pedanía de Navares, por lo que procede acordar su resolución.

SEGUNDA.- Procede asimismo la incautación de la garantía definitiva constituida por la empresa adjudicataria del contrato, toda vez que ha quedado acreditado en el expediente un incumplimiento culpable por su parte.

No obstante, V. S. resolverá.

DICTAMEN 84/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. A. F. S., como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad por la ausencia de drenaje en la carretera C-3314.

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

Fecha: 22/05/06

Extracto de Doctrina

La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el reclamante (por todos, nuestro Dictamen núm. 72/2006),

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de noviembre de 2000, D. P. A. F. S. presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados a la finca de su propiedad en el término municipal de Cehegín, paraje Agua Salada, colindante a la carretera regional B-21 que une dicha población con la carretera C-3314, con motivo de las lluvias acaecidas los días 23 y 24 de octubre anterior, imputando al servicio público viario la ausencia de elementos de drenaje, conducciones de agua o cunetas a ambos lados de la carretera, así como a las deficiencias en el peralte.

Solicita una cuantía indemnizatoria de 311.000 pts. (1.869,14 euros), basada en el informe pericial que adjunta, por los siguientes conceptos:

- Limpieza de escombros: 24.000 pts (144,24 euros).
- Muro mampostería: 224.000 pts (1.346,26 euros).
- Alambrada malla galvanizada: 63.000 pts (378,63 euros).

SEGUNDO.- Con fecha 21 de mayo de 2001, emite informe el Ingeniero Coordinador de Conservación, sectores Alcantarilla-Caravaca, de la Dirección General de Carreteras, quien indica:

“Le informo que efectivamente es cierto que se produjeron determinados daños en la finca propiedad del reclamante y que colinda con la Carretera B-21.

Sin embargo, la valoración que acompaña es incorrecta, ya que el muro no ha sido reconstruido y por tanto no es abonable. Así pues consideramos que debe ser resarcido en la cantidad de 83.000 pts. correspondientes a la limpieza de escombros y a la alambrada.

En cuanto a las obras necesarias en la Ctra. B-21 para que no vuelvan a producirse daños en la citada finca, está previsto de inmediato construir unos gaviones que sustituyan al muro derruido y a su vez acondicionar las márgenes de la plataforma para establecer un adecuado drenaje”.

TERCERO.- Con fecha 20 de julio de 2001, D P. A. F. S. presenta escrito interesando la práctica de la prueba testifical propuesta consistente en la ratificación del informe

de valoración de daños, siendo practicada el 22 de noviembre de 2001, según acta extendida en los folios 72 a 74. De la misma fecha es la comparencia personal del reclamante para otorgar su representación a favor de D. S. C. C., según diligencia extendida el 22 de noviembre de 2001.

CUARTO.- El Servicio Jurídico de la Consejería emite informe favorable a la estimación parcial de la reclamación, tras reconocer que se trata de un supuesto en el que concurre el necesario nexo causal entre la producción del hecho dañoso y el funcionamiento del servicio público viario; sin embargo, considera que debe excluirse de la cantidad a indemnizar la partida correspondiente a la reconstrucción del muro de mampostería, al no haber sido reparado por el interesado con posterioridad a la producción de los daños.

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, su representante presenta alegaciones el 21 de diciembre de 2001, en las que manifiesta su oposición a que se excluya el resarcimiento del muro de mampostería por no haber sido objeto aún de reconstrucción, entendiendo que la reparación del daño no puede quedar condicionada a la previa reparación, con fundamento en el principio *restitutio in integrum*.

SEXTO.- La propuesta de resolución, de 10 de enero de 2002, estima parcialmente la reclamación con los mismos fundamentos que el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, ya citado.

SÉPTIMO.- El informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, de 15 de marzo de 2002, considera, por el contrario, que los daños no pueden ser imputados a la Administración regional, pues no está acreditado el nexo causal entre la producción de los mismos y el funcionamiento del servicio público de carreteras, ni se puede descartar inequívocamente la existencia de fuerza mayor.

OCTAVO.- Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, es evacuado bajo el núm. 62/2003, informando favorablemente la propuesta de resolución en cuanto concurren los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial, y desfavorablemente en cuanto a la cuantía indemnizatoria, debiendo ser aclarado, a través de una instrucción complementaria y respetando el principio de contradicción, si la Administración va a ejecutar el muro destruido que solicita el reclamante o, incluso, si la parcela soporta otras avenidas por su situación, y consecuentemente han de deslindarse los daños imputables a la falta de un adecuado drenaje de la carretera.

NOVENO.- La instructora del expediente recaba informe aclaratorio de la Dirección General de Carreteras sobre este extremo, el 24 de abril y 11 de septiembre del año 2003, el 3 de marzo, 22 de abril y 8 de junio de 2004. Mientras tanto el letrado del reclamante presenta un escrito en el que solicita, ante la falta de respuesta por parte de la Dirección General de Carreteras, que se traslade nuevamente el expediente al Consejo Jurídico poniendo en su conocimiento dicha situación, e infringiendo de dicha inactividad la admisión tácita de indemnizar el muro de mampostería por la cantidad reclamada.

DÉCIMO.- Tras un nuevo escrito del letrado del reclamante, de 1 de julio de 2004, en el que se pone de manifiesto la falta de diligencia del servicio responsable y se solicita que se remita el expediente al Consejo Jurídico, la instructora vuelve a recabar el informe del centro responsable del daño causante, que finalmente es emitido el 19 de abril de 2005 en el siguiente sentido:

“En referencia al mencionado expediente, como bien se puede ver en la documentación adjunta, ya se informó el 21 de mayo de 2001, en el sentido de que efectivamente se produjeron determinados daños y se aceptaba como adecuada la valoración de los mismos, salvo la obra de reconstrucción del muro que en aquella fecha no se había llevado materialmente a efecto.

En ese mismo informe se indicaba a la Dirección General de Carreteras la necesidad de construir un muro de gaviones y adecuar las márgenes para evitar que se produjese de nuevo la acumulación de aguas en la finca del reclamante. Obras que se llevaron a cabo posteriormente, durante el mismo año 2001, por lo que la reparación del muro deteriorado no se hizo a costa del reclamante.

Así pues y con razonamientos sobrados, nos mantenemos en lo manifestado en mi informe de 21 de mayo de 2001, en cuanto se refiere a la limpieza de escombros y reposición de alambrada, llevadas a efecto en su día por D. P. A. F. S.”.

UNDÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones en el sentido de que la construcción de los gaviones, junto al margen de la carretera, no supone el resarcimiento de los daños sufridos, sino que responde a la necesidad de dar estabilidad al firme de la carretera que resultó dañado, así como evitar que se produzcan futuros daños. Manifiesta que ha tenido que construir el muro en el lugar en que originariamente se encontraba, asumiendo su coste económico, a cuyo efecto aportará copia de la factura. Concluye que el técnico informante de la Dirección General de Carreteras pretende atribuir efectos de compensación o resarcimiento por los daños causados al muro de su propiedad, mediante la realización de unas obras (gaviones) cuya razón de ser obedece a razones distintas al resarcimiento, como son el adecuado mantenimiento, conservación y reparación de la carretera.

Con fecha 27 de mayo de 2005, la parte reclamante presenta factura relativa a la construcción de una mampostería hidráulica por un valor de 1.472,49 euros.

DUODÉCIMO.- La nueva propuesta de resolución, de 22 de marzo de 2006, desestima la inclusión de la reparación del muro de mampostería dentro del *quantum* indemnizatorio, al considerar acreditado que de la ejecución de la obra pública ha resultado resarcido uno de los daños causados en la finca de D. A. F. S., como medida de prevención.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 6 de abril de 2006, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo completo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico sobre el presente expediente de responsabilidad patrimonial, a los efectos prevenidos en el artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial (en lo sucesivo RRP), que establece que el citado órgano consultivo se pronunciará sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, y sobre la cuantía y modo de indemnización.

Sin embargo, conviene recordar que nuestro Consejo ya dictaminó preceptivamente el expediente de responsabilidad, mediante el Dictamen núm. 62/2003, en el sentido de estimar la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial, así como entró a considerar el *quantum* indemnizatorio, aconsejando que se aclarara una de las partidas reclamadas por el interesado, por si la Administración la hubiera ejecutado materialmente.

Por tanto, el presente Dictamen únicamente puede constreñirse a enjuiciar la labor instructora acerca de una de las partidas del montante indemnizatorio, finalmente excluida, hasta tal punto que puede sostenerse que se emite con carácter facultativo. Distinto parecer se hubiera alcanzado si el Consejo Jurídico no hubiera entrado a considerar en aquel Dictamen el *quantum* indemnizatorio, o si la actividad instructora complementaria hubiera alterado la propuesta de resolución. No empece lo anterior que el reclamante, ante la evidente paralización del procedimiento, recabara una y otra vez nuestra intervención para que finalmente se resolviera el expediente de responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA.- Cuestiones formales.

El Consejo Jurídico se encuentra en la obligación de advertir la larga paralización del presente procedimiento, en contra de los principios de celeridad, impulso de oficio, agilidad y eficacia que el ordenamiento jurídico impone a la actuación administrativa pues, conforme a nuestro Dictamen núm. 62/2003, el único acto de instrucción pendiente era la determinación de si una partida (reconstrucción del muro de mampostería) se incluía en el *quantum* indemnizatorio reclamado por el interesado, y para ello han tenido que transcurrir tres años, sometiéndose al Consejo Jurídico la misma propuesta de resarcimiento económico que en el año 2003 (incrementada en 4.000 pts. o 24,04 euros), y con el agravante de que existen datos que no terminan de esclarecerse por parte de la instrucción: por ejemplo, si se refieren al mismo muro la Administración y el reclamante; si la ejecución de los gaviones en la carretera, que tiene una finalidad preventiva, es la misma que la reconstrucción del muro de mampostería en la propiedad del afectado; si su deterioro fue achacable o no a las lluvias acontecidas o, por el contrario, por su topografía se encontraba afectado por otras avenidas, etc. Además de la falta de colaboración del órgano gestor del servicio en el que se produjo el daño (Antecedente Noveno), también ha contribuido a la paralización del procedimiento la falta de impulsión de oficio (artículo 74.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC), el constante cambio de instructores (4 en total), que debería haberse notificado al reclamante a los efectos de su recusación, si procediera, en los términos establecidos en el artículo 29 LPAC, pero que, en ningún caso, ha motivado indefensión para proponer la retroacción del procedimiento, pues la defensa del interesado reclama un pronunciamiento definitivo del mismo.

A la vista de lo anterior, conviene recordar que una instrucción incompleta posibilita una propuesta errónea y, por lo mismo, puede abocar a una resolución inadecuada, como tuvimos ocasión de señalar en nuestra Memoria correspondiente al año 1999.

TERCERA.- Sobre la justificación del *quantum* indemnizatorio.

Dictaminada ya por el Consejo Jurídico la procedencia de estimar la responsabilidad patrimonial, al concurrir los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial, restaría por considerar el *quantum* indemnizatorio que se propone tras las actuaciones complementarias realizadas.

Conviene recordar que el interesado solicitó, en el escrito de reclamación de 29 de noviembre de 2000, la cantidad de 311.000 pts. (1.869,14 euros), aportando un informe de un ingeniero agrónomo, en concepto de:

- Limpieza de escombros: 24.000 pts (144,24 euros).
- Muro mampostería: 224.000 pts (1.346,26 euros).
- Alambrada malla galvanizada: 63.000 pts (378,63 euros).

Dicha valoración fue ratificada por el perito mediante prueba testifical.

La primera propuesta de resolución, de 9 de abril de 2002, valora el daño en la cantidad de 83.000 pts. (498,84 euros), con fundamento en el informe del Ingeniero Coordinador de Conservación de los Sectores de Alcantarilla-Caravaca de la Dirección General de Carreteras, que excluye la partida del muro de mampostería, al considerar que no ha sido reconstruido, estimando que debe ser indemnizado el particular en la precitada cantidad, correspondiente a la limpieza de escombros y alambradas.

En cuanto a la limpieza de escombros y alambrada de malla galvanizada ya indicamos en el Dictamen núm. 62/2003 que, reconocida la realidad de estos daños, ninguna razón se aportaba en el informe del técnico de la Administración para reducir la cantidad por estos conceptos en 4.000 pts. (24,04 euros), por lo que debía aceptarse la cantidad propuesta por el reclamante, habiéndose adecuado la nueva propuesta de resolución a la observación indicada (87.000 pts. o 522,88 euros).

Restaría por determinar si ha de incluirse en el montante indemnizatorio la partida correspondiente a la reconstrucción del muro de mampostería en la propiedad del reclamante (inicialmente se recogía en el informe del perito la cantidad de 224.000 pts. o 1.346,26 euros), habiendo aportado su representante legal una factura expedida el 2 de mayo de 2005, por este concepto (mampostería hidráulica), que incluye desescombros de piedra, por valor de 1.472,49 euros.

La cuestión a dilucidar es si con la realización de las obras por parte de la Administración regional, consistentes en la construcción de un muro de gaviones y adecuación de las márgenes para evitar que se produjesen la acumulación de aguas en la finca del reclamante, debería excluirse del montante indemnizatorio la partida de la reconstrucción del muro de mampostería por parte del interesado. Para la instructora el muro de gaviones se construyó como ejecución de obra pública de la Comunidad Autónoma y, como consecuencia de la cual, queda implícitamente resarcido uno de los daños causados en la finca de D. A. F. S. como medida de prevención. Por el contrario, para el reclamante su construcción no supone el resarcimiento de los daños sufridos, sino la reparación de los daños de la carretera y en evitación de futuros a la finca de su propiedad. Además manifiesta que tales gaviones han sido construidos junto al margen de la carretera, y no en el lugar donde se encontraba el muro destruido por las lluvias cuya indemnización reclama, que se encontraba en su propiedad. En todo caso aporta una factura y unas fotografías sobre la efectiva reconstrucción del muro.

Es en este punto donde la instrucción del expediente nos deja huérfanos de datos, siendo imputable a la Administración sus consecuencias. No obstante, se desprenden del expediente los siguientes, que motivan que el Consejo Jurídico concluya en la necesidad de incluir dentro del montante indemnizatorio la reconstrucción del muro de mampostería en la propiedad del reclamante:

1º. La Administración ha construido un muro de gaviones en el margen de la carretera y ha adecuado dichas márgenes para evitar que se produjese de nuevo la acumulación de aguas en la finca del reclamante (informe del Ingeniero de Caminos de la Dirección General de Carreteras de 19 de abril de 2005).

2º. Además, en la propiedad del reclamante existía un muro de mampostería en seco de altura 3 m.l. y longitud de 7 m.l, que se derrumbó, según se constató por el informe pericial realizado por el Ingeniero Agrónomo en octubre del 2000, presentado con el escrito de reclamación.

3º. La propiedad ha reconstruido dicho muro, como prueban la factura y las fotografías aportadas por su representante por escritos de 20 y 27 de mayo de 2005.

Por tanto, si la extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el reclamante (por todos, nuestro Dictamen núm. 72/2006), como sucede con la reconstrucción del muro de mampostería, y la Administración no ha probado, ni siquiera indiciariamente, que el derrumbe del muro existente en la propiedad del reclamante, cuya titularidad no discute (aunque en la escritura aparece que los terrenos del reclamante colindan con carretera mediando brazal concejil), se debió a otra causa distinta que la que motiva el presente expediente de responsabilidad patrimonial, ha de ser aceptada, congruentemente, su inclusión en la cuantía indemnizatoria, resultando la cantidad de 1.851,12 euros, muy coincidente con la presupuestada por el perito del reclamante en el año 2000 (1.869,14 euros), por los siguientes conceptos:

- En concepto de desescombro y construcción de muro de mampostería la cantidad de 1.472,49 euros, de acuerdo con la factura aportada por el reclamante expedida en el año 2005.

- En concepto de alambrada de malla galvanizada: 63.000 pts (378,63 euros), que es la cantidad propuesta en el escrito de reclamación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El presente Dictamen se emite con carácter facultativo, pues versa sobre una propuesta de resolución de un expediente de responsabilidad que fue objeto de nuestro Dictamen preceptivo núm. 62/2003 (Consideración Primera).

SEGUNDA.- En cuanto al procedimiento cabe destacar la larga paralización del mismo, en contra de los principios de celeridad, impulso de oficio, agilidad y eficacia, que el ordenamiento jurídico impone a la actuación administrativa (Consideración Segunda).

TERCERA.- El Consejo Jurídico no comparte la nueva propuesta de resolución, de 22 de marzo de 2006, ya que el reclamante debe ser resarcido de la reconstrucción del muro de mampostería realizado en su propiedad por las razones que se recogen en la Consideración Tercera. Por ello, la cuantía indemnizatoria resultante por los tres conceptos reclamados sería de 1.851,12 euros, en atención a la factura aportada, y sin perjuicio de la actualización que corresponda.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 85/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. V. L. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. E. L., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 22/05/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el dictamen núm. 23.

DICTAMEN 86/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. P. V., en nombre y representación de su hija menor de edad C. M. P. C., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 22/05/06

Extracto de Doctrina

El deber de mantenimiento de las instalaciones escolares pesa sobre la Administración educativa de tal manera que, cuando ellas son la causa del daño, debe concluirse la existencia de nexo entre tal daño producido y el funcionamiento del servicio público educativo, al que corresponde vigilar y promover lo necesario para garantizar el mantenimiento de las debidas condiciones de seguridad en dichas instalaciones del Colegio (Dictamen 128/2003), deber cuya infracción supone un funcionamiento anormal del servicio público.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha de registro de entrada de 20 de febrero de 2004, D. P. P. V., presentó escrito solicitando que la Administración se haga cargo de gastos que ascienden a la cantidad de 216 euros, acompañando fotocopia compulsada del libro de familia acreditativo del parentesco con el alumno accidentado y una factura de una clínica dental por la cantidad reclamada. Según relata, el accidente sufrido por la menor se produjo “*con fecha 23 de enero de 2004...al acercarse a beber agua del grifo del patio resbaló con el chinarrillo del suelo y se dio con el grifo en los dientes, partiéndose un diente*”.

SEGUNDO.- Recabado el informe del centro escolar, fue emitido el 7 de octubre de 2005 y en el mismo se relata lo siguiente: *“El día 23 de enero de 2004, a la salida del Colegio (ésta se efectúa a las 14,00 horas), la alumna C. M. P. C. se acercó a la fuente que está situada en el patio de primaria a beber agua, donde resbaló golpeándose con el grifo en un diente, el cual se le partió según nos relató su padre. La fuente, de metal y con dos grifos con pulsadores, está situada en el patio de primaria y el suelo es de chinarrillo, por lo que aunque, en un momento dado, esté mojado, es prácticamente imposible que el resbalón se produjera a causa del estado del suelo. Por otra parte, comunicarle que como era a la hora de la salida, el profesorado estaba en sus aulas donde vigilaba que la salida de las aulas y en los pasillos se produjera de la mejor manera posible; por lo que en el patio, donde esperaban todos los padres a sus hijos no había ningún personal docente”.*

TERCERO.- Conferida audiencia al reclamante el 31 de octubre de 2005 compareció doña M. F. C. R., madre de la alumna, quien, tomando vista del expediente, realizó las siguientes alegaciones que se documentaron en diligencia: *“Que aunque el informe diga que el suelo es de chinarrillo y que es prácticamente imposible el resbalón incluso estando mojado, considero que no es cierto porque sí es posible que se produzca el resbalón porque el chinarrillo se desplaza y mi hijo ha comprobado en el lugar donde ocurrió el accidente, en la fuente que está en el patio, que es posible el deslizamiento aunque esté seco. Debajo del chinarrillo hay tierra compactada y encima el chinarrillo que hace el efecto de bolas que se deslizan. Solicita que se compruebe que efectivamente el suelo no es adecuado para estar en el patio del colegio”.*

CUARTO.- Practicada la prueba pericial solicitada por el interesado, emitieron informes el Jefe de Servicio Tecnológico de la Dirección General de Carreteras y la Unidad Técnica de Centros Educativos, afirmando esta última que *“los signos externos que han podido comprobarse, visualizados en las fotos adjuntas, reflejan la superficie de engravillada del patio enclaustrado donde se halla la fuente, cuyo estado suelto sobre la base posibilita la causa-efecto, pudiendo cambiar las condiciones de riesgo según el grado de humedad de la misma, considerando que la solución del conjunto del piso del patio es adecuada a la función que tiene.* En el informe emitido por el Jefe de Servicio Tecnológico se afirma *“que es verosímil el desplazamiento del chinarro o gravilla al tratarse de un material de tamaño uniforme no cohesivo, aún cuando esté sobre un suelo de albero, material de grano más fino y no plástico. Asimismo el riesgo de desplazamiento puede aumentar por la presencia de humedad al disminuir el rozamiento entre las partículas del chinarro o gravilla”.*

QUINTO.- Recabado el parecer del Consejo Jurídico, por Acuerdo núm. 4/2006 se decidió solicitar que se completaran las actuaciones, ya que debía informar la Unidad Técnica de Centros sobre si existen normas o instrucciones técnicas sobre el uso de suelos como el utilizado en el patio donde se produjo el accidente (chinarrillo), teniendo en cuenta que, en este caso, está circundando una fuente y, de no existir normas o instrucciones concretas, que se manifieste cuál es la práctica de la Consejería, y por qué se indica en el informe de 23 de enero de 2006 (folio 25) que *“la solución del conjunto del patio es adecuada a la función que tiene”.*

SEXTO.- Con fecha 17 de marzo de 2006, se ha remitido al Consejo Jurídico el informe de la Unidad de Centros Escolares, que dice lo siguiente:

Las instalaciones escolares de patios de recreos tienen su base únicamente en las OO MM de Educación y Ciencia de 14-08-1975 y 4-11-1991, que desarrollan los programas de necesidades para la redacción de proyectos de construcción de Centros Públicos, cuyas recomendaciones a los espacios exteriores son como siguen:

ORDEN de 14 de agosto de 1975, instrucción 6 Urbanización y Jardinería. 6.1.- El proyectista deberá estudiar el máximo aprovechamiento racional del solar, no sólo para facilitar los juegos de los niños, sino porque es necesario contar con espacios libres que permitan futuras ampliaciones o nuevas construcciones. 6.2.- Se incluirá la urbanización del terreno escolar en su totalidad, dentro de un costo prudencial y dedicando especial atención a la zona representativa.

ORDEN de 4 de noviembre de 1991, instrucción 2 Espacios exteriores. 2.2.- Los espacios exteriores deberán estar tratados en su totalidad con materiales adecuados según sus usos, disponiendo de las instalaciones correspondientes tales como drenajes, alumbrado, tomas de agua, señalizaciones, etc.

Por lo que ratificamos, que los signos externos que han podido comprobarse tiene engravillada la superficie del patio enclaustrado donde se halla la fuente, solución del piso que por nuestra experiencia y de acuerdo con las recomendaciones de diseño anteriores es adecuada a la función de uso que tiene”.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 10 de febrero de 2006, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial por existir nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño patrimonial, pues los informes obrantes al expediente establecen una relación clara entre el daño y el material del suelo de la zona de patio, cuestión que se dice ya apreciada en otros accidentes.

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 persona interesada, el padre de la menor, condición que acredita con la copia del libro de familia.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Colegio Público “Nuestra Señora de la Consolación”, de Molina de Segura, 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 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).

El tiempo de instrucción del procedimiento ha rebasado con creces el plazo semestral que concede la Ley, sin que medien causas justificativas de la tardanza.

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.

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 tales casos, 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 2099/2000). En el mismo sentido los Dictámenes números 81/00 y 208/02 de este Consejo Jurídico.

El deber de mantenimiento de las instalaciones escolares pesa sobre la Administración educativa de tal manera que, cuando ellas son la causa del daño, debe concluirse la existencia de nexo entre tal daño producido y el funcionamiento del servicio público educativo, al que corresponde vigilar y promover lo necesario para garantizar el mantenimiento de las debidas condiciones de seguridad en dichas instalaciones del Colegio, (Dictamen 128/2003), deber cuya infracción supone un funcionamiento anormal del servicio público.

Estima el Consejo Jurídico, compartiendo el sentido de la propuesta de resolución, que el piso de gravilla que circunda la fuente ha sido la causa del accidente sufrido por la alumna, y la Administración no ha ofrecido criterio razonado sobre su uso en instalaciones escolares, existiendo otras alternativas que evitan el efecto de deslizamiento descrito en el informe del Servicio Tecnológico de la Dirección General de Carreteras; en tales condiciones el particular no está obligado a soportar el daño.

En cuanto a la valoración de éste, se ha justificado lo solicitado, debiendo ser esa cantidad la que se reconozca al reclamante, sin perjuicio de su actualización.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria objeto de Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 87/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. J. P. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 22/05/06****Extracto de Doctrina**

La ventana no se encontraba en las condiciones debidas, y correspondiendo a los responsables del IES cuidar que las instalaciones y demás medios materiales del Centro se hallen en condiciones de seguridad de modo que no puedan causar daños a los alumnos, al personal, o a terceros, en su persona o en sus bienes, resulta evidente la relación de causalidad existente entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado al vehículo del reclamante.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2004 tiene entrada en registro general de la Consejería de Educación y Cultura un informe del Director del Instituto de Educación Secundaria “Miguel de Cervantes”, sobre un accidente escolar ocurrido en el citado Centro el día 1 de dicho mes y año. En el informe se pone de manifiesto lo siguiente:

“**ANTECEDENTES:**

1.El pasado día 1 de diciembre de 2004, desde el aula 88 del Centro (pabellón de la E.S.O.) cayó a la calle Rey D. Pedro I una hoja de ventana del aula, impactando contra un coche que estaba estacionado en dicha calle, junto a la acera que da al edificio del Centro antes citado.

2.Como consecuencia de ello el vehículo sufrió diversos desperfectos, que se detallan en los informes anexos.

3.El coche accidentado pertenece al profesor de Educación Física de este Centro, J. J. P. P., que lo aparca en dicho lugar, al impartir sus clases en el Pabellón de San Basilio, que se encuentra en la citada calle.

4.Recabada la información oportuna a través del Jefe de Estudios Adjunto para la E.S.O., de la profesora que en ese momento estaba en el aula, y de los dos alumnos implicados directamente en el incidente podemos informar que:

- Al iniciarse la 5ª hora y cuando los alumnos del curso 2º C de la E.S.O. estaban entrando en el aula nº 88 y se disponían a ocupar sus asientos, dos alumnos que ocupaban sus sitios cerca de la ventana pugnaban por cerrar la hoja de la ventana, uno de ellos (porque según él tenía frío) mientras que la otra alumna interpone sus manos en la hoja de la ventana para evitar que su compañero la cierre (la alumna argumentaba que ella tenía calor y prefería que la hoja de la ventana permaneciera abierta).

- Como consecuencia de la breve y rápida disputa cae a la calle una de las dos hojas de la ventana, cuando ni la profesora ni el resto de los alumnos había terminado de ocupar sus asientos ni por tanto empezado la clase lectiva de una manera

normal.

- Ante la perplejidad de los dos alumnos implicados, que se ven sorprendidos porque haya caído a la calle la hoja de la ventana, cuando según ellos no hicieron la suficiente fuerza para ello, se provoca el nerviosismo y llanto de los implicados ante la posible magnitud y consecuencia del hecho. Por la acera no pasa nadie en ese momento, afortunadamente, pero la hoja de la ventana impacta en su caída contra uno de los coches estacionados produciéndole diversos desperfectos.

-El hecho se comunica inmediatamente al Jefe de Estudios Adjunto para la ESO que se encuentra en dicho pabellón y uno de los conserjes sale a la calle, retira la hoja de la ventana y los cristales rotos.

5. De las declaraciones ante esta Dirección de la profesora, de los dos alumnos, del profesor dueño del coche, del Jefe de Estudios Adjunto y de la conserje se desprende:

- Que no ha habido intencionalidad por parte de los dos alumnos, aunque si se les puede aplicar la falta de hacer mal uso de las instalaciones del Centro, de acuerdo con el Reglamento de Régimen Interno del Centro.

- Que el incidente no pudo ser evitado por nadie de los presentes en el aula en ese momento.

- Que los daños ocasionados son únicamente materiales y consisten en la rotura del cristal de la hoja de la ventana y parte de la estructura de aluminio, y en los desperfectos causados en el coche que estaba aparcado.

- El profesor, dueño del coche, nos presenta la oportuna denuncia de daños, para que se pueda arreglar los desperfectos, a través de los cauces establecidos al efecto.

6. Puesto que el Centro no dispone de Seguro de Responsabilidad Civil ni Penal (no está reglamentado ni autorizado), el incidente se pone en conocimiento del SERVICIO JURÍDICO de esa Consejería, a través del teléfono, para que nos indiquen el procedimiento a seguir, y se nos indica que enviemos la información y documentación, lo más completa posible, para que se proceda a estudiar la misma y en consecuencia a valorar las indemnizaciones que procedan por la responsabilidad patrimonial que esa Consejería, como responsable civil subsidiaria, pudiera corresponderle.

Datos complementarios:

Alumno implicado: J. C. O., 2º C, ESO.

Alumna implicada: S. P. M., 2º C ESO.

Dueño del coche: D. J. J. P. P., DNI núm. X

Matrícula: X”.

SEGUNDO.- Mediante escrito fechado el 14 de febrero de 2005 la Vicesecretaría de la Consejería consultante hace saber al Director del IES que el informe enviado no tenía carácter de reclamación y de que, por lo tanto, para poder iniciar el correspondiente expediente por presunta responsabilidad patrimonial de la Administración era necesario que el perjudicado presentara escrito en tal sentido, aportando la valoración de los daños sufridos, así como justificantes de la reparación efectuada.

TERCERO.- El día 15 de julio de 2005 tiene entrada en la Consejería de Educación y Cultura la reclamación formulada por D. J. J. P. P., en la que solicita se le haga efectiva la cantidad de 325,15 euros, importe de la reparación de los desperfectos sufridos en el vehículo de su propiedad Audi-A6, X. Acompaña factura de un taller mecánico.

CUARTO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de fecha 25 de julio de 2005, dicha circunstancia fue notificada al reclamante.

Posteriormente, se dictó nueva Resolución de dicho órgano por la que acordaba el cambio de instructora, lo que, asimismo, fue puesto en conocimiento del reclamante.

Seguidamente 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.

QUINTO.- Mediante escrito fechado el 11 de enero de 2006 la instructora solicita nuevo informe al Director del IES. Dicho requerimiento fue cumplimentado mediante escrito remitido el día 23 del mismo mes, en el que se indica lo siguiente:

“En relación a la petición de un segundo Informe ampliatorio, del ya efectuado en su momento, en el que se expongan todas aquellas circunstancias relacionadas con la caída de la hoja de la ventana, esta Dirección informa que:

1.La hoja de la ventana se encontraba colocada en su marco.

2.En días anteriores una empresa de limpieza había efectuado labores de limpieza de todas las ventanas del Centro, incluida la objeto del procedimiento.

3.Nos parece dudoso que sólo el forcejeo de los alumnos implicados pudiera determinar que la hoja de la ventana pudiera salirse del marco y caer a la calle, por lo que tal vez podemos entender que pudieron intervenir otros factores, entre los que podrían estar el que la hoja no se hubiera quedado colocada debidamente cuando se manipuló para su limpieza en días anteriores, En todo caso, son meras suposiciones causales, y lo que sí es cierto es que los alumnos forcejearon con la mano, uno intentado abrirla y otro cerrarla”.

SEXTO.- El día 23 de enero de 2006 se confiere nuevo trámite de audiencia, del que tampoco hace uso el interesado al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente se formula propuesta de resolución de estimación de la solicitud, al considerar que existe un nexo causal probado entre el daño y el funcionamiento del servicio público docente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 10 de febrero 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, 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 se constatan 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 por 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. No obstante, cabe recordar a la Consejería consultante que el artículo 142.1 LPAC establece que el procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados. Es indudable, pues, que la Administración puede, a través del órgano en cada caso competente, acordar la iniciación de oficio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 LPAC. En este sentido el artículo 5.1 RRP señala que la Administración viene obligada a incoar el procedimiento de oficio siempre que entienda que se han producido lesiones en los bienes y derechos de los particulares en los términos previstos en el artículo 2 de dicho Reglamento. En el supuesto que nos ocupa resulta evidente que conocidos por el órgano competente (Consejero de Educación y Cultura) los hechos narrados por el Director del IES en su informe, pudo haber incoado de oficio el procedimiento, sin necesidad de que el interesado presentase reclamación en tal sentido.

II. Si bien no se ha acreditado en el expediente la propiedad del vehículo supuestamente dañado, el órgano instructor no pone en duda que corresponde al reclamante, a cuyo nombre se encuentra expedida la factura aportada al expediente para acreditar la reparación del coche, por lo que estaría legitimado para solicitar la reparación del daño sufrido.

Tampoco obsta a dicha legitimación el hecho de que el reclamante tenga la condición de funcionario de la Administración ante la que reclama, tal como ha tenido ocasión de manifestar este Consejo Jurídico en diversos Dictámenes entre los que cabe citar el 75/1999 y 86/2004, cuyas Consideraciones al respecto deben darse aquí por reproducidas.

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 16.2, 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.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño por el que se reclama.

I. Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que aquéllas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

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”.

Del análisis del expediente que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente. Por otra parte, el daño sufrido por el reclamante ha de ser reputado como antijurídico, no por su forma de producirse, sobre cuya apreciación no se prejuzga ahora, sino por el hecho de que no existe, conforme a la Ley, un deber jurídico por parte de aquél de soportarlo, y ello con independencia de que la actuación del servicio público pudiera ser tachada de anormal o no, ya que no es este aspecto el que determina la antijuridicidad del daño, sino el hecho de suponer una carga singularizada ajena a las cargas genéricas que, en relación con cada servicio, recaen sobre el conjunto de los ciudadanos, de acuerdo con las normas que lo rigen.

Sentado lo anterior, cabe ahora analizar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que sirven de base a la presente reclamación permite apreciar la existencia de un título de imputación con el servicio público educativo, adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, del expediente resulta que el reclamante tenía estacionado su vehículo en una vía pública, junto a una de las fachadas del Instituto, cuando la hoja de una de las ventanas del primer piso cayó sobre el mencionado vehículo, debido a que se desprendió de sus goznes como consecuencia de la manipulación a la que fue sometida por dos alumnos que discutían sobre si dejarla abierta o cerrada, disputa que de haberse evitado por la profesora encargada

del aula, no habría producido el desprendimiento de la hoja de la ventana. Por otro lado este Consejo coincide tanto con el Director del IES como con el órgano instructor, en que la manipulación a la que se vio sometida la ventana no puede considerarse, por si sola, causa suficiente para su caída, de ahí que se haya especulado sobre la posibilidad de que dicha hoja no quedara bien colocada tras la limpieza a la que fue sometida días antes del accidente. En cualquier caso resulta evidente que, con independencia de la causa, la ventana no se encontraba en las condiciones debidas, y correspondiendo a los responsables del IES cuidar que las instalaciones y demás medios materiales del Centro se hallen en condiciones de seguridad de modo que no puedan causar daños a los alumnos, al personal, o a terceros, en su persona o en sus bienes, resulta evidente la relación de causalidad existente entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado al vehículo del reclamante.

II. En relación a la cuantía indemnizatoria, el interesado adjunta a su escrito de reclamación factura por importe de 325,15 euros, cantidad que deberá abonarle la Administración, en concepto de indemnización, observando, respecto de los intereses, 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 por la que se estima la reclamación, por quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el interesado y la prestación del servicio público educativo, no teniendo aquél el deber jurídico de soportar dicho daño.

SEGUNDA.- Procede indemnizar al reclamante en la cantidad de 325,15 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 88/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. L. M. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 22/05/06

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, 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,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 18 de febrero de 2004, D. M. L. M. N. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida en la Clínica M. Q. S. J. A.. Según la interesada, el día 25 de febrero de 2003 le fue practicada una intervención quirúrgica por el Dr. A. M., consistente en un destechamiento del túnel carpiano y neulolisis del nervio mediano de la mano derecha. Tras la operación la reclamante presentaba cuadro de parestesias y dolor en dedo primero con pérdida de fuerza. Trasladada dicha circunstancia al Dr. A. éste le dijo que eran problemas reumáticos. Sin embargo, tras las oportunas pruebas médicas, se ha acreditado que en realidad lo que padece es una lesión provocada en la intervención quirúrgica, “*al haber afectado algún nervio, es decir, como consecuencia de una mala praxis quirúrgica, o por imprudencia del cirujano*”. Añade la interesada que presenta secuelas consistentes en “*hallazgos congruentes con la existencia de Axonotmesis parcial moderado del ramo recurrente tenar de N. Mediano derecho en estadio crónico de evolución, con presencia de signos electromiográficos de reinervación activa en el momento actual*”, las cuales le impiden realizar las tareas de su profesión habitual de limpiadora. Solicita indemnización por los días de baja, secuelas y daños morales, aunque no fija cantidad alguna. Finaliza señalando como domicilio a efectos de notificaciones el de un letrado del Ilte. Colegio de Abogados de Murcia.

Acompaña la solicitud de diversos informes correspondientes a las asistencias sanitarias recibidas antes y después de la intervención quirúrgica.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud.

Seguidamente por el órgano instructor se solicita al Hospital de M. y a la Clínica M. Q. S. J., copia de las historias clínicas de la reclamante. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- Con fecha 4 de marzo de 2004 la instructora dirige escrito a la reclamante requiriéndole para que, en el plazo de 10 días, proponga los medios de prueba de que pretenda valerse.

El siguiente día 18 la interesada presenta escrito en el que propone la práctica de las siguientes:

1. Documental, consistente en dar por reproducidos los documentos que se acompañaban a la reclamación, así como en que se requiera a la Clínica M. Q. S. J. y al Centro de Especialidades “Dr. Quesada Sanz”, para que aporten copia íntegra de la historia clínica de la interesada.

2. Testifical de los siguientes facultativos de la sanidad pública:

-Dr. A. E. M. R., neurofisiólogo del Hospital de M..

-Dr. V. C., reumatólogo del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

-Dr. F. B. A., del Hospital General Universitario Morales Meseguer.

-Dr. A. N. M., del Centro de Salud de Monteagudo.

CUARTO.- Recibidas las historias clínicas de la reclamante remitidas por la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, Hospital M. S. y Clínica M. Q. S. J., de su contenido destaca, en síntesis, lo siguiente:

1º. Informe del Dr. M. R., especialista en neurofisiología clínica del Hospital M., fechado el día 28 de noviembre de 2002, en el que se indica que los síntomas que padece la reclamante *“son congruentes con la existencia de una neuropatía focal del nervio mediano derecho en el carpo (Síndrome del Túnel Carpiano) de grado leve”*.

2º. Consentimiento informado para la intervención del síndrome del túnel carpiano (STC), firmado por la paciente el 25 de febrero de 2003. En dicho documento, entre otras circunstancias, se hace constar que *“las complicaciones de la intervención quirúrgica del STC, pueden ser: Reaparición de la sintomatología con el tiempo; lesión de la rama sensitiva y/o motora del nervio mediano originando dolor y parálisis de las zonas afectadas; lesión de estructuras del paquete cubital; cicatriz dolorosa; dehiscencia de la sutura; infección de la herida; rigidez de las articulaciones de los dedos”*.

3º. Protocolo de la intervención en el que se describe la actuación llevada a cabo del siguiente modo: *“Isquemia. Liberación del nervio mediano. Apertura de retináculo. Cierre seda 3 ceros. Vendaje”*.

4º. Informe de alta en el que se recogen las indicaciones hechas a la paciente de que mantuviese la mano en alto y la movilidad activa de dedos.

5º. Informe del Dr. A. fechado el día 24 de marzo del 2004, en los siguientes términos:

“Se practicó neurectomía de N. Mediano derecho, muñeca-mano, transcurriendo la intervención sin incidencias, y dándose de alta el mismo día al tratarse de cirugía mayor ambulatoria.”

Se cita para primera cura y revisión el 27 de febrero de 2003 en ambulatorio Dr. Quesada a las 14:30 en consulta n° 11, como consta en el informe de alta que se le da a la enferma. La herida quirúrgica estaba muy bien, aquejando la enferma las molestias normales tras este tipo de intervención.

Se le refiere que le curen en su centro de salud la semana siguiente, citándole de nuevo en consulta n° 11 del ambulatorio Dr. Quesada el 6 de marzo de 2003 para retirada de puntos de sutura, que fueron retirados en dicha fecha, no refiriendo la enferma ningún tipo de anormalidad.

Desde esa fecha, no ha vuelto a consulta para revisión, según puede comprobarse en el servicio de citas de mi consulta, en ambulatorio Dr. Quesada, sin tener conocimiento, ni constancia de alteraciones posteriores a dicha intervención”.

QUINTO.- Con fecha 5 de mayo de 2004 la instructora dirige escrito al abogado de la reclamante requiriéndole para que presente las preguntas que desea evacuen los testigos propuestos, ya que por motivos laborales es necesario realizar la prueba por escrito.

Ante dicho requerimiento se presentan los pliegos de preguntas que figuran incorporados a los folios 64 a 67, ambos inclusive, del expediente.

Practicada la prueba sus resultados aparecen a los folios 69, 94, 101 y 106 del expediente. De las respuestas dadas por los testigos a las preguntas formuladas por la reclamante, cabe destacar las siguientes:

-Del Dr. D. A. N. M.:

Las respuestas afirmativas a las preguntas 4ª y 5ª sobre si la paciente tras la intervención quirúrgica refería dolor en mano derecha y sobre si dichas molestias le impedían realizar sus tareas habituales como trabajadora de la limpieza.

-Del Dr. D. A. E. M. R.:

En respuesta a la pregunta 3ª en la que se insta al Dr. M. a informar acerca de si con una intervención quirúrgica desaparecen los efectos y limitaciones de la patología del STC, se indica que *“como norma general sí, pero no es extraño que a pesar de haber empleado una técnica correcta los síntomas persistan después de la cirugía”.*

En respuesta a la pregunta 4ª en la que se solicita información acerca de si una vez intervenida quirúrgicamente, y si se ha empleado una praxis quirúrgica adecuada, es posible que la paciente presente hallazgos congruentes con la existencia de Axonotmesis parcial moderado del ramo recurrente tenar de N. Mediano derecho en estadio crónico de evolución, con presencia de signos electromiográficos de reinervación activa, el citado Dr. afirma que *“en este tipo de lesión puede aparecer incluso aplicando técnica y praxis adecuada”.*

En respuesta a la pregunta 8ª en la que se pide al testigo que valore si el cuadro clínico o secuelas que han quedado a la reclamante tras la intervención, son consecuencia de una mala o incorrecta praxis quirúrgica, se señala que *“es imposible atribuir con rotundidad un origen de dicha lesión. En mi opinión NO SE DEBEN A MALA NI A INCORRECTA praxis quirúrgica”.*

En respuesta a la pregunta 9ª en la que, para el supuesto de que las secuelas no puedan entenderse derivadas de la intervención quirúrgica, se requiere al testigo para que señale cuál puede ser su origen, el Dr. M. indica lo siguiente:

“Las opciones son muy variadas destacando entre ellas:

-Que la paciente desatendiera las instrucciones del cirujano para el cuidado de la mano tras la cirugía, en especial la no realización de tareas antes del alta médica, entrando en este tipo tanto las tareas en su propio hogar (que los pacientes a menudo consideran banales como fregar platos o hacer la comida y que pueden dañar estructuras neurológicas si han sido intervenidos recientemente) como tareas propias del trabajo desarrollado por los pacientes, en especial si este trabajo precisa de manipulación como ocurre en el caso que nos ocupa.

-Que el propio proceso de cicatrización ha sido el responsable de la lesión de la rama recurrente tenar englobando a la misma y dañando su estructura interna”.

-Del Dr. D. F. B. A..

En respuesta a la pregunta 2ª en la que se solicita información acerca de si una vez intervenida quirúrgicamente, y si se ha empleado una praxis quirúrgica adecuada, es posible que la paciente presente hallazgos congruentes con la existencia de Axonotmesis parcial moderado del ramo recurrente tenar de N. Mediano derecho en estadio crónico de evolución, con presencia de signos electromiográficos de reinervación activa, el citado Dr. afirma que *“está descrito que una intervención quirúrgica correcta con una adecuada praxis, en el síndrome del túnel del carpo, se acompaña de complicaciones en un porcentaje de alrededor del 5% de los casos, por lo tanto, es posible que los hallazgos electromiográficos descritos, que no son secuelares pues el proceso aun estaba vivo en el momento de la exploración EMG, aparezcan tras una cirugía correcta”.*

En respuesta a la pregunta 6ª en la que se interroga al testigo sobre si el dolor y molestias que originan las secuelas que se describen en la pregunta 2ª, desaparecen con el tiempo y si es así cuánto tardarían en hacerlo, aquél indica que *“la sintomatología debería mejorar con aumento de la fuerza muscular y disminución de la sintomatología sensitiva; el tiempo de recuperación es muy variable”.*

En respuesta a la pregunta 7ª en la que se pide al Dr. B. que valore si el cuadro clínico o secuelas que han quedado a la reclamante tras la intervención, son consecuencia de una mala o incorrecta praxis quirúrgica, señala lo siguiente: *“no tengo motivos para pensar que el cuadro clínico que presenta la paciente sea consecuencia de una mala/incorrecta praxis quirúrgica”.*

-Del Dr. D. V. C. C..

En respuesta a la pregunta 2ª en la que se solicita información acerca de si una vez intervenida quirúrgicamente y si se ha empleado una praxis quirúrgica adecuada, es posible que la paciente presente hallazgos congruentes con la existencia de Axonotmesis parcial moderado del ramo recurrente tenar de N. Mediano derecho en estadio crónico de evolución, con presencia de signos electromiográficos de reinervación activa, el citado Dr. afirma que *“sí, puede quedar la secuela descrita”.*

En respuesta a la pregunta 3ª en la que, para el supuesto de que las secuelas no puedan entenderse derivadas de la intervención quirúrgica, se solicita que se señale cuál puede ser su origen, el Dr. C. indica lo siguiente: *“La existencia de una lesión parcial en los axones de la rama recurrente tenar del nervio mediano es una complicación frecuente en la liberación quirúrgica del túnel carpiano, en la mayoría de los casos debida a la elongación o compresión de dicha rama en su trayecto a través del ligamento anular del carpo”.*

En respuesta a la pregunta 6ª en la que se interroga al testigo sobre si el dolor y molestias que originan las secuelas que se describen en la pregunta 2ª, desaparecen con el tiempo y si es así cuánto tardarían en hacerlo, aquél indica que *“la lesión de los axones del nervio puede mejorar con el tiempo, la mejoría suele ser lenta, entendiendo dicho plazo en meses o años, ya que el proceso de regeneración axonal es un proceso lento, y en cualquier caso, muy variable entre distintos pacientes, y por tanto difícil de prever en un paciente individual”*.

En respuesta a la pregunta 7ª en la que se pide al Dr. C. que valore si el cuadro clínico o secuelas que han quedado a la reclamante tras la intervención, son consecuencia de una mala o incorrecta praxis quirúrgica, señala lo siguiente: *“en absoluto puede deducirse una mala o incorrecta praxis quirúrgica. Como afirmé en la respuesta a la pregunta tercera la lesión de la rama recurrente tenar del nervio mediano es una complicación frecuente de la liberación del túnel carpiano, aun cuando dicho acto quirúrgico se realice con una adecuada y correcta pericia técnica...”*.

SEXTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, se evacua el 26 de abril de 2005, y en él, tras el pertinente juicio crítico, se concluye del siguiente modo:

“1. Demostrada la existencia de síndrome de túnel carpiano, la cirugía es el mejor tratamiento para su resolución.

2. El protocolo de la operación ha sido sistemático y sigue las pautas expuestas en el consentimiento informado.

3. Las indicaciones de cuidados postoperatorios han sido correctas.

4. No hay evidencia de mala praxis quirúrgica ni imprudencia del cirujano.

5. El proceso de curación no está completo por lo que no cabe hablar de secuelas.

6. Las consideraciones relativas a incapacidad serán valoradas por el INSS”.

Finaliza proponiendo la desestimación de la reclamación.

SÉPTIMO.- La Compañía de Seguros, a quien la instructora traslada el expediente, envía informe colegiado de varios Dres. Especialistas en Cirugía Plástica y Reparadora, y en Traumatología, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que se indican, concluyen del siguiente modo:

“1. En la historia figura el consentimiento informado específico de la intervención firmado por la paciente.

2. Se ha realizado diagnóstico, indicación quirúrgica (teniendo en cuenta la sintomatología, tiempo de evolución, profesión y edad) y tratamiento, a nuestro juicio correcto.

3. La persistencia de síntomas tras la intervención se puede deber al largo tiempo de evolución de los síntomas. La ausencia de seguimiento clínico, no puede descartar el atrapamiento cicatricial del nervio, reformación cicatricial del retináculo o destechamiento incompleto. Con los datos aportados se puede descartar una lesión iatrogénica nerviosa.

4. El aporte de un electromiograma aislado, sin datos de exploración clínica, y lo que es más importante sin seguimiento posterior para ver la evolución, no es significativo de nada. La sensibilidad aislada de un electromiograma es de 0,02.

5. *La actuación de los diferentes servicios médicos queda ajustada a lex artis”.*

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la Compañía de Seguros, no se presenta por ninguno de ellos 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 el daño sufrido por la paciente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

En los procedimientos por responsabilidad patrimonial de la Administración el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Sin embargo, tratándose en este caso de daños de carácter físico a las personas, es necesario hacer coincidir el *dies a quo* del cómputo del plazo con el de estabilización de los efectos lesivos, pues hasta ese momento no se tiene conocimiento del quebranto padecido por la víctima (inciso final del artículo 142.5 LPAC). A este respecto ha de tenerse en cuenta que la paciente fue intervenida quirúrgicamente el día 25 de febrero de 2003, habiendo sido diagnosticadas las alegadas secuelas el día 10 de septiembre de 2003 (folio 13), sin que, además, pueda afirmarse que en el momento de interposición de su reclamación aquéllas estuviesen totalmente determinadas, ya que, tal como se recoge en varios de los informes médicos incorporados al expediente, dichas dolencias son susceptibles de evolucionar favorablemente con el paso del tiempo. Todo lo anterior permite afirmar que la reclamación, presentada el día 18 de febrero de 2004, ha de entenderse deducida dentro del plazo legalmente establecido para ello.

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.- 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 buen y mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

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

Tratándose en el presente caso de una solicitud de resarcimiento por daños sufridos, según la reclamante, a consecuencia de una intervención quirúrgica en un centro hos-

pitalario concertado y por parte de un facultativo perteneciente a la plantilla del SMS, la existencia del nexo causal entre tal acto médico y el daño alegado se presenta como aspecto primordial de la reclamación cuya acreditación corresponde a la interesada, de acuerdo con el principio general sobre la carga de la prueba que se recoge en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con el que, específicamente para el ámbito de la responsabilidad patrimonial, se establece en el artículo 6.1 RRP.

En este sentido, la reclamante afirma que tras ser intervenida del STC que padecía, resultó con secuelas consistentes en axonotmesis parcial moderado del ramo recurrente tenar del nervio mediano derecho en estadio crónico de evolución, y que derivarían, según argumenta la interesada, de que la intervención quirúrgica fue realizada de modo imprudente y contraviniendo la *lex artis*. Dicha aseveración pretende probarse mediante los documentos que conforman las historias clínicas de la paciente, así como en las declaraciones de los facultativos que fueron citados como testigos por la representación de la reclamante. Sin embargo, practicada la prueba propuesta su resultado desvirtúa completamente la tesis mantenida en la reclamación.

En efecto, los médicos que depusieron a instancia de la Sra. M. coinciden al afirmar que las secuelas que padece no se deben, en absoluto, a una mala praxis del facultativo que efectuó la operación. Asimismo se muestran unánimes al señalar como posible etiología de dichas dolencias la de una frecuente complicación surgida en el tipo de operación a la que se sometió la paciente.

Lo anterior se ve refrendado por el consentimiento informado que, debidamente firmado por la reclamante, figura al folio 45 de su historia clínica, en el que se cita, como posible complicación de la intervención quirúrgica del síndrome del túnel carpiano, entre otras, la siguiente:

“Reaparición de la sintomatología con el tiempo: lesión de la rama sensitiva y/o motora del nervio mediano originando dolor y parálisis de las zonas afectadas; lesión de estructuras del paquete cubital; cicatriz dolorosa; dehiscencia de la sutura; infección de la herida; rigidez de las articulaciones de los dedos”.

Por otra parte la prueba practicada por la Administración viene a abundar en la inexistencia de impericia o infracción de la *lex artis* por el cirujano que intervino a la reclamante. Tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora del SMS, consideran que no hay evidencia de una mala praxis ni en la intervención quirúrgica ni en el postoperatorio. Aceptado pacíficamente que la reclamante sufrió un STC, la intervención quirúrgica era el tratamiento indicado y las dolencias que ahora padece constituían un riesgo quirúrgico inherente a la intervención, que fue precedida de todas las pruebas pertinentes previas, la propia intervención fue ejecutada de forma correcta y las indicaciones postoperatorias fueron las adecuadas (folios 116 y 128).

Estas conclusiones cobran gran trascendencia no sólo a efectos de determinar la posible existencia de la relación de causalidad que, de acuerdo con los citados informes, no puede quedar establecida, sino también en relación con el requisito de la antijuridicidad del daño, cuya existencia habría que negar teniendo en cuenta que la intervención quirúrgica a la que se imputan los daños se presentaba como medida necesaria para preservar el derecho a la salud y, por lo tanto, la paciente tiene el deber jurídico de soportar los riesgos inherentes a aquélla.

Íntimamente ligado a la antijuridicidad del daño aparece la exigencia de que por la paciente se preste el consentimiento informado, circunstancia que queda meridianamente acreditada en el expediente mediante el documento firmado por la reclamante que, como se ha indicado anteriormente, aparece al folio 45.

Finalmente cabe también señalar que los facultativos que informaron en calidad de testigos, la Inspección Médica y los peritos de la aseguradora, coinciden en afirmar que el proceso de recuperación aun no había finalizado en el momento de interponer la reclamación y, por lo tanto, no pueden entenderse determinadas con carácter definitivo las secuelas alegadas por la Sra. M..

En suma, de acuerdo con las consideraciones precedentes, cabe afirmar que la intervención médica se ajustó, en lo técnico, a la *lex artis*, aunque se produjese un resultado de los tenidos como de riesgo inherente o previsible conocido y conformado por la paciente, con lo que resulta imposible trasladar al facultativo el resultado dañoso sufrido por ésta que, al carecer del necesario elemento de antijuridicidad, tiene el deber de soportar, no concurriendo, pues, los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, sin que, en consecuencia, sea preciso examinar el problema de la evaluación del daño y de la cuantía y 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 desestimatoria, por no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 89/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. G. A, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 22/05/06_

Extracto de Doctrina

El nexa causal y la antijuridicidad corresponde acreditarlas al interesado, de acuerdo con la regla de distribución de la carga de la 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de abril de 2003, D. P. G. A. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Jumilla y en el Hospital Virgen del Castillo de Yecla. Según el interesado, el día 9 de septiembre de 2001 sufrió accidente doméstico del que fue atendido en el Servicio de Urgencia del Centro de Salud de Jumilla, en el que se le practicó sutura de herida contusa en cara antero-externa del tercio medio de pierna derecha. Tras dicha asistencia fue enviado al Hospital Virgen del Castillo de Yecla (en lo sucesivo, HVC), donde, tras inspeccionar la herida y practicarle radiografía de la pierna, se le instauró tratamiento médico con analgésicos, antiinflamatorios y vacuna antitetánica, y se le remitió de nuevo al Centro de Salud de Jumilla, para revisiones periódicas. El siguiente día 13 acudió nuevamente al HVC, donde se le diagnosticó infección de herida que hizo necesario un drenaje y la prescripción de tratamiento antibiótico. El día 20 del mismo mes fue intervenido a fin de realizarle un drenaje quirúrgico de la herida por no mejoría, siendo en este momento cuando se le aprecia parálisis en la flexión dorsal de pie y dedos. El 5 de diciembre se procedió a la sutura, mediante intervención quirúrgica, del tendón extensor común de los dedos. La última revisión clínica en el HVC se efectuó el día 29 de abril de 2002, apreciándose: *“Disminución de la extensión activa de 2º y 3º dedo, no realizándose esta por encima del plano horizontal; hiperalgesia en zona cicatricial; cicatriz hipertrófica; edema local que aumenta a lo largo del día”*. El día 16 de diciembre del mismo año se realizó estudio electromiográfico, con el siguiente resultado: *“Axonotmesis total del nervio perineal superficial derecho; axonotmesis parcial moderado de nervio peroneal profundo derecho en estadio crónico de evolución”*.

Entiende el reclamante que hubo una negligente actuación de los servicios públicos sanitarios al no haber procedido a comprobar si como consecuencia del corte sufrido se había seccionado el tendón. La omisión de una adecuada asistencia sanitaria provocó, según el reclamante, las lesiones irreversibles que padece y que concreta del siguiente modo: *“Hiperalgia importante al mínimo contacto en zona cicatricial e hipoestesia en*

cara externa y dorso de pie; impotencia funcional a la extensión dorsal en 2º, 3º y 5º dedos; edema importante en pie". Finaliza solicitando una indemnización de 78.000 euros por los daños sufridos, incluidos los morales.

Acompaña la solicitud de diversos documentos e informes emitidos en las distintas ocasiones en que lo atendieron tanto en el Centro de Salud de Jumilla como en el HVC.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud.

Seguidamente por el órgano instructor se procede a:

a) Comunicar la interposición de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Compañía Aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

b) Solicitar a los Directores Médicos del HVC y del Centro de Salud de Jumilla la remisión de las historias clínicas del reclamante, así como informe de los profesionales que lo atendieron.

c) Comunicar al reclamante la información indicada 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 (LPAC).

TERCERO.- El Coordinador del Servicio de Urgencia de Atención Primaria de Jumilla envía, el 5 de septiembre de 2003, la historia clínica del reclamante e informe en el que indica lo siguiente: *"El paciente D. P. G. A. fue atendido en este Servicio a las 9:35 horas del día 9-09-01 por una herida inciso contusa con sangrado profuso, procediéndose a la hemostasia y vendaje comprensivo y posterior traslado al Hospital de Yecla para valoración. No se envía informe del profesional por encontrarse este de vacaciones"*.

Por su parte el Director Médico del HVC remite historia clínica e informe con el siguiente contenido:

"El paciente es atendido en este hospital el día 9 de septiembre de 2001 en urgencias. Acude por dolor tras haber sufrido un golpe en la pierna derecha con un cristal. En el servicio de urgencias de Jumilla se suturó herida incisa. Se descartó fractura ósea mediante estudio radiológico. Tras valorar la situación del paciente y administrarle una dosis de recuerdo de la vacuna antitetánica se dio de alta con los diagnósticos de Contusión en pierna derecha y herida suturada en pierna.

Se le indicó tratamiento con antiinflamatorios y se hace mención expresa en el informe de que ha de ser controlado por su médico de cabecera.

El paciente fue atendido por la Dra. M. del C. C. D., médico residente de Medicina Familiar y Comunitaria de segundo año. El informe de alta es emitido por la doctora C..

En el hospital está establecido que el médico residente consulte con el médico de staff de urgencias todos los pacientes antes de emitir el informe de alta. Por tanto, en ocasiones, no hay anotaciones en la historia del médico de staff.

El paciente acude de nuevo a urgencias de este hospital el día 13 de septiembre de 2001. La herida se abre por el traumatólogo de guardia, se toman muestras para cultivo y se cura. El traumatólogo anota, tras explorar al paciente que "no hay signos de función del nervio periférico".

Se le indica tratamiento con curas tópicas con Betadine y antibióticos por vía general (clindamicina), citándole a consulta externa para control clínico el día 20 de septiembre de 2001.

El día 20 de septiembre le visita en consultas externas el Dr. R. y decide su ingreso para drenaje quirúrgico de la herida y antibioterapia endovenosa. El cultivo tomado de la herida en la visita a urgencias precedente fue negativo. Se da de alta el día 25 de septiembre y se cita a consulta externa de traumatología dos días después para iniciar las curas ambulatorias.

Durante el seguimiento en consulta externa evolucionan bien los signos locales de inflamación y se constata déficit de extensores 2°, 3° y 5° de los dedos del pie derecho y parestias en la cara externa de la pierna y del pie. Se decide explorar quirúrgicamente los extensores de los dedos.

El día 7 de diciembre de 2001 se interviene quirúrgicamente explorando el extensor común de los dedos retensando y suturando los tendones extensores.

Desde el acto quirúrgico ha seguido revisiones en consulta externa. En informe de 6 de junio de 2002 el traumatólogo (Dr. R.) manifiesta que el paciente presenta las siguientes secuelas:

1. Disminución de la extensión activa del 2° y 3° dedos que presentan una buena actitud en reposo pero no realizan flexión dorsal por encima de la horizontal.

2. Hiperalgnesia en la zona de la cicatriz con enrojecimiento local.

3. Cicatriz ligeramente hipertrófica.

4. Edema local en la extremidad que aumenta a lo largo del día.

La última anotación en la historia clínica es del día 31 (sic) de febrero de 2003 y hace referencia a un estudio electromiográfico realizado el 16 de diciembre de 2002 donde se concluyen los siguientes diagnósticos:

1. Axonotmesis total del N. peroneal superficial derecho.

2. Axonotmesis parcial moderada de N. peroneal profundo derecho en estado crónico de evolución”.

CUARTO.- Con fecha 6 de noviembre de 2003 la instructora dirige escrito al reclamante requiriéndole para que, en el plazo de 10 días, proponga los medios de prueba de que pretenda valerse.

El siguiente día 28 el interesado presenta escrito en el que propone la práctica de las siguientes:

“1°. DOCUMENTAL: Consistente en que se requiera y aporte mi historial clínico.

2°. PERICIAL: Consistente en informe médico, que será aportado por esta parte, en que se harán constar las causas y las secuelas que presento.

3°. TESTIFICAL: Consistente en que se reciba declaración a mi esposa Doña S. B. S., con mi mismo domicilio, a fin de que declare los distintos pasos que hemos tenido que realizar hasta ser diagnosticado del alcance real de mi lesión”.

Con fecha 17 de diciembre de 2003 la instructora dirige sendos escritos al reclamante y a la compañía aseguradora notificándoles la admisión de las pruebas propuestas por este último, salvo la testifical que es rechazada al considerarla innecesaria, puesto que los datos que podría aportar la testigo se encuentran ya recogidos en el escrito de reclamación. Asimismo se les indica la apertura de un plazo de 30 días para la práctica de dichas pruebas.

QUINTO.- Dentro del plazo concedido el interesado incorpora al expediente informe médico firmado por los doctores A. C. y G. H., en el que, tras relatar los antecedentes familiares y personales del paciente, fijan las siguientes conclusiones:

“El paciente presentó con fecha 9-IX-01 traumatismo en M.I.D. con herida a dicho nivel.

-No consta en el informe de primera asistencia del Servicio de Urgencias de Jumilla (9-IX-01) que se procediera a exploración de herida, ni exploración tendinosa ni nerviosa. No consta que se realizara Friedrich ni limpieza de herida. No consta que se realizara profilaxis antitetánica ni tratamiento antibiótico.

-En informe de segunda asistencia de Servicio de Urgencias de Hospital “Virgen del Castillo” (9-IX-01) consta que la herida se encontraba suturada, que no existían lesiones óseas y que se realiza profilaxis antibiótica. No consta exploración tendinosa, vascular ni nerviosa. No consta que se realizara tratamiento antibiótico.

-El 13-IX-01 se comienza tratamiento antibiótico por infección local, así como drenaje de absceso.

-El 20-IX-01 ingresa para drenaje quirúrgico y antibioterapia endovenosa. A su alta el 25-IX-01 se informa de “parálisis de flexores dorsales pie y dedos”.

-El 4-XII-02 se interviene quirúrgicamente de sección parcial tendinosa de extensor dedos.

-El 16-XII-02 se realiza electromiografía, detectándosele lesión de N. Peroneal, en estadio de secuelas.

En la actualidad presenta las siguientes secuelas definitivas, valoradas a título orientativo según baremo de Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados 30/95:

-Axonotmésis total de N. Peroneal superficial derecho: 3 puntos.

-Axonotmésis parcial moderada de N. Peroneal profundo derecho, en estadio crónico de evolución: 8 puntos.

-Abolición de extensión activa de dedos 2º y 3º, pie derecho: 2 puntos.

-Edema local evolutivo: 9-15 puntos.

-Perjuicio estético moderado: 7-12 puntos.

Las secuelas que presenta en la actualidad el paciente son fruto directo de la herida sufrida con fecha 9-IX-01.

Precisó un total de 9 días de hospitalización.

Según informes médicos, la situación del paciente puede considerarse estabilizada a fecha 4-III-03.

-Dicha herida no fue tratada con Fiedrich ni antibióticos. Se introdujo antibioterapia con fecha 13-IX-03, una vez que existía franca infección, que precisó drenaje de urgencias y posterior ingreso para drenaje quirúrgico.

-Pasó desapercibida sección parcial de extensores dedos 2º, 3º y 5º, no constando que fuera explorada movilidad de dedos hasta informe de 25-IX-01. Esta lesión fue tratada quirúrgicamente el 4-XII-01.

-Pasó desapercibida lesión de N. Peroneal. No consta exploración de nervio periférico hasta estudio electromiográfico de 16-XII-02, cuando el paciente se encontraba en estadio de cronicidad”.

SEXTO.- Tras nuevo requerimiento de la instructora para ello, el Centro de Salud de Jumilla envía informe de la facultativa que atendió al reclamante, en el que se indica que *“el paciente D. P. G. A., acudió el día 9/9/2001 con herida inciso contusa en MIDx que sangraba profusamente y al que se le había realizado un torniquete casero. Se le realizó hemostasia y analgesia y se remitió urgentemente al Hospital de referencia para valoración, tal y como consta en la historia clínica del paciente emitida por el SUAP”.*

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, se evacua el 28 de julio de 2004 y en él se contienen las siguientes consideraciones y conclusiones:

“CONSIDERACIONES.

- Las secuelas que le han quedado al paciente, son a consecuencia de la herida sufrida. Aunque se hubiese detectado en la primera atención sanitaria que se le presta, la lesión de los nervios peroneos y de los tendones extensores de los dedos, y se le hubiese remitido al hospital, para intentar la sutura de los mismos, podrían haber quedado las mismas secuelas que presenta, ya que no se puede garantizar la restitución “ad integrum”, tras la misma.

- El 13/09/01, es atendido de nuevo en Urgencias del H., ya que presentaba mala evolución en la herida, por lo que retiraron los puntos de sutura, se drenó y se puso tratamiento antibiótico oral. Es citado para revisión el día 20/09/01, en el Servicio de Traumatología, y ante el empeoramiento de la herida se decide ingreso y desbridamiento amplio de la zona infectada.

- En el informe de alta, correspondiente al ingreso desde el día 20/09/01 al 25/09/01, para realizar el drenaje quirúrgico de la herida, se diagnostica que existe una parálisis de flexos canales de pie y dedos (folio nº 40).

- Tras el alta el día 25/09/01, se continúa la asistencia mediante curas ambulatorias en consulta, y al mejorar la inflamación local, se decide intervención quirúrgica para revisión de los tendones extensores de los dedos.

- Cuando es ingresado el 04/12/01, se le realiza sutura y retensado del extensor común de los dedos pie derecho, ya que presentaba sección parcial del extensor común.

- En heridas infectadas, en las que se hayan afectado tendones, hay que eliminar previamente la infección, antes de proceder a la sutura de los mismos.

CONCLUSIONES

- En la herida sufrida por D. P. G. A., el día 09/09/01, se produce una afectación de los nervios peroneos, superficial y profundo.

- El electromiograma efectuado el 16/12/02, informa de la existencia de: axonotmesis total de nervio peroneal superficial derecho; y axonotmesis parcial moderada de nervio peroneal profundo derecho, en estadio crónico de evolución.

- La hipoestesia, es consecuencia de la axonotmesis de los nervios peroneos, por la herida sufrida, y no es atribuible a no haberlo detectado en la primera cura, ya que, aunque así hubiese sido, el tratamiento sólo podría haber sido conservador.

- El paciente es remitido a urgencias del H., tras ser atendido en el Centro de Salud de Jumilla, para valoración radiológica, y comprobar si existía afectación ósea. No se le envía, ni se realiza, una valoración de la sutura que le habían realizado en el Centro de Salud, tal como afirma el reclamante, ya que no era el cometido de la asistencia, como se comprueba en el informe realizado de la misma (folio nº 18). No se les puede responsabilizar, por tanto, de la posterior infección y tumefacción.

- La hiperalgia en la zona cicatricial, es una consecuencia normal de la propia cicatriz, al igual que el edema del pie, se produce por la destrucción de tejidos y vasos linfáticos, y no son provocados por un tratamiento incorrecto.

-Si bien es cierto, que no se detectó, en el servicio de urgencias de Jumilla, la sección parcial del extensor común de los dedos de la pierna derecha, no considero que las secuelas que le han quedado, hayan sido causadas por este hecho, sino porque no se puede garantizar la total funcionalidad, a pesar de que se hubiese realizado la sutura del tendón inmediatamente”.

Finaliza la Inspección Médica proponiendo la desestimación de reclamación.

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante y a la Compañía de Seguros, el primero presenta escrito de alegaciones que ratifica las formuladas con ocasión de su reclamación inicial.

Por su parte la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud aporta Dictamen médico que, tras valorar la documentación obrante en el expediente, concluye lo siguiente:

“1. La herida es en la cara antero-externa del tercio medio de pierna derecha y posiblemente fue la causa de la lesión parcial del tendón extensor común de los dedos (2º, 3º y 5º).

2. No se instaura profilaxis antibiótico al ser producida la herida por un cristal y no existir factores de riesgo.

3. No existen alteraciones anatomopatológicas que indiquen efectuar un Friedrich en la herida. Se instauró profilaxis antitetánica en su hospital de referencia (vacuna antitetánica de recuerdo).

4. No hay datos en los informes de exploración tendinosa ni nerviosa del día de la lesión (9/9/01), pero sí existen del día posterior siendo normales.

5. En la evolución quirúrgica se presenta una infección local que precisa drenaje local y cobertura antibiótica, en dos ocasiones. Es una complicación que es tratada correctamente.

6. Posteriormente se diagnostica al paciente de un déficit del tendón extensor común de los dedos, que cuando se controla el cuadro local de la infección se procede a sutura de la sección parcial del tendón extensor de los dedos.

7. La patología de hiperalgia es una consecuencia normal de la propia cicatriz al igual que el edema residual pues en el traumatismo se lesionan los vasos linfáticos y no ha sido provocado por el tratamiento instaurado.

8. El porqué no se diagnostica la lesión parcial del extensor común de los dedos en la asistencia de urgencia posiblemente se debe a que la continuidad del tendón no lesionado era capaz de mover todos los dedos y que el extensor propio del dedo gordo estaba íntegro al igual que el extensor corto de los dedos y tibia anterior, por lo tanto es útil, aunque se hubiese suturado de primera intención esta lesión parcial no se puede garantizar la total funcionalidad y la disminución de la extensión activa del 2º y 3º dedo que presenta también hubiera sido una secuela.

9. En el E.M.G., del 16/12/02, solicitado el 24/10/02, se informa de axontmesis total del nervio peroneo superficial derecho y axontmesis parcial moderado del nervio peroneo profundo derecho en estadio crónico de evolución.

10. En el nivel anatómico que se produce la herida es difícil que afecte, a los nervios peroneo superficial y peroneo profundo conjuntamente pues la trayectoria anatómica es diferente, posiblemente el paciente presente una alteración anatómica (variante) que justifique esta afectación conjunta. La hipoestesia (sensorial) se debe a la afectación nerviosa y el tratamiento es conservador aunque se hubiese diagnosticado en la asistencia de urgencia.

11. En conclusión, los profesionales que atendieron al paciente actuaron de conformidad con las exigencias de la *lex artis*”.

NOVENO.- El 2 de enero de 2006 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.

En tal estado de tramitación y tras unir los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 31 de enero 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 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 LPAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

Desde el punto de vista temporal procede analizar si la reclamación se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC o, por el contrario, si dicha acción habría prescrito teniendo en cuenta que la actuación sanitaria en relación con el paciente a la que se achaca un funcionamiento anómalo se produjo el día 9 de septiembre de 2001, y la acción se ejercitó por el interesado el 28 de abril de 2003 (fecha de presentación del escrito en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). No obstante, se coincide con el órgano instructor en que la acción se ha presentado dentro de plazo puesto que, para el supuesto de daños físicos, aquél comienza a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas, y, en el presente supuesto, las secuelas definitivas fueron establecidas mediante el estudio electromiográfico que se practicó al interesado el día 16 de diciembre de 2002, fecha que se considera *dies a quo* para el ejercicio de la acción.

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.- 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 buen y mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

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

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, y ello con independencia de que la actuación del servicio público pudiera ser tachada o no de correcta, ya que no es este aspecto el que determina la antijuridicidad del daño, sino el hecho de suponer una carga singularizada ajena a las genéricas que, en relación con cada servicio, recaen sobre el conjunto de los ciudadanos, de acuerdo con las normas que lo rigen. Extremos (nexo causal y antijuridicidad) 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.

Para el reclamante la causa del daño se encuentra tanto en un error de diagnóstico como en un tratamiento inadecuado de la lesión que padecía. Afirmo que las secuelas que sufre obedecen al hecho de que los médicos que lo atendieron no detectaron a tiempo los daños causados a los tendones flexores, a lo que cabe adicionar la falta de una correcta desinfección de la herida. La omisión de estas medidas terapéuticas habría posibilitado la aparición de las complicaciones que surgieron con posterioridad y que culminaron con las secuelas que, en la actualidad, padece el interesado. Estas afirmaciones se avalan con la aportación de un dictamen médico emitido por los Dres. A. C. y G. H., especialistas en valoración de discapacidades y daño corporal, en el que se afirma que “*las secuelas que presenta en la actualidad el paciente son fruto directo de la herida sufrida con fecha*

9-IX-01". Según estos facultativos la asistencia sanitaria que se prestó al reclamante no fue la exigida por la naturaleza de la lesiones. Así: a) la herida no fue tratada con friedrich ni antibióticos; b) pasó desapercibida la sección parcial de extensores, sin que se comprobara la movilidad de dedos hasta la revisión del día 25 de septiembre de 2001; c) pasó desapercibida la lesión del nervio peroneal, sin que conste exploración del nervio periférico hasta el día 16 de diciembre de 2002, fecha en la que se llevó a cabo un estudio electromiográfico.

Existen, sin embargo, en el expediente otros elementos probatorios que contradicen el contenido de este informe. Se trata de las valoraciones técnicas de la asistencia prestada por los facultativos que se reflejan en el informe de la Inspección Sanitaria (folios 145 a 149) y en el dictamen médico aportado por la compañía de seguros (folios 161 a 169). Según el primero, el hecho de que no se detectase en la primera cura la afección de los tendones extensores no ha contribuido a determinar las secuelas que padece el paciente; aquéllas son resultado de la evolución de la propia lesión cuya curación con total funcionalidad no puede garantizarse en ningún caso. En lo que respecta a la lesión de los nervios peroneos indica la Inspección Médica que también es irrelevante que no fuera detectada en los primeros actos de asistencia, ya que el único tratamiento que se podría llevar a cabo habría sido de tipo conservador.

El informe aportado por la aseguradora tampoco aprecia mala praxis médica. Indica, en relación con cada una de las afirmaciones contenidas en el dictamen pericial aportado por el interesado, lo siguiente:

a) Sobre la falta de exploración tendinosa y nerviosa. Se admite que el día de la primera cura no se efectuaron pruebas tendentes a comprobar la ausencia de lesiones, pero, sin embargo, aquéllas sí se llevaron a cabo al día siguiente, con un resultado de normalidad. En efecto, aparece incorporado al expediente (folio 42) un parte del servicio de urgencias del Centro de Salud de Jumilla fechado el día 10 de septiembre de 2001, cuyo contenido no ha sido analizado ni por los peritos de parte ni por la Inspección Médica, en el que se hace constar en el apartado "exploración" la siguiente leyenda: "*sensibilidad y movilidad conservados distalmente*".

b) En cuanto a la alegada necesidad de haber efectuado un friedrich y haber instaurado una profilaxis antibiótica, afirma el perito de la aseguradora que, en relación con la primera técnica, al no existir alteraciones anatomopatológicas no resultaba indicada. En cuanto al tratamiento antibiótico tampoco era exigible al haberse producido la herida con un cristal y no existir, por lo tanto, factores de riesgo (folio 167).

c) Si bien es cierto que hasta diciembre del año 2002 no se determinaron las lesiones definitivas sufridas en los nervios peroneos, no se ajusta a la realidad la afirmación de que no fue hasta esa fecha que se detectaron dichas lesiones, ya que en la asistencia prestada en el HVC el día 13 de septiembre de 2001 (cuatro días después del accidente), ya se recogió que no hay signos de función del nervio periférico (folio 74).

Ambos informes médicos consideran que no hubo impericia alguna en el comportamiento de los facultativos que atendieron al interesado, ya que practicaron todas las pruebas y prescribieron los tratamientos que resultaban adecuados al tipo de lesión que presentaba el paciente, y si en un principio la lesión de los tendones flexores no se evidenció ello pudo deberse a que "*la continuidad del tendón no lesionado era capaz de mover todos los dedos y que el extensor propio del dedo gordo estaba íntegro al igual*

que el extensor corto de los dedos y tibial anterior, por lo tanto es útil, aunque se hubiese suturado de primera intención esta lesión parcial no se puede garantizar la total funcionalidad y la disminución de la extensión activa del 2º y 3º dedo que presenta, también hubiera sido una secuela” (folio 168).

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 del paciente, no resultando acreditado lo contrario, ni desvirtuados los hechos por las alegaciones del interesado, a pesar del informe médico aportado, ya que este último no prueba en absoluto la existencia de mala praxis médica. Las complicaciones que padeció el reclamante derivan de la infección de la herida, la cual no obedeció a una mala praxis médica por parte de los facultativos de los distintos centros de la red sanitaria regional que lo atendieron, sino más bien se debió a una evolución quirúrgica torpida que ha de considerarse como un riesgo inherente a cualquier herida aunque haya sido correctamente tratada. Una vez presentada esta complicación la actuación médica fue la adecuada: se efectuó drenaje y se aplicaron antibióticos hasta conseguir superar la infección, momento en el que se procedió a intervenir quirúrgicamente los extensores comunes. Esta operación no pudo llevarse a cabo antes por la persistencia de la infección, sin que haya resultado acreditado que el retraso en la sutura de los tendones haya constituido la causa de la limitación en la capacidad extensora de los dedos; al contrario, tanto la inspección médica como los peritos de la aseguradora afirman que en ningún caso se hubiera podido garantizar la total funcionalidad, ya que es frecuente en este tipo de lesiones que, a pesar de seguir el tratamiento adecuado, puedan curar con secuelas importantes.

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 90/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. M. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 29/05/06

Extracto de Doctrina

No existiendo elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, ni siquiera indiciariamente, que lleven 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).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de junio de 2004, D. A. M. B. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios. Relata que el 23 de abril de 2004 acudió al Servicio de Urgencias del Centro de Atención Primaria de Molina de Segura por sufrir una grave hemorragia vaginal, donde la trataron de forma despectiva y le negaron cualquier tipo de atención.

Afirma que, ante esa situación y por sus propios medios, acudió a la C. V. V. donde fue intervenida de desgarro vaginal producido por un mioma, lo que le provocó la metrorragia.

Considera que la actuación de los facultativos del Servicio de Atención Primaria fue contraria a la deontología médica, al ser totalmente desatendida cuando se encontraba en una grave situación física, que originó una intervención posterior.

A consecuencia de estos hechos solicita una indemnización de 3.000 euros más los intereses que correspondan, acompañando el informe de alta de la C. V. V. de Murcia, perteneciente a una aseguradora privada (A.).

SEGUNDO.- Por la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó Resolución de admisión a trámite, que se notificó a las partes interesadas a la vez que se solicitó la historia clínica e informes a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia y a la C. V. V., contestando esta última que para remitir la documentación de la paciente se requiere su autorización expresa, de acuerdo con 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.

TERCERO.- Desde la Gerencia de Atención Primaria de Murcia se remite copia de la historia clínica, consistente en la hoja del Servicio de Urgencias del Centro de Atención Primaria de Molina de Segura (en lo sucesivo SUAP), un cuestionario de supuestos asistenciales con cargo a terceros, así como un informe de la Dra. M. S., según el cual:

“1. La paciente acude al SUAP de Molina de Segura, indicando presentar una metrorragia. La paciente presentaba, como consta en la Historia Clínica realizada en el mo-

mento de la asistencia, buen estado general, afebril, estaba consciente y orientada y presentaba una tensión normal de 140/80, y llegó a nuestro servicio por sus propios medios. Se le informó a la paciente que una metrorragia debía ser valorada ginecológicamente, ya que requiere de pruebas complementarias de las que no se disponen en los SUAP's. La paciente, cuando se le indicó que debía acudir a otro Centro de Atención Especializada (Hospital), se mostró muy agresiva verbalmente, insistiendo en que quería que le solucionáramos el problema en Molina, no atendiendo a las razones que se le exponían.

2. Una vez visto el informe de asistencia Hospitalaria de la C. V. V., donde se indica la existencia de un desgarro vaginal, que precisa sutura, y una masa uterina que precisa legrado, podemos sacar las siguientes conclusiones:

-Que la paciente me ocultó de forma deliberada, información, ya que en ningún momento hizo constar que presentara una herida, quiero puntualizar que un desgarro vaginal sólo se puede producir por las siguientes circunstancias:

- Traumatismo directo en la zona.*
- Agresión sexual.*
- Manipulaciones ginecológicas, como abortos...*
- Introducción de objetos en vagina.*

-Que como se le informó a la paciente, requería tratamiento especializado ginecológico que no podíamos realizar en el SUAP de Molina.

3. Que a la paciente se le prestó la debida asistencia sanitaria, de conformidad con los protocolos vigentes y al no presentar signos de riesgo vital, se la derivó a su Hospital de referencia, por sus propios medios, recordando que lo había hecho así, al acudir a nuestro Centro. En el caso de signos de alarma, se hubiera realizado traslado con ambulancia medicalizada.”

CUARTO.- Solicitado un primer informe a la Inspección Médica, fue emitido el 11 de mayo de 2005 con la siguiente conclusión:

“1. Apreciamos buen criterio en la decisión de remitir a la paciente al hospital pues que presentaba metrorragia a filiar que precisaba valoración por especialista.

2. No tenemos datos que sustenten otros motivos de queja. Por todo lo expuesto anteriormente, y salvo mejor criterio, se propone la desestimación de la presente reclamación indemnizatoria”.

QUINTO.- El órgano instructor solicita reiteradamente a la reclamante, en fechas 4 de julio y 12 de agosto de 2005, que aporte su historial en la C. V. V. o, en su defecto, su autorización para la solicitud de oficio, indicándole que de no hacerlo se proseguirá el procedimiento con el trámite de audiencia. Asimismo se le comunica que la prueba testifical propuesta se considera innecesaria porque un testigo de parte no suele añadir nada diferente a lo expuesto por el propio reclamante.

SEXTO.- Con fecha 16 de septiembre de 2005, la reclamante presenta dos escritos: el primero contiene una autorización expresa para solicitar su historial en la C. V. V.; el segundo reitera lo dicho en su escrito inicial, a la vez que manifiesta su sorpresa de que se le facture el servicio médico prestado en el SUAP de Molina de Segura coincidiendo

con su reclamación. Acompaña como documentación la factura de asistencia sanitaria remitida el 30 de noviembre de 2004 (folio 40), junto con el parte de asistencia y justificación de los precios públicos a aplicar, así como el escrito del Subdirector Médico de la C. V. V., en contestación a la consulta verbal de la reclamante, que manifiesta que no hay constancia en la historia clínica de su traslado a este centro en ambulancia, ni informe de envío de ningún otro centro sanitario, en relación con su ingreso de urgencia de 23 de abril de 2004.

SÉPTIMO.- Consta la asistencia sanitaria dada a la paciente por la C. V. V. (folios 51 a 65), que es trasladada a la Inspección Médica a efectos de que emita informe complementario al anterior, siendo evacuado el 30 de noviembre de 2005 con el siguiente parecer:

“De la documentación analizada en el expediente se deduce que la reclamante acudió al Servicio de Urgencias de Molina de Segura para solicitar asistencia por metrorragia, y señalan: presenta metrorragia que debe ser atendida por ginecólogo.

Otros documentos registran: llegó a nuestro Servicio por sus propios medios y al no presentar signos de riesgo vital se la derivó a su hospital de referencia por sus propios medios.

La copia de la factura que la reclamante adjunta, por valor de 61,20 euros, corresponde según relación también adjunta, a los precios públicos en 2004, a aplicar por servicios sanitarios de primera consulta. En ningún momento se le reclama el transporte por ambulancia.

La gestión de los expedientes de responsabilidad patrimonial no se ven interferidos en ningún caso por otros órganos de la administración sanitaria.

CONCLUSIONES

Las alegaciones presentadas no varían sustancialmente lo visto en la reclamación patrimonial y no hacen variar sus conclusiones. La factura corresponde al cobro a terceros por servicios prestados en el Servicio Murciano de Salud”.

OCTAVO.- La Compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (“Z.”) aporta informe pericial de 5 especialistas en Obstetricia y Ginecología, que concluyen (folios 81 y 82):

1.”Se trata de un caso de metrorragia aguda que, según la reclamante, no fue adecuadamente atendido en el centro de Atención Primaria al que acudió, pues sin hacer ningún tipo de exploración, fue remitida a Centro de Especialidades (Ginecología).

2. La actuación del centro de Atención Primaria fue correcta pues, por un lado se comprobó ausencia de riesgo vital (buen estado general, consciente y orientada y tensión arterial de 140/80), y por otro se orientó a la paciente a un Centro de Especialidades (Ginecología) con el fin de poder realizar las exploraciones pertinentes para valorar su metrorragia.

3. La causa del sangrado fue un desgarro vaginal y cervical, y nunca un mioma, tal y como asegura la reclamante.

4. El único origen posible de estos tipos de desgarros es el traumático. No existe en la documentación analizada, ni del Centro de Atención Primaria ni de la C. V. V., mención alguna a un antecedente traumático, siendo evidente que la reclamante lo ocultó.

5. *Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”.*

NOVENO.- Otorgado un primer trámite de audiencia a la reclamante, presenta escrito de alegaciones el 6 de febrero de 2006, en el que reitera que el SUAP de Molina de Segura no la atendió, ni la derivó a otro centro, ni tampoco le pidieron su nombre ni la tarjeta sanitaria, y tuvo que acudir a la C. V. V. por sus propios medios con un desgarrar vaginal y una fortísima hemorragia, de la que fue atendida inmediatamente, acusando de negligencia grave al citado centro. Con posterioridad, tras el traslado por parte del órgano instructor del informe pericial transcrito en el Antecedente anterior, presenta un nuevo escrito el 2 de marzo de 2006 en el que, además de ratificar sus anteriores alegaciones, manifiesta, frente a la afirmación del dictamen pericial de que ocultó información, que no se solicitó dicha información y tan sólo se le preguntó si había bebido o estaba drogada, a lo que contestó negativamente, deduciendo que no debía de estar muy consciente u orientada. Añade que le dijo al facultativo que la atendió que tenía una fuerte hemorragia y que se encontraba mareada y asustada, a lo que se limitó a decir que se marchara de allí.

DÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 9 de marzo de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no existir daño alguno causado por el SUAP de Molina de Segura, en la medida que se comprobó la inexistencia de riesgo vital para la paciente y con buen criterio le remitió a un Centro de Especialidades.

UNDÉCIMO.- Con fecha 21 de marzo 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.

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).

Respecto a la legitimación pasiva, el Centro de Atención Primaria de Molina de Segura, a cuyo facultativo se imputa inadecuada praxis médica, pertenece a los servicios públicos sanitarios de titularidad regional.

En cuanto al plazo, la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Procedimiento.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver.

No obstante, conviene recordar la doctrina del Consejo Jurídico, expresada, entre otros, en su Dictamen núm. 190/2005, sobre la labor instructora en relación con los medios probatorios de los que pretenden valerse los interesados, al haberse motivado la desestimación de la prueba testifical de la parte reclamante en “que un testigo de parte no suele añadir nada diferente a lo expuesto por el propio reclamante”, porque dicha consideración puede ser interpretada como un prejuicio a la testifical de parte, evidenciando una apreciación preventiva que quiebra con el principio de neutralidad que debe presidir la actuación instructora conforme indicamos en el precitado Dictamen. A este respecto no debemos olvidar que el artículo 85.3 LPAC establece que el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción e igualdad de los interesados en el procedimiento.

En todo caso, la desestimación de la prueba testifical, notificada a la reclamante, no ha sido ni recurrida ni cuestionada por ésta sin que, por tanto, quepa apreciar indefensión que motive la retroacción del procedimiento en la fase alcanzada.

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).

Veamos, por tanto, si concurren en el presente supuesto los requisitos de la responsabilidad patrimonial anteriormente señalados.

La reclamante imputa al Centro de Atención Primaria de Molina de Segura una total desatención médica cuando se encontraba en una grave situación física que originó posteriormente una intervención quirúrgica. En el segundo escrito de alegaciones (folio 90) afirma que en dicho Centro “ni se le atendió, ni se derivó a otro” cuando sufría una intensa metrorragia, de lo que se infiere que reprocha al personal sanitario una omisión del deber de socorro cuando existía un riesgo grave para su salud.

Sin embargo, su petición parece identificarse a una denuncia ante los órganos gestores administrativos (no constan actuaciones en sede penal) por incumplimiento de los deberes del personal médico al servicio de las Administraciones públicas, que daría lugar, en el caso de ser cierta, al oportuno expediente disciplinario, más que a una concreta reclamación de responsabilidad patrimonial por cuanto la reclamante, a quien incumbe su probanza, no llega a concretar cuál fue el daño efectivo que le ocasionó dicha falta de asistencia sanitaria (fue intervenida posteriormente por un centro médico de una compañía privada de la que es usuaria), salvo que pretenda concretarlo en daños morales al referir la reclamante que fue tratada de forma despectiva.

Presupuesto de todo ello es determinar si se ha acreditado en el presente expediente la relación de causalidad entre la concreta imputación que formula la reclamante al funcionamiento del servicio público, y el daño alegado en la vertiente ya expresada de daños morales.

1) Sobre la desatención total por parte del personal sanitario del Centro de Atención Primaria de Molina de Segura.

Las manifestaciones de la reclamante de que cuando acudió al Centro de Atención Primaria de Molina del Segura, a las 2,21 horas de la madrugada del día 23 de abril de 2004, por presentar metrorragia, ni se le pidió el nombre ni la tarjeta sanitaria, ni tampoco se le atendió ni se le desvió a otro centro, son contradichas por la constancia documental de la historia clínica, y en concreto por el informe de Urgencias del citado Centro (folio 16), que expresamente recoge lo siguiente:

-Nombre y apellidos de la reclamante, edad, domicilio, fecha y hora a la que acude, además de su pertenencia a una aseguradora privada (A.).

-Motivo de la consulta: Metrorragias; Alergias: NO. HTA: No; Diabetes: No. Otros: ligadura de trompas.

-Exploración: Se señala BEG (buen estado general), CyO (consciente y orientada), y tensión arterial de 140/80. Además se anota en aquel momento: “Paciente muy agresiva verbalmente, refiere que no quiere ir a ningún Hospital y que se lo solucionemos nosotros”.

-Juicio Diagnóstico: metrorragia.

-También consta que fue remitida a Hospital y en el medio de traslado se consigna por medios propios.

La facultativa que la atendió deja también constancia en el folio 17 de la historia clínica que la reclamante debía ser atendida por un ginecólogo y, dado que en estos Centros de Atención Primaria no hay especialistas y que una metrorragia debe ser valorada ginecológicamente con pruebas complementarias de las que no disponen en los SUAP, orientó a la paciente a un Hospital, según obra en el expediente (folios 16 y 17); tal decisión médica se considera acertada por la Inspección Médica (folio 27), al presentar metrorragia a filiar que precisaba valoración por especialista. La prueba de ello es que fue intervenida en la C. V. V., en la que ingresó a las 3,17 horas, y se le realiza un legrado (raspado del útero), objetivándose un desgarro vaginal que se sutura (folios 51 y 80).

Respecto al resto de consideraciones de la reclamante acerca del trato dispensado por el personal, de acuerdo con la Inspección Médica, no obran datos en el expediente que puedan documentar dichas afirmaciones.

A mayor abundamiento, la facultativa que la atendió en el Centro de Atención Primaria señala, a la vista del informe de asistencia en la C. V. V. que recoge la existencia de un desgarro vaginal, que la paciente le ocultó información, ya que en ningún momento hizo referencia a este antecedente de posible origen traumático, según su parecer y el de los peritos de la aseguradora (folios 18 y 81). En todo caso, la reclamante no discute tal extremo y, en su descargo, afirma que no se le solicitó información, salvo la concerniente a si había bebido o estaba drogada, a lo que contestó negativamente (folio 55).

2) Sobre la grave situación física que presentaba la paciente, sin que le proporcionaran medios para acudir a otro Hospital.

Tampoco se ha acreditado en el expediente que la reclamante se encontrara en una grave situación física cuando acudió a dicho Centro de Atención Primaria de Molina de Segura pues, según se consignó en la Hoja de Urgencias, la paciente presentaba buen estado general y se encontraba consciente y orientada, por lo que la Inspección Médica señala “la exploración inicial concluye buen estado general”. En el mismo sentido corroboran los peritos de la aseguradora: “Con estos datos podemos asegurar que tal riesgo vital no existía”. Conviene aclarar que se denomina metrorragia al sangrado que se produce entre dos periodos menstruales (folio 25) y, conforme al historial médico en la Clínica privada a la que acudió, la reclamante tenía un sangrado superior a una regla (folio 56). Por la ausencia de riesgo vital se la orientó a un hospital (tal extremo está documentado en la Hoja de Urgencias) y, de acuerdo con el informe de la facultativa que la atendió, no existían signos de alarma para haber realizado el traslado con ambulancia medicalizada (folio 18), habiendo acudido al Centro con sus propios medios.

En consecuencia, no existiendo elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, ni siquiera indiciariamente, que lleven 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*.

Por último también se constata la ausencia de prueba, por parte de la reclamante, de la cuantía indemnizatoria reclamada (3.000 euros).

Finalmente, nada tiene que ver con el objeto del expediente de responsabilidad patrimonial el cobro de una factura a la reclamante por la consulta, debido, según la propuesta de resolución, a que la interesada no requirió asistencia médica como beneficiaria de la seguridad social sino como particular, según queda reflejado en la hoja del Servicio de Urgencias de Atención Primaria (“Médico de Cabecera: A.”).

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 efectividad del daño y su nexa causal con el funcionamiento del servicio público sanitario. Tampoco se justifica la cuantía indemnizatoria reclamada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 91/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. L. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. G. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 29/05/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 12.

DICTAMEN 92/06.- 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: 29/05/06

Extracto de Doctrina

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, ubica el trámite de audiencia una vez instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente sometido a consulta fue objeto de Dictamen 39/06, 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 resultó con *“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 tocara 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 esgravillados, 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 formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remite de nuevo el expediente en solicitud de Dictamen, a través de escrito que tiene entrada en el Consejo Jurídico el pasado 17 de mayo de 2006.

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 39/06.

SEGUNDA.- Omisión del trámite de audiencia.

En el Dictamen de constante cita ya se advirtió que, una vez llevadas a efecto las nuevas actuaciones instructoras allí sugeridas, era necesario conferir un nuevo trámite de audiencia al reclamante, para darle traslado de aquellas y ofrecerle la posibilidad de presentar cuantas alegaciones o justificaciones tuviera por convenientes. Así lo exige 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, cuando ubica el trámite de audiencia una vez instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.

Sólo así puede alcanzar el trámite su finalidad principal de garantía procesal, función que quedaría absolutamente desvirtuada si se incorporan al procedimiento, sin conocimiento del interesado, nuevos elementos de juicio que, versando sobre hechos controvertidos, van a sustentar la argumentación que sirve de fundamento a la resolución del procedimiento.

En consecuencia, procede completar la instrucción, dando nuevo trámite de audiencia al interesado.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar la instrucción del expediente en los términos señalados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 93/06.- 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: 29/05/06

Extracto de Doctrina

El artículo 5.5 de la Ley 4/2004 regula aspectos estructurales de la Dirección de los Servicios Jurídicos, de lo que resulta que su pormenorización en reglamento convierte a éste en un desarrollo o aplicación de dicha Ley, tal como prevé la Disposición Final primera de la misma.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 21 de octubre del 2005 el Director de los Servicios Jurídicos remitió a la Secretaría General de la Consejería de Presidencia el primer borrador del proyecto, junto al informe de necesidad, que fueron remitidos a las Consejerías a efectos 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.

SEGUNDO.- Fue emitida memoria económica, que cifra el incremento de gasto presupuestario de la norma en 220.969,92 euros. Informaron las Consejerías de Agricultura y Agua; de Obras Públicas, Vivienda y Transportes; de Turismo, Comercio y Consumo; y de Sanidad. Todas presentan observaciones sobre técnica normativa, y apuntan las que consideran extralimitaciones reglamentarias del texto. La Consejería de Economía y Hacienda informó a través de la Dirección General de la Función Pública, la cual indicó que el anteproyecto recoge algunas previsiones organizativas propias de estructura orgánica y que deberían incluirse en el Decreto de estructura de la Consejería de Presidencia. Añade que en la tramitación debe recabarse el informe del Consejo Regional de la Función Pública, según previene el artículo 13.2.1,b) del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública, y ha de ser objeto de negociación con las Organizaciones Sindicales, a tenor de lo que dispone la Ley 9/1987, de 12 de junio, de regulación de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (art. 32, j).

TERCERO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos emitió un extenso y razonado informe sobre las observaciones formuladas por los anteriores, resultado de lo cual fue un segundo borrador. En cuanto a las observaciones procedimentales formuladas por la Dirección General de la Función Pública, estimó que debiera pronunciarse sobre ellas la Secretaría General de la Consejería de Presidencia, órgano instructor del procedimiento.

CUARTO.- El 17 de enero de 2006 fueron recabados los preceptivos informes de la Consejería de Economía y Hacienda (art. 14.2 de la Ley 7/2004) y de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas (Disposición Adicional Única del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

Hacienda), y se solicitó de la Dirección General de la Función Pública que programara la inclusión del Proyecto en el Orden del Día de las próximas sesiones a celebrar por la Mesa de Negociación y el Consejo Regional de la Función Pública.

QUINTO.- El Director General de la función Pública, mediante escrito de 7 de febrero de 2006 dirigido a la Secretaria General de la Consejería de Presidencia, expresó lo siguiente:

“(…) se hace necesario separar del Proyecto aquellos aspectos relacionados con la estructura orgánica de la Dirección de los Servicios Jurídicos, al entender esta Dirección General que en todo caso, la estructura del citado centro directivo debe ir en un instrumento jurídico diferenciado y dentro de la estructura de la Consejería de Presidencia. Por ello le comunico que la Dirección General de la Función Pública procederá a llevar a cabo los trámites solicitados por esa Secretaría General, una vez remita de nuevo el texto sin la estructura de la Dirección de los Servicios Jurídicos”.

SEXTO.- Dado traslado de tal escrito a la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta se manifestó entendiendo que el criterio de la Dirección General de la Función Pública no es ajustado a derecho, citando como ejemplos de la postura mantenida por ella el Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, y el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. Termina instando a la Consejería de Presidencia para que continúe la tramitación del procedimiento, lo que así verifica con la propuesta de aprobación que eleva al Consejo de Gobierno.

SÉPTIMO.- Tras ello, la Consejería remitió el expediente tramitado a este Consejo, a efectos del Dictamen preceptivo a que se refiere el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 12.5 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.

SEGUNDA.- Sobre el contenido y el procedimiento.

I. Contenido.

El Decreto consta de un artículo único, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2004, -que se incorpora como anexo-, una disposición derogatoria del Capítulo VI del Decreto 53/2001, de 15 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, y una Disposición final sobre la entrada en vigor del Decreto.

En cuanto al Anexo, en el mismo se inserta, como ha quedado dicho, el Reglamento de la Ley 4/2004, que se estructura en tres títulos divididos en 39 artículos, y una Disposición adicional.

El Título I se refiere, con carácter general, a la asistencia jurídica de la Comunidad Autónoma, y se divide en 3 capítulos; en el primero se regula su organización y funciones; en él se determina el carácter y adscripción de la Dirección de los Servicios Jurídicos, así como la organización básica de la misma, que consiste en cuatro Jefaturas que tendrán encomendadas la coordinación de las distintas áreas funcionales de la Dirección; también se especifican las funciones y actuación del Consejo de Letrados, y se prevé la posible existencia de contraposición de intereses entre la Administración General de la Región de Murcia y las entidades públicas empresariales, consorcios y fundaciones en que participe la Comunidad Autónoma, estableciendo las reglas adecuadas para su resolución; en el Capítulo Segundo se regula específicamente la figura del Director de los Servicios Jurídicos, su nombramiento, cese y sustitución, así como la asunción por el mismo de actuaciones contenciosas o consultivas; en el Capítulo Tercero se regulan los convenios para la asistencia jurídica a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles y fundaciones con participación pública. Finalmente, el Capítulo cuarto se refiere a la Sección de Coordinación Administrativa.

El Título II contiene el régimen de la función consultiva, con una detallada regulación de la emisión de informes por la Dirección de los Servicios Jurídicos. Contempla los siguientes aspectos: carácter, forma y contenido de los informes; órganos que pueden solicitarlos y antecedentes que deben acompañar a la consulta; plazo para su emisión; momento en que han de solicitarse; y regulación del supuesto de que existan informes discrepantes.

El Título III está dedicado al régimen de la función contenciosa, recogiendo las normas especiales sobre la actuación procesal de los letrados, así como la representación y defensa de autoridades, funcionarios y empleados públicos. Se divide en 3 Capítulos; en el primero se establece el ámbito de las funciones de representación y defensa atribuidas a los Letrados de la Comunidad Autónoma adscritos a la Dirección de los Servicios Jurídicos, así como su dependencia del Director de la misma; se regula, por otra parte, la prestación de colaboración, como servicio preferente, por parte de los distintos órganos de la Administración Regional, las obligaciones de los Letrados y la uniformidad y distintivo de éstos; el Capítulo Segundo alude a diversas cuestiones técnicas de la actuación procesal, tales como las normas relativas a los actos de comunicación procesal, la autorización para el ejercicio de acciones, así como el desistimiento o allanamiento, los criterios en orden a la interposición de recursos, la ejecución de sentencias o la tasación de las costas procesales; por último, en el Capítulo Tercero se establece el régimen de autorización para la representación y defensa de autoridades, funcionarios y empleados públicos, con especial atención a la posible existencia de intereses contrapuestos con los de la Administración Regional.

Finalmente, vía Disposición adicional, se incluye una norma relativa al ingreso en el Cuerpo de Letrados.

II. Procedimiento.

Como cuestión previa debe advertirse que se ha suscitado entre dos centros directivos de distintas Consejerías (Presidencia y Economía y Hacienda) un verdadero conflicto so-

bre la adecuada técnica de elaboración del proyectado reglamento que, aunque no encaja en la previsión del artículo 28 de la Ley regional 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sí podría entenderse, por lo menos, como manifestación del ejercicio de las propias competencias que, a tenor del artículo 18 LPAC, han de coordinarse.

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.

Constan la memoria de oportunidad, la económica, el informe del Servicio Jurídico de la Consejería y el de la Vicesecretaría, y debe destacarse que se ha emitido un informe en relación a las observaciones formuladas por las distintas Consejerías, en el cual se explicitan las que han sido recogidas en el Proyecto, justificando también las que han sido rechazadas, loable práctica que permite conocer el origen y razones que han llevado a la versión definitiva de la norma que se pretende aprobar (Dictamen 166/2003).

A pesar de ello, el expediente carece de algunos trámites que pueden considerarse esenciales y cuya ausencia tiene carácter obstativo para la continuación del procedimiento; trámites cuya necesidad deriva de los siguientes preceptos:

- Del artículo 13.2, b) del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, según el cual el citado Consejo Regional de la Función Pública debe informar sobre los proyectos de “*disposiciones generales sobre la Función Pública, cuando hayan de ser aprobadas por el Consejo de Gobierno*”. En concreto, el artículo 3 y la Disposición adicional del Anexo son normas sobre Función Pública que deben ser sometidas a dicho informe. El criterio manifestado por la Dirección General de Función Pública sobre la necesidad de segregar del Proyecto los aspectos relacionados con la estructura orgánica de la Dirección de los Servicios Jurídicos (únicamente el artículo 3, debe entenderse) es considerado por ésta como no ajustado a Derecho, por cuanto que la regulación de los decretos de estructura orgánica de las Consejerías en el artículo 14 de la Ley 7/2004 de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública Regional, no excluye la posibilidad de incluir preceptos de contenido organizativo en otras normas reglamentarias; cita como ejemplo el 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 y, añade, que este es también el modelo seguido por la Administración central en el Real Decreto 997/2003 de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. El Consejo Jurídico comparte tal criterio, ya que las apreciaciones sobre técnica normativa que expone la Dirección General de Función Pública no implican obstáculos impositivos de la aprobación del Proyecto, el cual está plenamente habilitado para, de ser necesario, modificar el Decreto de estructura de la Consejería. Jurídicamente carece de soporte la afirmación de dicha Dirección General de que “se hace necesario” escindir del Proyecto los aspectos estructurales de la Dirección de los Servicios Jurídicos, ya que no tiene fundamento en el derecho positivo que tal estructura deba ir, “en todo caso”, en un instrumento jurídico diferente a este Proyecto. Aunque es obvio recordarlo, el artículo 5.5 de la Ley 4/2004 regula aspectos estructurales de la Dirección de los Servicios Jurídicos, de lo que resulta que su pormenorización en reglamento convierte a éste en un desarrollo o aplicación de dicha Ley, tal como prevé la Disposición Final primera de la misma.

- Del artículo 32, k) de la Ley 9/1987, de 12 junio, de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, según el cual serán objeto de negociación las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración. El Proyecto consultado pertenece, entre otras, a la materia de prestación de servicios de los funcionarios y puede afectar a las condiciones de trabajo. Sin embargo, no cabe entender subsumida la preceptividad de tal negociación en la letra j) de ese precepto, como dice el informe de Función Pública, ya que dicho apartado va referido a materias “*cuya regulación exija norma con rango de ley*”, caso en el que no se encuentra el Proyecto.

- Del artículo 14.2 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, que exige para los Decretos que modifiquen los de estructura de las Consejerías informe previo de la Consejería de Economía y Hacienda y propuesta de la que tenga las competencias sobre organización administrativa, que es la misma Consejería (Decreto 32/2006, de 21 de abril, artículo 1).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En desarrollo de la Ley 4/2004, el Proyecto sometido a Dictamen puede contener normas organizativas de la Dirección de los Servicios Jurídicos y modificar el Decreto de estructura de la Consejería de Presidencia, con la propuesta conjunta de una y otra Consejería.

SEGUNDA.- No puede emitirse dictamen sobre el fondo del asunto hasta completar el procedimiento con las actuaciones reseñadas en la precedente Consideración Segunda, II.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 94/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a L. N. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 05/06/06

Extracto de Doctrina

No resulta acreditado que las secuelas por las que se reclama indemnización (“la notable pérdida de visión y los frecuentes dolores” en el ojo derecho de la reclamante, según su último escrito de alegaciones), sean consecuencia de una actuación sanitaria pública no ajustada a la “lex artis” correspondiente o, lo que es lo mismo, que sean consecuencia de una mala praxis médica en el tratamiento de la dolencia por la que acudió a la sanidad pública.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el día 8 de marzo de 2001, D. M. L. N. R. presentó reclamación de responsabilidad patrimonial contra el entonces organismo competente INSALUD, fundada en el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios de dicho organismo, solicitando indemnización (entonces sin determinar) por el daño e incapacidad que se le había producido en el ojo derecho. Según la reclamante, en marzo de 1996 fue intervenida de cataratas en el Hospital C. R. E. de Cartagena y, como consecuencia de tal operación, perdió prácticamente la visión en el ojo derecho, cuando anteriormente veía con normalidad, teniendo que ser intervenida dos años después en una clínica privada de Alicante. Considera la interesada que la operación realizada en Cartagena en el ámbito de la sanidad pública se hizo de forma defectuosa, habiéndole quedado secuelas físicas y psíquicas, para cuya determinación y evaluación solicita que se practiquen diversas pruebas.

SEGUNDO.- Con fecha 6 de abril de 2001, el Director Territorial de la Subdirección Provincial de Asistencia Sanitaria del INSALUD notificó a la reclamante la admisión a trámite de su reclamación. Asimismo, se notificó ésta a la Compañía de Seguros M. I., S.A. y al Hospital “Santa María del Rosell” donde también había sido atendida la interesada, solicitándole el parte de reclamación, su historia clínica y los informes de los facultativos que la atendieron.

TERCERO.- Mediante escrito de 30 de julio de 2001 se reiteró al Hospital “Santa María del Rosell” la petición de historia clínica e informes aludidos. La documentación requerida fue recibida con fecha 12 de junio de 2001, incluyendo la historia clínica obrante en dicho centro sanitario e informes de fecha 17 de abril y 10 de mayo de 2001, de la facultativo que realizó la citada intervención de cataratas y del Servicio de Oftalmología del citado Hospital, respectivamente.

CUARTO.- En informe de 2 de agosto de 2001, requerido por la instructora, el Inspector Médico realizó las siguientes consideraciones:

“En relación con el proceso que nos ocupa, y según consta en la historia clínica de D. L. N. R., la paciente fue remitida por su Médico de Atención Primaria a Oftalmología

(se refiere a su Especialista Oftalmólogo de Zona) el 24-10-1995, por presentar “disminución de la agudeza visual en ojo derecho, que ha sido diagnosticada de catarata, y pterigión en el mismo ojo”.

En la misma hoja de interconsulta (realizada por dicho Especialista), y con fecha del 27-10-1995, consta que la agudeza visual en ojo derecho era solamente luz, y en ojo izquierdo 1. Las presiones intraoculares eran de 14 mm Hg en ambos ojos. Fondo de ojo, imperceptible en el derecho y normal en el izquierdo. Es diagnosticada de catarata madura + pterigión en ojo derecho, proponiéndose intervención quirúrgica y pidiéndose preoperatorio. En su mismo informe, el Inspector señala que la intervención fue practicada el 6 de marzo de 1996, “realizándose extracción extracapsulín con lente de cámara anterior”, y tratamiento postoperatorio con antibióticos, antiinflamatorios y antiedema.

(...) “Posteriormente, y según costumbre de los antiguos Especialistas de Zona, las anotaciones de las revisiones las realizan en el reverso del informe de la intervención o de la propia hoja de interconsulta, y sin ser estrictos en el orden seguido. Pero a pesar de esto, se comprueba fácilmente todas las revisiones que pasó la paciente, y así cronológicamente consta que fue vista en consulta en las fechas siguientes:

- 07-12-1995.- Preoperatorio.
- 10-03-1996.- 1ª revisión.
- 15-03-1996.- 2ª revisión.
- 22-03-1996.- 3ª revisión.
- 03-04-1996.- 4ª revisión.
- 23-04-1996.- 5ª revisión.
- 13-05-1996.- 6ª revisión.
- 03-06-1996.- 7ª revisión.
- 20-06-1996.- 8ª revisión. Se quitan puntos.
- 11-07-1996.- 9ª revisión.
- 02-08-1996.- 10ª revisión. Se cita para dentro de 6 meses.

El 22-10-1996, su Médico de Atención Primaria realiza nueva interconsulta a Oftalmología, y según consta en la misma, el 29-10-1996 la agudeza visual en ojo derecho era de ¼ y de 1 en el izquierdo. La tensión intraocular era 10mm Hg en cada ojo. Se sospecha maculopatía y es remitida al Hospital Sta. Mª del Rosell para estudio de la misma.”

En lo que respecta a la atención prestada en este Hospital, el informe del Inspector recoge lo expresado por el Servicio de Oftalmología del centro en el informe de 10-5-01 (reseñado en el Antecedente Tercero), en estos términos:

“Paciente que fue vista en consultas externas de este servicio en Diciembre de 1996. Refería mala visión y sensación de cuerpo extraño en ojo derecho.

La paciente refería haber sido intervenida de cataratas en ojo derecho unos 9 meses antes en otro centro. No disponemos de datos exploratorios previos a la cirugía. La

paciente refería buena agudeza visual bilateral sin corrección en su juventud. Tras la intervención, refiere que su visión ha mejorado algo pero sigue siendo deficiente. Estaba en tratamiento con antiinflamatorios no esteroideos en colirio desde hacía tiempo sin encontrar mejoría ni de su visión ni de la sensación de cuerpo extraño. No refiere antecedentes personales o sistémicos de interés.

*La exploración realizada en esa fecha muestra: Agudeza visual corregida de ojo derecho de 1/6 (-1.75 -3.25 * 22) alcanzando 1/3 con estenopeico y de 1 por ojo izquierdo (+0.50 -0.50 * 90). En ojo derecho presenta pseudofaquia con lente intraocular de cámara anterior, pupila ovoide vertical y dos puntos de sutura de la incisión de la catarata rotos y con los cabos expuestos. No se aprecian alteraciones significativas en el segmento anterior de ojo izquierdo. Las presiones intraoculares tomadas fueron de 20 mm de Hg por ojo derecho y 16 mm de Hg por ojo izquierdo. Las medidas de agudeza visual potencial tomadas mediante P.A.M (potencial acuity meter) son de 20/60 por ojo derecho y 20/20 por ojo izquierdo. El examen del fondo del ojo derecho muestra signos de edema macular. No se aprecian alteraciones significativas en el examen fundoscópico del ojo izquierdo. Retinas replicadas en ambos ojos sin desgarros.*

Se retiraron los dos puntos de sutura mencionados para evitar la sensación de cuerpo extraño y se instauró tratamiento con lubricantes oculares tópicos (viscotears gel) recomendándose que prosiguiera sus controles periódicos por su oftalmólogo de zona”.

Seguidamente, el Inspector Médico continúa su informe expresando lo siguiente:

“El hecho de derivar a la paciente al Hospital (se refiere al del Rosell) para estudio, no presupone que la actuación realizada hasta ese momento no sea correcta, sino que es el procedimiento que se realiza cuando los especialistas de zona han agotado sus medios diagnósticos o terapéuticos, que suelen ser inferiores a los que se disponen en el Hospital.

Tras la intervención de cataratas, la paciente fue revisada en diez ocasiones, sin que conste dato clínico alguno que haga pensar que la intervención de cataratas fracasó o se realizó incorrectamente. Al contrario, se demuestra que antes de la intervención la paciente sólo percibía luz por su ojo derecho y posteriormente su agudeza visual aumentó (1/4 según consta en la hoja de interconsulta de fecha 29-10-1996, o 1/6 según medición realizada en el Hospital en diciembre de 1996).

Por tanto la afirmación realizada por D. L. N. R. en el punto de su reclamación (de) que “como consecuencia de esta operación perdí prácticamente la vista en el ojo derecho” no es cierta, ya que sólo percibía luz por ese ojo antes de la intervención de cataratas.

Los puntos de sutura de la incisión de la catarata que estaban rotos y le fueron retirados en el Hospital Sta. M^a del Rosell, no produjeron ninguna lesión que afectara a la capacidad visual del ojo, siéndole retirados para evitar la sensación de cuerpo extraño. Esta sería la única complicación de la intervención y no produjo secuela alguna.

El hecho de que desde el Hospital remitiesen a la paciente a su oftalmólogo de zona, para que prosiguiese sus controles periódicos, es señal de que se consideraba correcta la actuación realizada hasta ese momento, ya que la paciente no precisaba ninguna reintervención en su ojo derecho.

La intervención, que según la reclamante, le realizaron 2 años después en un Centro Privado de Alicante “como consecuencia de la intervención defectuosa que le habían

realizado”, es una afirmación gratuita, sin que haya ninguna prueba clínica que lo demuestre (...); resulta curioso que desde el año 1996 en que fue intervenida D. L. N. R., y según ella “de forma defectuosa ocasionándole pérdida de visión en ojo derecho”, no presentase reclamación antes ni hubiese manifestado esta anomalía en ninguna de las revisiones a las que fue sometida, tanto por su Oftalmóloga de Zona como en el Hospital Sta. M^a del Rosell. Al contrario, cuando es vista en consultas externas del Hospital, manifiesta que su visión ha mejorado algo, por lo que reconoce que antes de la intervención de cataratas veía peor.

En resumen, no hay dato clínico alguno que demuestre que la intervención de cataratas en ojo derecho realizada a la paciente el día 6-3-1996, por la Dra. M. J. S. M. en el H. C. R. de Cartagena, fuese realizada de forma defectuosa o sea la causa del déficit de visión que padece, bien al contrario, existe constancia en su historia clínica que antes de la intervención sólo percibía luz por ese ojo”.

QUINTO.- El 31 de octubre de 2001 la reclamación es rehusada por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil, lo que se comunica a la interesada el 7 de diciembre de 2001, notificándole la apertura del trámite de audiencia.

SEXTO.- El 22 de diciembre de 2001 la reclamante presentó alegaciones, en las que indica que es imprescindible que se abra un período de práctica de prueba y manifiesta su disposición a llegar a un término convencional del procedimiento por un importe de 5.000.000 de ptas. A lo expresado en su inicial escrito de reclamación añade que no se le informó adecuadamente de la envergadura y complejidad de la intervención, calificando esta conducta de negligente.

SÉPTIMO.- El 29 de mayo de 2003 la reclamante solicita información al Servicio Murciano de Salud sobre el estado de su expediente, siéndole suministrada el 16 de junio de 2003.

OCTAVO.- Mediante escrito de 5 de febrero de 2004, la instructora comunica a la interesada las decisiones adoptadas con respecto a las pruebas propuestas en su escrito de reclamación, requiriéndole, además, para que aportara justificación de que la acción de responsabilidad que ejercitaba no había prescrito.

NOVENO.- El 25 de febrero de 2004, la interesada presenta escrito de alegaciones en el que ratifica lo manifestado en su escrito inicial, indicando que las secuelas producidas por la intervención quirúrgica son una notable disminución de agudeza visual del ojo derecho, así como dolores en el mismo, y que la mala praxis médica se demuestra en el hecho de que el 26 de octubre de 1998 acudió a una clínica privada de Alicante donde, tras una segunda intervención quirúrgica, consiguió una mejoría en la agudeza visual de dicho ojo y una disminución en las molestias que padecía, aportando documentos de dicha clínica en los que se describe el tratamiento y resultados conseguidos. Asimismo, manifiesta que la acción de reclamación no ha prescrito porque, tras la intervención quirúrgica practicada en la sanidad pública, constan actuaciones tendentes a la curación o a la determinación del alcance de las secuelas que le quedaron tras aquélla, actuaciones consistentes en las revisiones pasadas en dicha sanidad pública, en el tratamiento prestado en la sanidad privada y en el proceso para el reconocimiento de su incapacidad temporal instado el 15 de junio de 2000 ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que el 15 de enero de 2001 determinó el alcance de las referidas secuelas mediante informe del Equipo de Valoración de Incapacidades de dicho Ente, aportando documentación relativa

a la referida asistencia sanitaria privada y a la valoración de su incapacidad por el INSS. Además, señala que aportará prueba pericial, y que es necesaria la práctica del resto de pruebas solicitadas en su día.

De entre la documentación aportada, merece destacarse el informe de 11 de julio de 2000 de la clínica privada V., en el que se expresa lo siguiente:

*“**ANTECEDENTES:** Paciente de 43 años de edad que acude por vez primera a nuestra Consulta el día 26 de octubre de 1998, por presentar disminución de agudeza visual en ojo derecho, con dolor, destacando el antecedente de haber sido intervenida hace 2 años y medio de catarata de ese ojo derecho.*

EXPLORACIÓN OJO DERECHO:

AGUDEZA VISUAL (Con su corrección): O.D. = Dedos a 1 mts.

REFRACCIÓN: O.D. = -2 - 3 x 40° AV = dedos a 1 mts.

EXPLORACIÓN EXTERNA: Pupila oval.

MOTILIDAD OCULAR EXTRINSECA: Normal.

BIOMICROSCOPIA DE SEGMENTO ANTERIOR: Pseudofaquia mas lente de cámara anterior con restos capsulares y edema corneal.

TONOMETRÍA (Aplanación): O.D. = 20 mm Hg.

FONDO DE OJO: Mácula engrosada no atrófica.

EXPLORACIONES COMPLEMENTARIAS (PAM): O.D. = No alcanza.

ANGIOGRAFÍA MACULAR OJO DERECHO: O.D. = Quistes maculares por antiguo edema.

***JUICIO CLÍNICO:** Pseudofaquia complicada ojo derecho (de EECC fallida). Edema macular ojo derecho.*

***CRITERIO TERAPEÚTICO:** Se le prescribe tratamiento para el edema macular y se le plantea la posibilidad de intentar mejorar la situación de ese ojo derecho. Aceptado por la paciente, se realiza una explante de la lente de cámara anterior, eliminando los restos capsulares y se coloca una lente suturada a sulcus. Esta intervención se realiza con fecha 2-2-1999. En el postoperatorio cursa con un discreto edema corneal y la agudeza visual no mejora de dedos a 1 mts. Con una pequeña refracción residual no mejora de agudeza visual pero lo ve con mas claridad, por lo que se plantea la posibilidad de realizar una intervención con LASIK para corregir este defecto residual. Esta intervención se realiza el día 26-10-99 precisando una limpieza de la interfase que se realiza el día 27-4-2000. La agudeza visual que alcanza en ese ojo derecho es de dedos a 0,50 mts. En el estudio biomicroscópio presenta un edema corneal con microbullas, flap perfecto con interfase limpia, lente suturada a sulcus sin restos capsulares, tonometría 14 mm Hg., siendo el resto de las exploraciones idénticas a las visitas anteriores, por lo que al paciente se le prescribe tratamiento médico con la finalidad de disminuir ese edema corneal.”*

DÉCIMO.- Remitidas a la Inspección Médica las citadas alegaciones y documentación aportada por la reclamante, mediante informe de 19 de julio de 2004 dicha Inspección se ratifica en el informe emitido con anterioridad.

UNDÉCIMO.- Solicitada al H. P. S. de Cartagena (en cuanto sucesor en la titularidad del H. C. R.) la documentación relativa a la intervención de cataratas practicada en este Hospital, fue enviada mediante oficio de su Directora-Gerente de fecha 2 de noviembre de 2004. Dicha documentación se remitió con fecha 1 de diciembre de 2004 a la Inspección Médica, que emite nuevo informe con fecha 8 de julio de 2005, en el que concluye que en la nueva documentación aportada no existe ningún dato nuevo que haga cambiar el informe realizado en su día.

DUODÉCIMO.- Con fecha 29 de agosto de 2005 se concedió a las partes un nuevo trámite de audiencia, presentando alegaciones la reclamante con fecha 16 de septiembre de 2005, reiterando las afirmaciones que se realizaban en escritos anteriores y comunicando que aportará informe pericial, tal y como anunció en su escrito de alegaciones del 25 de febrero de 2004, sin que hasta la fecha conste que haya sido recibido dicho informe.

DECIMOTERCERO.- El 18 de octubre de 2005 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, conforme con el parecer de la Inspección Médica, que la reclamante no ha sufrido daño alguno por causa de la asistencia pública sanitaria consistente en la intervención quirúrgica de cataratas a la que se sometió, limitándose a contradecir el informe de la citada Inspección Médica sin aportar prueba alguna, en especial, el informe pericial que repetidamente indicó que presentaría. Previamente, la propuesta considera que no cabe apreciar la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial porque se constata que la clínica privada a la que acudió la reclamante le realizó el 27-4-00 una actuación sanitaria (tendente a paliar los daños que imputa a la Administración), presentándose la reclamación dentro del año siguiente a dicha actuación médica.

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.

A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, se considera cumplido en lo sustancial 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 en el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

TERCERA.- Sobre la posible prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial.

La propuesta de resolución objeto de Dictamen considera no prescrita la acción resarcitoria contenida en la reclamación presentada el 8 de marzo de 2001, estimando a tal

efecto que el 27 de abril de 2000 le fue realizada a la reclamante una asistencia sanitaria (la “*limpieza de la interfase*”, en relación con la lente previamente implantada por la clínica privada). Aunque dicha propuesta no desarrolla esta cuestión, puede deducirse que considera que dicha actuación terapéutica culmina el tratamiento realizado a la interesada y determina definitivamente la secuela relativa a la pérdida de visión que es imputada a la actuación sanitaria pública; es decir, que considera dicha asistencia sanitaria privada como una actuación tendente a la curación o, en su defecto, a la determinación de las secuelas producidas por la previa asistencia pública y operativa a los efectos establecidos en el artículo 142.5 LPAC, que establece que en el caso de reclamaciones por daños físicos o psíquicos, el plazo prescriptivo de un año se computará desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas producidas por la actuación pública de que se trate.

En el caso planteado, surge la duda de si el daño que funda la reclamación y que se imputa al actuar administrativo (la “*notable pérdida de visión y los frecuentes dolores de mi ojo izquierdo*” -rectius, el derecho-), podría considerarse estabilizado y determinadas sus secuelas cuando en diciembre de 1996 acude la reclamante al Hospital “*Santa María del Rosell*” (remitida al mismo por la Especialista de Zona que previamente la intervino de cataratas), en donde se confirma la maculopatía (edema macular) avanzada por dicha especialista, y se le retiran los dos puntos de sutura que quedaban sueltos, derivados de dicha intervención.

Para resolver la cuestión planteada, se estima necesario destacar que en el expediente remitido no consta documentación de la consulta realizada en diciembre de 1996 en el referido Hospital, pues los pormenores de la misma sólo se contienen en el informe de 10 de mayo de 2001 de su servicio de Oftalmología, emitido ya en el seno del presente procedimiento.

Quiere decirse que no existe suficiente certeza de que en la fecha de dicha consulta se comunicara a la reclamante el diagnóstico pertinente (la maculopatía que confirma el parecer de la Especialista de Zona) y, por tanto, el alcance, definitivo o no, de las secuelas de dicha patología. Esta especial circunstancia lleva a considerar que es con ocasión del proceso asistencial realizado en la sanidad privada cuando puede afirmarse, ya sin lugar a dudas, que la interesada conoce el alcance de su patología y de sus secuelas, momento en que la jurisprudencia fija el “*dies a quo*” del plazo prescriptivo al que se refiere el citado precepto LPAC (SSTS, Sala 3ª, de 3 de mayo y 31 de octubre de 2000 y de 25 de junio de 2002, entre otras). Esta particularidad del supuesto que nos ocupa permite excluir una finalidad fraudulenta (reabrir un plazo prescriptivo ya fenecido) en la decisión de la interesada de acudir a la sanidad privada, como podría suceder en casos en que, conocida por el paciente la estabilización de su patología y consiguientes secuelas, acude mucho más tarde a un posterior tratamiento (público o privado) para intentar su curación o la minoración de dichas secuelas, amparándose en el lógico avance del estado de la ciencia y técnica sanitarias.

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, se coincide con la propuesta de resolución en el sentido de no estimar la prescripción de la reclamación objeto del presente procedimiento.

CUARTA.- Relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales: inexistencia.

Conforme se desprende de los artículos 139 y siguientes 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.

En el caso que nos ocupa, no resulta acreditado que las secuelas por las que se reclama indemnización (“*la notable pérdida de visión y los frecuentes dolores*” en el ojo derecho de la reclamante, según su último escrito de alegaciones), sean consecuencia de una actuación sanitaria pública no ajustada a la “*lex artis*” correspondiente o, lo que es lo mismo, que sean consecuencia de una mala praxis médica en el tratamiento de la dolencia por la que acudió a la sanidad pública. Según lo informado por la Inspección Médica, la intervención de cataratas realizada en el Hospital C. R. de Cartagena no sólo no ocasionó a la reclamante pérdida de visión alguna, sino que mejoró la deficiente visión que ya tenía cuando acudió a la primera consulta, sin que se haya demostrado que tal intervención se practicara indebida o defectuosamente.

Si bien ello ya sería suficiente para desestimar la reclamación en lo que respecta a la secuela de la pérdida de visión, cabe añadir (para aclarar así una cuestión no analizada suficientemente en los informes de la Inspección Médica) que no se ha acreditado que la maculopatía que presumiblemente es la causa de la pérdida de visión de la reclamante, sea consecuencia de la mencionada intervención de cataratas; además, el que tal maculopatía no se advirtiera antes de dicha intervención podría explicarse en el hecho de que la facultativo que examinó a la paciente hiciera constar en la hoja de consulta que el fondo del ojo derecho de ésta resultaba “*imperceptible*” (anotación en la consulta realizada el 27-10-95 en la que se le prescribe la intervención de cataratas, f. 21 exp.), lo que podría deberse a la opacidad del cristalino (“*catarata madura*”, según dicha anotación) y que justifica dicha intervención. Es después, una vez realizadas las oportunas revisiones tras la intervención quirúrgica, cuando se sospecha que los problemas de visión se deben a una maculopatía y se remite a la paciente al Hospital “*Santa María del Rosell*”, donde se confirma tal apreciación (“*signos de edema macular*”, según el informe del Hospital de fecha 10-5-01, ya citado). Aun cuando este informe no abunda en detalles sobre esta patología, del mismo se deduce que se estimó que carecía de tratamiento satisfactorio para la recuperación de la visión, ocupándose de la cuestión atinente a la sensación de cuerpo extraño en el ojo derecho que también tenía la paciente (a la que seguidamente nos referimos).

Resta decir en este punto que los documentos sobre el tratamiento dispensado posteriormente a la reclamante en la sanidad privada ponen de manifiesto que la ligera mejoría que experimentó en su visión (pasó de ver dedos a 1 metro a verlos a 0,5 metros), no se debió a un tratamiento de dicha maculopatía, sino a una intervención con láser para mejorar un defecto residual relativo a la refracción, intervención esta última que se le realiza casi tres años después de abandonar voluntariamente la sanidad pública en vez de haber acudido a su Oftalmólogo de Zona para el seguimiento de su enfermedad, como se le prescribió, imposibilitando con ello todo ulterior tratamiento que, como el practicado en la sanidad privada, podría habersele dispensado por el sistema público a la vista de su evolución y del estado de la ciencia y técnica sanitarias; tratamiento que, en cualquier caso, no demuestra “*per se*” la incorrección de las actuaciones terapéuticas públicas.

Por lo que se refiere a la secuela consistente en los frecuentes dolores en el ojo derecho de la reclamante, tampoco se ha acreditado que se debieran a una inadecuada praxis médica. Es cierto que pudiera plantearse la duda sobre una posible mala praxis por el

hecho de que en la consulta realizada en Diciembre de 1996 en el antes citado Hospital se advirtiera en el ojo operado la existencia de “*dos puntos de sutura de la incisión de la catarata rotos y con los cabos expuestos*” (informe de 10-5-01); sin embargo, el informe de la Inspección Médica de fecha 2-8-01 es contundente cuando afirma que dichos puntos de sutura rotos “*no produjeron ninguna lesión que afectara a la capacidad visual del ojo, siéndole retirados para evitar la sensación de cuerpo extraño. Esta sería la única complicación de la intervención y no produjo secuela alguna*” (f. 38 exp.).

Por último, en lo que se refiere a la alegada falta de información sobre los riesgos de la intervención de cataratas, cabe indicar, en primer lugar, que en el expediente (f. 92) consta el documento por el que la interesada prestó su consentimiento para la citada intervención, en el que se hace constar que es informada de los riesgos de dicha intervención y que asume éstos.

En segundo lugar, debe recordarse que, como este Consejo Jurídico señaló, entre otros, en su Dictamen 20/04, de 23 de febrero:

“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 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.

2º) 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.”

Quiere decirse que, aun en la hipótesis de una eventual insuficiencia en la información clínica suministrada en su momento a la reclamante, no se ha acreditado que los daños o secuelas por los que reclama tengan su origen en la intervención de cataratas realizada por la Administración, es decir, que esos daños sean materialización de un riesgo originado por la actuación sanitaria pública. Y ello, sin perjuicio de lo dicho anteriormente sobre la falta de prueba de la alegada incorrección de tal actuación.

En consecuencia, al no acreditarse que las secuelas por las que la reclamante solicita indemnización sean consecuencia de una mala praxis en la asistencia sanitaria practicada por la Administración, procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen.

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

CONCLUSION

ÚNICA.- Procede desestimar la reclamación objeto del procedimiento de referencia, al no acreditarse la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización. En consecuencia, la propuesta objeto del presente Dictamen se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 95/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. A. V. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad I. B. V., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 05/06/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 96/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. L. V., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 05/06/06

Extracto de Doctrina

El accidente desencadenante del efecto dañoso fue una acción involuntaria de otro alumno, en ningún caso atribuible directa ni indirectamente a la actuación del profesorado, que vigilaba adecuadamente al alumno, cuya edad (14 años) hace presumir su conocimiento de los riesgos que puede implicar dejar las gafas en el asiento del autobús. Todo ello conduce a considerar el hecho ajeno al funcionamiento del servicio._

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 7 de mayo de 2003 D. J. L. M. presentó reclamación por daños sufridos por su hijo, consistentes en la rotura de sus gafas durante la realización del viaje de estudios, el día 10 de abril anterior, daño sufrido cuando, según se indica en la comunicación del accidente, *“al bajar del autobús el alumno tropezó con tal suerte que se le cayeron las gafas y se rompieron”*; valora dichos daños en 24,94 euros, y los justifica mediante factura de la reparación.

SEGUNDO.- El 13 de octubre de 2003 la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura resolvió admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, siendo notificado dicho acto. El instructor requirió informe del Centro el 2 de febrero de 2004, remitido el día 16 siguiente y suscrito por el Jefe de Estudios, responsable del grupo de alumnos que realizó el viaje, expresando que *“al volver al autobús, un compañero de J. J. L. V. se sentó encima de sus gafas de forma fortuita e involuntaria, estando presentes sus profesores C. M. G., E. M. A. y el que suscribe M. O. A.”*.

TERCERO.- Notificado al reclamante el otorgamiento del preceptivo trámite de audiencia (4 de octubre de 2005), no consta que presentara alegaciones; tras ello, y notificado también el cambio de instructor, el 19 de mayo de 2006 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no acreditarse relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La propuesta de resolución que culmina las actuaciones practicadas, trata de finalizar un procedimiento iniciado para resarcir los daños que se dicen causados por el funcionamiento de los servicios públicos regionales. Por ello, el Dictamen se emite con carácter

preceptivo, al así ordenarlo 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.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los elementales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, aunque se aprecia que ni la naturaleza de la reclamación ni sus incidencias justifican una tan dilatada tramitación, que ha desconocido gravemente el criterio de celeridad del artículo 74 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Es competente para resolver el presente procedimiento el Consejero de Educación y Cultura, ya que así lo dispone el artículo 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Regional.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto

I. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse una primera conformidad con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona la misma, no se advierte en el supuesto sometido a Dictamen que concurren 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 (artículos 139 y 141, especialmente).

De una parte, es cierto que el efecto dañoso existe y se acredita, que se produce en el seno del servicio público entendido como “*giro o tráfico administrativo*” al ser el colegio de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la citada Consejería tales efectos dañosos. Como se dice en el informe del Centro al enmendar la descripción realizada en la comunicación de accidente escolar, y no rebate el reclamante, el accidente desencadenante del efecto dañoso fue una acción involuntaria de otro alumno, en ningún caso atribuible directa ni indirectamente a la actuación del profesorado, que vigilaba adecuadamente al alumno, cuya edad (14 años) hace presumir su conocimiento de los riesgos que puede implicar dejar las gafas en el asiento del autobús. Todo ello conduce a considerar el hecho ajeno al funcionamiento del servicio. No puede exigirse de la actuación del profesorado una mayor diligencia para adoptar medidas previsoras del accidente que, como hemos dicho, por su carácter, no pudo haberse evitado por la Administración, y no hubo mal funcionamiento del servicio, porque el estándar medidor del mismo, que hubiese sido una deficiente diligencia en la vigilancia, no se ha probado infringido. El Tribunal Supremo (Sala 3^a), en su 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 caso examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Así pues, antes que la infracción de un deber de custodia se percibe que el daño se debe al infortunio y, además, quizás, a la conducta de la víctima, y es de resaltar que el reclamante no achaca al Centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso.

Con carácter general, el Consejo de Estado rechaza que la diligencia exigible a los servidores públicos de los colegios 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 (Dictamen 289/94), habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/96, de 7 de marzo, y 811/96, de 30 de abril, entre otros), siendo esta tesis la que propugna la doctrina legal de este Consejo Jurídico (Dictamen 3/2005, entre muchos otros) y la de otros órganos consultivos autonómicos (Dictamen 131/99 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, y Dictamen 3/99, del Consell Consultiu de Les Illes Balears). En función de todo ello, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que estos hechos desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

II. Las anteriores consideraciones, que coinciden con la propuesta de resolución dictaminada, no agotan, 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 estas reflejadas en nuestro Dictamen 81/2000, referido a otra consulta procedente de la misma Consejería sobre un asunto semejante al presente, a cuyas Consideraciones nos remitimos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA- No se ha acreditado la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Por ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 97/06.- 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: 05/06/06

Extracto de Doctrina

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.

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 A. N. 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 nadie 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 (folio13).
- 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 in-

trauterino, 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 informa el adjunto al Servicio de Ginecología del Hospital, reconoció a la paciente a las 10 horas del día 24 por encontrarse en parto, indicando a la matrona que, cuando fuera posible (se encontraban ocupadas las tres plazas que disponen de monitores de cardiotocografía), la traslade 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 cardíaca.

- 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 Torrepacheco 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 realizo control Ecográfico entre la 18 sem. y 31 días, siendo este normal

2. Dr. A. S. A., que realizo 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 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 mas 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 paciente 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. 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 h, apreciándose ausencia del latido fetal cardiaco.

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 Medico 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 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 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 postmorten: Feto muerto ante parto. El examen postmorten 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 Doña 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.

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 en un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo, pues, 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 Sra. A. N., al sufrir los perjuicios imputados a la atención sanitaria recibida en el Hospital Los Arcos, dependiente de la Administración autonómica, 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 los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. La reclamación se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Es competente la Consejera de Sanidad para resolver el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Regional (Ley 7/2004)

Respecto de la instrucción han de ser destacados los siguientes extremos:

1) El tiempo invertido en la tramitación ha superado los límites reglamentarios -6 meses prevé como duración máxima para estos procedimientos el artículo 13.3 RRP-, sin que de la naturaleza de lo instruido se aprecien causas objetivas para ello.

2) Con ocasión de los Dictámenes núms. 63/2004 y 147/2005, entre otros, el Consejo Jurídico destacó las siguientes características de la prueba en el procedimiento administrativo, que *prima facie* conviene destacar:

- Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y, por tanto, por los previstos en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

- 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.

También ha de tenerse en cuenta que se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 30/1986, de 20 de febrero, sobre el juicio de pertinencia de la prueba, expresa:

“Con respecto a ella cabe destacar que el artículo 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de “utilizar los medios de prueba pertinentes” en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación”.

Abordando ya el análisis del rechazo del órgano instructor a practicar la prueba testifical propuesta por la reclamante, ha de hacerse notar que ésta 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 asistirle, mientras que, por el contrario, la hoja de enfermería señala un “sin incidencias” en ese turno de noche (folio 33 vto.)

Para rechazar la práctica de esta prueba, la instructora se basa en que *“como testigo propuesta por la parte reclamante, suele ratificar lo declarado por ésta”*, aplicación jurídica no aceptable ya que, al rechazar su comparecencia como testigo, se está prejuzgando el alcance y valor del testimonio, incurriendo la instrucción en una apreciación preventiva que mal concuerda con el principio de neutralidad que debe presidir sus actuaciones y con las más esenciales reglas de la práctica procesal.

La prueba testifical tiene por objeto la declaración de un sujeto, distinto de las partes, sobre percepciones relativas a hechos concretos, controvertidos y procesalmente relevantes, diciendo al respecto el art. 360 LEC que las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio. Tras la derogación del art. 1244 CC no es de aplicación ninguna norma con limitación general, por lo que la testifical se practicará a instancia de la parte como un medio de prueba ordinario, que se regula en los arts. 360 a 381 LEC.

El artículo 80.2 LPAC obliga a la práctica de pruebas cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, habiendo señalado la doctrina que este segundo supuesto ha de referirse, también, al caso de que sean los interesados los que contradigan los hechos alegados por la Administración y tal contradicción sea relevante para la resolución del asunto (Dictamen núm. 106/2004).

De las actuaciones documentadas en el expediente, y con arreglo a la normativa citada, no se aprecia que concurra causa para tener por innecesaria o impertinente la prueba testifical propuesta; una vez practicada, corresponderá al órgano instructor valorar sus resultados y las tachas que a los testigos 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.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Segunda, debiendo elevarse de nuevo para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada, previa audiencia a las partes de las actuaciones practicadas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 98/06.- 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: 05/06/06

Extracto de Doctrina

Salvo que el procedimiento de revisión se hubiera iniciado a instancia de parte, extremo que no figura en el expediente remitido, el transcurso del plazo de los tres meses desde la iniciación del procedimiento (el 16 de febrero de 2006), sin dictarse resolución expresa, produce la caducidad del mismo (artículo 102.5 LPAC), por lo que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 44.2 del mismo texto legal, procede su declaración, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Resolución de la Alcaldía de 16 de febrero de 2006, se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de la Resolu-

ción núm. 129/2993, de 17 de octubre, por la que se concedió licencia de apertura para ampliación de la actividad de “engorde de cerdos” a la mercantil “E. P. C., S.L.”

SEGUNDO.- Durante la instrucción se ha otorgado trámite de audiencia a la mercantil peticionaria de la licencia, habiéndose dictado por el instructor del expediente la correspondiente propuesta de resolución, de 17 de marzo de 2006, estimando procedente la declaración de nulidad de la Resolución precitada, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1,e de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC), por haberse tramitado por un cauce distinto al previsto en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación.

TERCERO.- Con fecha 24 de abril de 2006, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, sin que conste que se haya adoptado por el órgano consultante la suspensión del plazo máximo legal para resolver el presente procedimiento de revisión de oficio (tres meses), con motivo de la solicitud del presente Dictamen, conforme al artículo 102.5 LPAC, en relación con el 42.5,c) de la misma Ley.

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 establecido en 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 artículos 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), y 102.1 LPAC, al versar sobre una propuesta de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho (artículo 62.1, apartado e, LPAC) de una licencia de apertura (hoy de actividad, según el artículo 214,b de la Ley del Suelo de la Región de Murcia) otorgada por el Alcalde de la Corporación.

SEGUNDA.- Sobre la tramitación del expediente.

Consta la audiencia a la mercantil interesada, que no se opone a la revisión de oficio, siempre y cuando la Administración municipal tramite la autorización ambiental y le otorgue nueva licencia de actividad.

En cuanto a la propuesta de resolución que suscribe el instructor, el Consejo Jurídico considera que debe ser ratificada por la Alcaldía, en su condición de órgano proponente, puesto que, aunque no exista previsión concreta sobre el órgano competente para resolver la declaración de nulidad de pleno derecho, salvo en lo que respecta a los municipios de gran población según la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, acudiendo a una interpretación sistemática de los artículos 21 y 22 LBRL habría que entender que si al Alcalde le corresponde la iniciativa para proponer al Pleno la declaración de lesividad en materias de su competencia (artículo 21.1,l), igualmente le corresponde la facultad de propuesta de la declaración de nulidad de pleno derecho al Pleno de la Corporación, considerando a este último órgano como el competente para resolver, al igual que le compete la declaración de lesividad de los actos de la Corporación (artículo 22.2,k), como se ha sostenido, entre otros, en los Dictámenes núms. 14/1998, 12 y 65 del año 1.999. Apoyaría también esta

última interpretación el artículo 110.1 LBRL que establece que corresponderá al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho, y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria. Por el contrario, como hemos indicado anteriormente, para los municipios de gran población se contemplan expresamente las facultades de la Alcaldía para revisar de oficio sus propios actos (artículo 124.4, m, LBRL, tras la reforma introducida por la Ley 57/2003, ya citada).

TERCERA.- Sobre la documentación remitida.

Se realizan las siguientes observaciones:

1ª. Aunque se acompaña el proyecto, puesto que la ampliación de la actividad fue sometida al procedimiento de calificación ambiental, debe remitirse la Memoria Ambiental exigida por el artículo 28.1,b) de la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente para la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 1/1995) para dicha calificación por parte del órgano ambiental municipal, a la que hace referencia el informe del Ingeniero Técnico Industrial Municipal, de 13 de agosto de 2003.

2ª. Debería aclararse por el instructor si la licencia de actividad concedida por la Resolución que ahora se propone revisar, que hace referencia únicamente a ampliación de “actividad de engorde de cerdos”, se extendió también a una planta de producción de fertilizantes orgánicos sólidos y líquidos, según el título del proyecto aportado en el expediente.

3ª. En el escrito de alegaciones presentado por D. J. P. G., en representación de mercantil “E. P. C., S.L.” (folio 30), se hace referencia a que, por la falta de respuesta por parte del Ayuntamiento, se presentó el Estudio de Impacto Ambiental ante la Dirección General de Calidad Ambiental, quedando registrado como expediente núm. 691/04, y que el Servicio de Inspección y Verificación Ambiental de la citada Dirección respondió a su solicitud señalando que dicha actividad está sujeta a la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación, si bien no tiene constancia que el Ayuntamiento esté llevando a cabo la tramitación del citado expediente.

En la medida en que para la declaración de nulidad de pleno derecho el Consejo Jurídico ha de determinar la esencialidad de los trámites omitidos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.1,e) LPAC (autorización ambiental integrada, que incluya a su vez la evaluación de impacto ambiental y que corresponde al órgano ambiental de la Administración regional, en lugar de la calificación ambiental por el órgano municipal correspondiente), o, en su defecto, para determinar si el acto que se revisa incurre en un vicio de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículos 103 en relación con el 63 de la LPAC), debería aportarse al expediente la contestación de la Dirección General de Calidad Ambiental a la solicitud efectuada por el peticionario, incluso solicitándose al interesado si fuera procedente, así como debería aclararse por el Ayuntamiento si ha remitido la documentación exigida por el artículo 16.3 de la Ley 1/1995 al órgano ambiental de la Comunidad Autónoma para la Evaluación de Impacto Ambiental, que forma parte de la autorización ambiental integrada, según el artículo 11.4 de la Ley 16/2002, ya citada, o, en su defecto, si tiene conocimiento de la tramitación de la autorización ambiental integrada por parte de la Administración regional.

CUARTA.- Los efectos del transcurso del plazo máximo para resolver: la caducidad del procedimiento.

Salvo que el procedimiento de revisión se hubiera iniciado a instancia de parte, extremo que no figura en el expediente remitido, el transcurso del plazo de los tres meses desde la iniciación del procedimiento (el 16 de febrero de 2006), sin dictarse resolución expresa, produce la caducidad del mismo (artículo 102.5 LPAC), por lo que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 44.2 del mismo texto legal, procede su declaración, 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, 138/02, 34/2003 y 107/2005, 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 el órgano 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 mercantil interesada, sin perjuicio de incoar un nuevo procedimiento para revisar el acto viciado.

Por ello, y para evitar la caducidad de este tipo de procedimientos, por la perentoriedad del plazo para resolver, se aconseja que el órgano competente adopte la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen al Consejo Jurídico sobre el fondo del asunto, y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que debe comunicarse al interesado.

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

CONCLUSION

ÚNICA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento objeto de este Dictamen, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde que se inició el mismo, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo (Consideración Cuarta), pudiendo conservarse las actuaciones ya obrantes en el expediente e incorporando las indicadas en la Consideración Tercera, con la posibilidad de que el órgano proponente adopte la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen al Consejo Jurídico sobre el fondo del asunto y la recepción del mismo.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 99/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 05/06/06

Extracto de Doctrina

El hecho de que el daño se produjera cuando el coche se encontraba estacionado en el aparcamiento del recinto escolar (la propia instructora manifiesta que no puede interpretarse dicho estacionamiento como una asunción por parte de la Administración de responder en todo caso del cuidado de los vehículos de los profesores y del personal a su servicio) no es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración titular del servicio cuando los posibles causantes de los desperfectos, en la hipótesis de que hubieran sido alumnos, no se encontraban ni en horario escolar, ni bajo la vigilancia del profesorado (Dictámenes 2401 y 2403 del año 2.000 del Consejo de Estado).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de octubre de 2005, D. J. P. O., Director del Instituto de Enseñanza Secundaria del IES de Torreagüera, presentó denuncia ante el puesto de la Comandancia de la Guardia Civil en aquella localidad, en la que relata, según el Atestado instruido por amenazas, insultos, y daños a un turismo (Diligencias núm. 1321/05), lo siguiente:

“Que en el día de ayer el declarante como Director del IES de Torreagüera tuvo reunión del Consejo Escolar. Que la misma duró de 19.30 horas a 22.30. Que cuando el declarante se disponía a marcharse del citado Instituto, se dirigía a coger el vehículo de su propiedad, turismo Saab modelo 9.3 color azul matrícula X, estacionado en el interior del recinto del mismo, observando que le habían causado diversos daños tanto en el cristal de la puerta trasera lado izquierdo, así como en la puerta trasera izquierda en el alerón izquierdo, también en el paragolpes trasero y en el techo parte derecha. Que junto al vehículo había gran cantidad de piedras y losas procedentes de un escombro cercano.

Preguntado por el valor de los daños causados al vehículo, de momento no puede valorarlos hasta tanto lo lleve al taller para su reparación. Que poco después y en unión del Secretario del Instituto cuando se marchaban del lugar, se encontraron junto al Colegio Ángel Zapata, a un grupo de niños en edades comprendidas entre los 13 y 15 años, llamados J. F. G., J. P. M. C., D. A. M. Y A. N., pararon el coche y se acercaron hacia dicho grupo, comentándole el declarante y dirigiéndose hacia este grupo “HABÉIS DADO UN PASO CUALITATIVO MUY IMPORTANTE”, reaccionando dichas personas de forma violenta hacia el declarante, con frases como “CÁLLATE MARICÓN, MARICÓN DE MIERDA, CABRÓN, TE VAMOS A MATAR HIJO DE PUTA, TE VAMOS A CORTAR LAS PIERNAS.”

Que quien más pronunció las amenazas hacia su persona fueron J. P. y D., los otros dos se quedaron casi al margen”.

Consta también el acta de información de derechos al perjudicado u ofendido, ex-

pedida por el guardia civil que instruye.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de octubre de 2005, el afectado remite copia de la denuncia al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales que, a su vez, la traslada al Servicio Jurídico de la Consejería consultante con la siguiente comunicación interior:

“Adjunto remito documentación del profesor D. J. P. O., en la que solicita la reparación de unos daños producidos en su vehículo por alumnos del centro dentro del propio recinto escolar”

TERCERO.- En la misma fecha, el Director del IES pone en conocimiento del Director General de Personal los hechos ocurridos, así como emplaza a los padres de los menores implicados en el centro escolar para exponerles el procedimiento a seguir.

CUARTO.- Con fecha 11 de noviembre de 2005, el interesado remite a la Dirección General de Personal presupuesto de los daños que ha sufrido el vehículo de su propiedad, que ascienden a la cantidad de 1.365,85 euros, y un escrito de la aseguradora del vehículo que manifiesta que no ha tenido ningún percance durante el año 2005.

QUINTO.- La instructora del expediente solicita del Parque Móvil Regional un informe acerca de la verosimilitud de la relación causa a efecto entre los daños y las piedras arrojadas, así como de los conceptos y cuantías presupuestadas, siendo cumplimentado por el Jefe de de Taller del mencionado organismo, por escrito de 14 de marzo de 2006, señalando que *“los conceptos que se detallan en la factura de reparación de los daños sufridos se ajustan aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de estos conceptos. En cuanto a la conexión causa-efecto entre la acción de arrojar piedras y lasas contra el vehículo y los daños reclamados, no se puede dictaminar a posteriori si estos se han producido a causa del impacto si no se realiza una peritación de los daños, previamente a la reparación de los mismos. No obstante, el impacto de piedras y lasas lanzadas con una determinada potencia, obviamente pueden romper la luna de cristal de la puerta de un vehículo y producir abolladuras y desperfectos de diversa índole en la carrocería del mismo”*.

SEXTO.- Con la finalidad de completar los actos de instrucción se solicitó, por fax, al Director del IES que especificara el resultado de las gestiones encaminadas a la averiguación de los autores del daño y su sanción disciplinaria, así como que el Secretario, en su condición de testigo, diera su versión de los hechos.

El Director del Centro remite por fax un informe, de 22 de marzo de 2006, en el que concluye que *“...no hubo cargos contra los alumnos por los daños ocasionados en el coche, puesto que no se disponía 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.”*

También fue recibido por el mismo medio la manifestación del Secretario del IES sobre los hechos ocurridos a la salida de la sesión del Consejo Escolar, que tuvo lugar la tarde noche del 27 de octubre de 2005:

“(...) el automóvil de D. J. P. O. marca Saab 93 color azul oscuro, que se encontraba aparcado en el interior del centro, en la zona de aparcamientos, había sido apedreado como también lo fueron los coches de otros dos profesores. Se podía observar los daños

producidos en la carrocería del mencionado auto.

Pensando que habían sido varios alumnos del Instituto nos dimos una vuelta el señor Director y yo mismo con el fin de ver si se encontraban aún en las cercanías. Vimos unas calles abajo del Instituto, concretamente en calle Escuelas de Barrio San Blas, sentados en un banco de mobiliario urbano a cuatro alumnos del centro: J. P. C., D. A., J. F. y A. N. que, interrogados por el Sr. Director sobre su autoría del destrozo, increparon e insultaron en mi presencia amenazadoramente a D. J. P. (...) Juntos nos marchamos dejando a los cuatro alumnos en su banco sentados”.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia al interesado, manifiesta que no tiene ninguna alegación que realizar, según el fax remitido a la instructora el 28 de marzo de 2006.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 19 de abril de 2006, estima el resarcimiento de daños por quedar acreditada la existencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, al apreciar *vis atractiva* de los elementos docentes que concurren en el caso, tanto porque el Director del IES realizaba una función pública en particular, como porque los autores presumiblemente eran alumnos y la acción de éstos fue con toda probabilidad una reacción vengativa gestada como consecuencia de la actividad docente del Centro, produciéndose también consecuencias posteriores probadas (expediente disciplinario incoado por insultos y amenazas), que se desarrollaron en el mismo contexto.

NOVENO.- Con fecha 21 de abril 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.- Acerca de la naturaleza de la reclamación.

El interesado, Director del IES de Torreagüera, solicitó al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería consultante la reparación de unos daños producidos en su vehículo, que atribuye a alumnos del centro, cuando se encontraba aparcado en el recinto escolar, según refiere la Jefa del Servicio en su comunicación interior a la Vice-secretaría. 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 producidos al vehículo del afectado.

La condición de funcionario del perjudicado plantea la cuestión de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de los empleados públicos, entendiendo el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 75/99) que la utilización de la expresión “particulares”, recogida en el artículo 139.1 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 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 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 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”*.

TERCERA.- 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. No obstante, no se ha aclarado por parte del afectado si ejercitó las acciones penales o civiles que procedieran, tras la denuncia presentada ante el puesto de la Comandancia de la Guardia Civil de Torreagüera (Diligencias núm. 1321/05) por amenazas, insultos y daños al turismo, desconociéndose tal extremo en el expediente; en todo caso, y en lo que concierne a la autoría de la acción, él manifiesta que no ha podido

ser determinada en el IES, al no tener pruebas palpables o evidentes de la participación de determinados alumnos en los hechos, por lo que en los expedientes disciplinarios seguidos en el centro escolar no hubo cargos por los daños ocasionados al vehículo, y sí por los insultos y amenazas que determinados alumnos profirieron contra el afectado.

La determinación de esta autoría es presupuesto imprescindible para la aplicación del artículo 43 del Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, que obliga a los alumnos que, individual o colectivamente, causen daños a los bienes de sus profesores -y a sus padres o representantes legales como responsables civiles-, a reparar el daño causado o hacerse cargo del coste económico de su reparación.

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 que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo que se acredita con el presupuesto aportado por el afectado y que asciende a la cantidad de 1.365,85 euros.

Por otra parte, el daño sufrido ha de ser reputado como antijurídico, porque no existe un deber jurídico por parte del afectado 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, el afectado estaba realizando tareas inherentes a su cargo, como era la asistencia a una reunión del Consejo Escolar del centro, que preside, conforme a lo dispuesto en la normativa entonces aplicable (artículo

81.2 de la LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, hoy 126 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, que la deroga).

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 no permite apreciar la existencia de un título de imputación al servicio público educativo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, aun cuando el Director realizara tareas propias de su cargo (asistencia al Consejo Escolar), los alumnos presuntamente responsables no se encontraban en aquel momento realizando actividades escolares, extraescolares o complementarias bajo el control y vigilancia del profesorado del IES, pues los hechos ocurrieron cuando se celebraba el Consejo Escolar, de 19,30 a 20,30 horas, fuera de las horas lectivas. En virtud de esta circunstancia, el IES y, por tanto, la Administración educativa, no debe responder por los alumnos menores de edad, como expresamente recoge el artículo 1903 del Código Civil, sino que corresponde a los padres la responsabilidad de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guardia. Esta misma consideración realiza la instructora en la propuesta de resolución (“efectivamente, si bien se puede objetar que no se produjo el suceso en horas lectivas para éstos, en tanto los padres de los alumnos no respondan directamente del daño”) aunque concluye que, en su defecto, debe hacerlo subsidiariamente la Administración.

No comparte el Consejo Jurídico esta última consideración acerca de la subsidiaridad de la Administración respecto a los padres de los alumnos, por cuanto, aun cuando se subsumiera al afectado en un supuesto de daños causados a terceros, puesto que la Administración tiene el deber de responder por los daños causados a aquéllos en los colegios públicos, como se ha reconocido de forma reiterada (por todos, nuestro Dictamen núm. 111/05), no existiría una conexión suficiente con la prestación del servicio educativo, al no encontrarse en ese momento los alumnos bajo la vigilancia de los profesores y, por ende, del centro escolar. Por otra parte, tampoco el interesado achaca a la Administración actuación de la que pudiera derivar, aun en sentido amplio, el imprescindible nexo causal para que nazca la responsabilidad patrimonial, sin que se aclare en el expediente si los alumnos pudieron perpetrar la acción desde el exterior, lanzando piedras desde un escombros cercano, o si tenían que acceder al interior, en cuyo caso no se aclaran tampoco las medidas de seguridad que tiene establecido el centro escolar dirigido por el afectado.

Por consiguiente, el hecho de que el daño se produjera cuando el coche se encontraba estacionado en el aparcamiento del recinto escolar (la propia instructora manifiesta que no puede interpretarse dicho estacionamiento como una asunción por parte de la Administración de responder en todo caso del cuidado de los vehículos de los profesores y del personal a su servicio) no es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración titular del servicio cuando los posibles causantes de los desperfectos, en la hipótesis de que hubieran sido alumnos, no se encontraban ni en horario escolar, ni bajo la vigilancia del profesorado (Dictámenes 2401 y 2403 del año 2.000 del Consejo de Estado).

Apreciada la ausencia de nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños causados, el alegato a la *vis atractiva* de los elementos docentes en el presente caso, como la caracteriza la propuesta de resolución (sic), no puede fundamentar la estimación de la reclamación bajo el instituto de la responsabilidad patrimonial, pues la LPAC exige la concurrencia de determinados requisitos legales.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede dictaminar desfavorablemente la propuesta de resolución, al no concurrir la imprescindible relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y los daños alegados por el interesado para estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 100/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. L. F., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. B. L., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/06/06

Extracto de Doctrina

El estándar de funcionamiento del servicio y la diligencia propia de los servidores públicos no puede exigir imperiosamente un cuidado total sobre las personas y las conductas, del tipo que sean, que se desarrollen en él (Dictámenes n.º. 289/94 del Consejo de Estado y n.º. 86/01 de este Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 15 de abril de 2005, D. A. L. F. presentó solicitud de indemnización por los daños sufridos por su hijo de 8 años de edad, J. B. L., en el Colegio de Educación Infantil y Primaria Manuel Fernández Caballero, de Murcia, 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). Expone que el menor se encontraba jugando en el patio del colegio el día 8 de febrero de 2005 y sufrió una caída con la consecuencia de una rotura de brazo, daño por el que reclama una indemnización de 220 euros, importe que justifica mediante facturas de asistencia sanitaria. A la solicitud acompañó fotocopia cotejada del libro de familia acreditativo del parentesco con el menor y un parte de consulta y hospitalización del Hospital Virgen de la Arrixaca, según el cual el niño sufrió fractura de codo izquierdo, fue intervenido y precisaba rehabilitación.

SEGUNDO.- El 15 de febrero de 2005 la Directora del Centro había hecho llegar a la Consejería de Educación y Cultura una comunicación de accidente escolar relativo a dicha reclamación, expresando que *“estando en el patio con los profesores y los padres durante la fiesta de carnaval (el alumno) se subió a la portería, su madre le riñó por hacerlo pero él continuó subiéndose y al final cayó lesionándose”*.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de 25 de mayo de 2005, aquélla solicitó el preceptivo informe del centro, que fue emitido por su Directora el 6 de octubre de 2005 indicando que *“en el momento del accidente todos los alumnos del colegio, 210, se encontraban en patio desfilando alrededor de la pista poli-deportiva. Cada maestro vigilaba su grupo de alumnos y en la pista había también unas 50 personas adultas, padres y madres de los alumnos. Al finalizar el desfile programado se dio un tiempo de 15 minutos de juego libre y convivencia con los padres (...) y fue en ese momento cuando el niño (...) desobedeciendo tanto las indicaciones de la profesora como las de la propia madre, se encaramó a la portería de fútbol y cayó al suelo”*. Añade que los alumnos conocen que, según el reglamento de régimen interior del centro, está prohibido subirse a las porterías o a cualquier elemento elevado, y que el niño actuó de forma inconsciente y desobedeciendo las advertencias que se le hicieron por parte de los adultos que estaban a su alrededor.

CUARTO.- Conferida audiencia a la reclamante no consta que presentara alegaciones, tras lo cual fue formulada propuesta de resolución desestimatoria por considerar que el alumno se encontraba bajo la vigilancia de su madre y de una profesora, y se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 12 de diciembre de 2005.

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 persona interesada, la madre del menor, cuya condición acredita con la copia compulsada del libro de familia, al ostentar la representación legal del mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

El Centro de Educación Infantil y Primaria “Manuel Fernández Caballero,” de Murcia, pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante, de acuerdo con lo que dispone 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.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, ésta se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento seguido es el que establecen la LPAC y el RRP para las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración.

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, en numerosos Dictámenes el Consejo Jurídico ha insistido en que, de acuerdo con doctrina y jurisprudencia consolidada, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y 27 de mayo de 1999, y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de junio de 2001 y Dictamen 21/2003 de este Consejo Jurídico).

En el presente supuesto la reclamante no efectúa una imputación expresa del daño a una determinada acción u omisión del Colegio Público, por lo que cabe deducir que su reclamación se basa exclusivamente en el hecho de que el accidente se produjo en un centro de titularidad pública.

De la instrucción del procedimiento, sin embargo, se desprende que el daño se produjo con independencia del actuar administrativo, pues el alumno se encontraba en el patio, durante una actividad lúdica, jugando en compañía de su madre y de los compañeros, y de manera inconsciente y probablemente impetuosa se subió a la portería, con el resultado accidental conocido. No es posible incardinar tal acción en el ámbito propio de funcionamiento del servicio público, ya que no 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, y, por tanto, no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión de indemnización formulada (entre otros, Dictamen 2099/2000). En el mismo sentido los Dictámenes nº. 81/00, 208/02 y 52/03 de este Consejo Jurídico.

Se asegura por la Directora que los hechos se produjeron a pesar de una adecuada vigilancia de los profesores y, por otra parte, no consta mal estado de la portería, pudiendo afirmarse que tales actitudes de los alumnos, en la práctica, son incontrolables, pues para hacerlo sería necesario adoptar medidas que significarían, de facto, la prohibición de ele-

mentos lúdicos como la portería de fútbol, consecuencia en sí misma desproporcionada. El estándar de funcionamiento del servicio y la diligencia propia de los servidores públicos no puede exigir imperiosamente un cuidado total sobre las personas y las conductas, del tipo que sean, que se desarrollen en él (Dictámenes n°. 289/94 del Consejo de Estado y n°. 86/01 de este Consejo Jurídico).

El daño, si bien 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 este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de julio y 13 de septiembre de 2002, esta última dictada en unificación de doctrina.

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.- No procede reconocer la responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, por no ser el daño imputable a la Administración regional y, en tal sentido, se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 101/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a E. C. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. C. C., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/06/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 102/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. M. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 12/06/06

Extracto de Doctrina

Los informes de la Inspección Médica y de la compañía aseguradora del SMS ponen de manifiesto que las actuaciones diagnósticas y terapéuticas que fueron adoptándose a la vista de la evolución del paciente han de considerarse correctas, empleándose los medios y los conocimientos disponibles en cada momento, única obligación que cabe exigir a la actuación sanitaria, y no una obligación de resultados, máxime cuando éstos pueden ser inevitables a pesar de haberse adoptado una asistencia correcta en los términos y parámetros antes indicados.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 6 de febrero de 2004, D. P. E. G. R., diciendo actuar en nombre de D. J. M. M. L., presentó escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que manifiesta que su representado padecía desde hace tiempo la llamada “*enfermedad de Behcet*”, la cual se había manifestado en las articulaciones y especialmente en la visión, con afectación grave de su ojo izquierdo, razón por la que acudió en su día al Servicio de Oftalmología del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde le atendió el Dr. R. O., que le diagnosticó uveitis y prescribió el tratamiento correspondiente, si bien una vez iniciado el tratamiento comenzó de forma paulatina a perder visión del referido ojo izquierdo,

diagnosticándosele nuevos episodios de uveítis. El ojo evolucionó a peor, originándose un desprendimiento de retina, fraccional e inoperable, que desembocó en febrero de 2003 en una pérdida definitiva de la visión.

Por todo ello, considera que el diagnóstico y tratamiento no fueron los adecuados, y ese erróneo tratamiento provocó la pérdida definitiva de la visión del ojo izquierdo, reclamando una indemnización cuya cuantía no especifica. Adjunta a dicho escrito informes clínicos del Servicio de Oftalmología de fechas 11 de octubre de 2002 y junio y 6 de noviembre de 2003, e informe de alta del Servicio de Urgencias de fecha 4 de abril de 2003, ambos Servicios del citado Hospital Virgen de la Arrixaca.

SEGUNDO.- Con fecha 16 de febrero de 2004 el Director Gerente del SMS resuelve admitir a trámite la reclamación, lo que se notificó al reclamante y a una correduría de seguros para su traslado a la compañía aseguradora del SMS, a la vez que se requirió al primero para que propusiera los medios de prueba de que pretendiera valerse, presentando un escrito el 10 de marzo siguiente proponiendo prueba documental (historial médico) y testifical (respecto del hermano del reclamante y de dos de los facultativos que atendieron al interesado en el citado Hospital).

TERCERO.- El 25 de mayo de 2004 el Director Gerente del citado centro hospitalario remite la historia clínica del reclamante e informe de 28 de abril de 2004 de la Dra. H. M., del Servicio de Oftalmología, que expresa lo siguiente:

“1º. Varón de 30 años de edad en la actualidad que debuta en el año 2002 con Uveítis de OI muy grave, con la presencia de Hipopión y vasculitis retiniana isquémica. Fue tratado con carácter ambulatorio con corticoides sistémicos, tópicos además de mi-driáticos. En octubre de 2002 fue ingresado por empeoramiento de su cuadro, se realiza hoja de consulta a Reumatología siendo diagnosticado de probable síndrome de Behcet incompleto. Durante este periodo (febrero-02, octubre-02), fue tratado por los Dres. R. O., Dr. E. O. A., Dr. P. T., y el Servicio de Reumatología de este Hospital.

2º. Desde octubre del 2002 hasta enero del 2003 fue tratado en CEX de Oftalmología por la Dra. M. H. M., confirmándose el diagnóstico de enfermedad de Behcet completo, observándose un desprendimiento de retina fraccional en OI además de actividad inflamatoria severa en OI. Se mantiene tto. con corticoides e Imurel, y ante la no respuesta a esta medicación se envía al Servicio de Oftalmología II, para valoración quirúrgica de desprendimiento de retina (enero del 2003).

3º. En mayo del 2003 fue valorado por los Dres. N. H. e I. S. del Servicio de Oftalmología II, considerando inoperable el desprendimiento de retina.

4º. En el año 2003 y hasta la actualidad el paciente está siendo tratado en el Servicio de Reumatología y el Servicio de Oftalmología por la Dra. H. M., con tto. médico a base de Ciclosporina A y Corticoides sistemáticos, mejorando del cuadro clínico de Uveítis, Aftas bucales, y Artritis. En OI persiste el desprendimiento de retina total que no tiene tto.

CONCLUSIÓN:

La abajo firmante, considerando ser la Médica que durante más tiempo ha tratado a este paciente, confirma el diagnóstico de enfermedad de Behcet con afectación muy grave del Ojo Izquierdo, y atribuye únicamente a esta enfermedad su situación actual”.

CUARTO.- Solicitado informe al Dr. E. R. O., por ser otro de los facultativos que atendió al reclamante, contestó mediante escrito de 7 de julio siguiente, en el que ratifica en todos sus términos el anterior informe de la Dra. H., añadiendo que *“en este tipo de enfermedad, como otras, cuando se agrava, por ser progresiva y a pesar de los esfuerzos médicos que en todo caso fueron adecuados y siguiendo los protocolos actuales, aún así, los resultados pueden ser desastrosos”*.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 22 de junio de 2005, del que se destaca lo siguiente: *“la enfermedad de Behcet es una enfermedad multisistémica inflamatoria crónica, rara, de causa desconocida y caracterizada por la tríada de: uveítis; úlceras bucales y en órganos genitales; y artritis. (...) El tratamiento recomendado por la Sociedad Española de Reumatología para la enfermedad de Behcet va dirigido a reducir la inflamación o bien intentar regular el sistema inmunológico, teniendo en cuenta que la causa es desconocida. Algunos de los medicamentos usados son: corticoides locales; antiinflamatorios no esteroideos y analgésicos; colchicina; corticoides orales; e inmunosupresores. El tratamiento prescrito al Sr. M. L. coincide con estas recomendaciones.*

Las lesiones oculares apreciadas en el paciente (uveítis, hipopión; vasculitis retiniana) son las manifestaciones clínicas de la enfermedad de Behcet en el ojo.

CONCLUSIONES

-La evolución de la enfermedad de Behcet puede llevar al paciente a la ceguera, afectaciones neurológicas y vasculares. (Instituto de Investigación de Enfermedades Raras).

-Estimo que D. J. M. M. L. fue correctamente diagnosticado y tratado según las recomendaciones de las Sociedades Científicas al efecto, y que no hubo negligencia en la actuación de los profesionales que le atendieron.

-Coincido con los Dres. R. O. y H. M. en que la pérdida de la visión por OI es atribuible a la evolución de la enfermedad que padece el paciente, y que en este tipo de patologías raras y de causa desconocida, los esfuerzos terapéuticos, a pesar de ser correctos, no siempre obtienen éxito”.

SEXTO.- Mediante oficio de 1 de agosto de 2005, la instructora comunica a las partes lo acordado sobre las pruebas propuestas por el reclamante (considerando innecesarias las testificales antes reseñadas) y la apertura del preceptivo trámite de audiencia, en el que sólo presenta alegaciones la compañía aseguradora del SMS, mediante un dictamen médico, de 28 de septiembre de 2005, realizado por dos especialistas en Oftalmología, cuyas conclusiones son del siguiente tenor:

“1. El paciente acudió en enero de 2002 a urgencias presentando una vasculitis retiniana. El diagnóstico en ese momento fue adecuado y se comenzó tratamiento con corticoterapia sistemática, que también fue adecuado.

2. Durante los siguientes meses del año 2002 presentó diversos episodios de uveítis, necesitando un ingreso hospitalario en octubre debido a la gravedad del cuadro. Dado que el paciente no evolucionaba favorablemente, se decidió potenciar el tratamiento corticoideo mediante la adición de ciclosporina A. En esos meses, el paciente comenzó a presentar otras alteraciones, como úlceras orales y dolores en las articulaciones, que

finalmente pudieron conformar los criterios que se exigen para el diagnóstico de enfermedad de Behcet completa.

3. Dentro de las alteraciones oculares que presentaba, en noviembre de 2002 comenzó a desarrollar un desprendimiento de retina fraccional en el ojo afectado. Se derivó entonces al paciente al Servicio de Retina Quirúrgica, que no consideró viable realizar ningún tipo de tratamiento quirúrgico sobre dicho desprendimiento, dado el mal pronóstico que presentaba.

4. El desprendimiento de retina fraccional es una de las complicaciones ampliamente descritas de las vasculitis retinianas (entre ellas, de la enfermedad de Behcet), siendo secundario a la propia naturaleza inflamatoria de la enfermedad. Coincidimos con la opinión de la Dra. H. y del Médico Inspector Dr. D. J. P. P. M. en que tanto el desprendimiento de retina como el resto de las alteraciones oculares que presentaba el paciente, y por lo tanto su pérdida de visión en el ojo izquierdo, fueron secundarias a su propia enfermedad inflamatoria crónica y no a la negligencia de los médicos que le atendieron.

5. Asimismo, no encontramos datos en la historia clínica que indiquen que se produjo un error diagnóstico (ya que desde el inicio de la afectación se emitió el juicio clínico de vasculitis retiniana, confirmando posteriormente que se trataba de una enfermedad de Behcet, tras realizar los estudios analíticos y el seguimiento clínico necesarios para ello), ni un error terapéutico (en todo momento el tratamiento se ajustó a las normas establecidas para el tratamiento de las vasculitis retinianas, y de la enfermedad de Behcet en concreto)”.

SÉPTIMO.- Mediante oficio de 10 de octubre de 2005 se remitió este último informe al reclamante, sin que presentase ninguna alegación antes de ser elaborada la propuesta de resolución, de fecha 9 de noviembre de 2005, desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, al haberse acreditado, conforme con los informes médicos evacuados, que tales daños son consecuencia inevitable, dado el estado de la ciencia y la técnica médicas, de la patología (enfermedad de Behcet) que aquejaba al paciente, ajustándose el tratamiento diagnóstico y terapéutico a la “*lex artis ad hoc*” de aplicación.

OCTAVO.- Posteriormente (en fecha ilegible), el reclamante presentó escrito de alegaciones, en el que, en síntesis, manifiesta que, debido a los síntomas que padecía, el equipo médico que lo trató debería haber sospechado el diagnóstico de enfermedad de Behcet y, por tanto, haber pautado desde un principio, junto al tratamiento corticoideo, un tratamiento inmunosupresor, así como que cuando se advirtió el desprendimiento de retina debió ser operado de urgencia, y no esperar hasta que la situación se considerara inoperable.

NOVENO.- En tal estado de tramitación y ultimando el expediente con el índice de documentos y el preceptivo extracto de secretaría se solicitó el Dictamen del Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 24 de noviembre de 2005.

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.

I. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, se considera cumplido en lo sustancial 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 en el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

II. No obstante, se advierte la falta de acreditación de la representación que el firmante del escrito inicial (el letrado compareciente) dijo tener conferida del interesado señor M. L., 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.

III. Por lo que se refiere a las pruebas solicitadas por el reclamante, se considera correcta la denegación de la práctica de la testifical en relación con el hermano del mismo, pues no se aducen razones que justifiquen su pertinencia ni se advierte que las haya a la vista del expediente remitido. Por lo que atañe a la testifical de dos de los facultativos que atendieron al reclamante en la sanidad pública, debe decirse que la controversia planteada no se refiere al acaecimiento de hechos (que no se discuten), es decir, que no se trata de una controversia fáctica, sino de valoración (científica) de hechos no discutidos, cuestión que no es propia de una prueba testifical, sino de un juicio pericial 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 (lo que, por cierto, no hizo)

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama: falta de acreditación.

De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a resarcir los daños efectivos e individualizables que, causados a los particulares por el funcionamiento de sus servicios públicos, aquéllos no tengan el deber jurídico de soportar.

En el caso que nos ocupa, el daño por el que se reclama (la pérdida de visión del ojo izquierdo del reclamante) no puede considerarse causado por el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales en forma de una actuación diagnóstica o terapéutica no ajustada a la "*lex artis ad hoc*", como viene exigiendo reiterada jurisprudencia

(citada en la propuesta de resolución dictaminada) para poder estimar la responsabilidad administrativa en casos como el que es objeto del presente procedimiento.

Así, los informes de la Inspección Médica y de la compañía aseguradora del SMS ponen de manifiesto que las actuaciones diagnósticas y terapéuticas que fueron adoptándose a la vista de la evolución del paciente han de considerarse correctas, empleándose los medios y los conocimientos disponibles en cada momento, única obligación que cabe exigir a la actuación sanitaria, y no una obligación de resultados, máxime cuando éstos pueden ser inevitables a pesar de haberse adoptado una asistencia correcta en los términos y parámetros antes indicados.

Frente a ello, no pueden aceptarse las alegaciones del reclamante reseñadas en el Antecedente Octavo, por no venir sustentadas por facultativo alguno; circunstancia ésta, además, que, por razones de economía procedimental, permite prescindir de la remisión de las mismas a la Inspección Médica y a la otra parte interesada (trámite que se estima que hubiera sido necesario si tales alegaciones se hubieran plasmado en un auténtico informe pericial).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe subsanarse el defecto en la acreditación de la representación del reclamante, en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Una vez cumplimentado lo anterior y subsanada, en su caso, dicha deficiencia, procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen, por no haberse acreditado la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama. En este sentido, y sin perjuicio de lo indicado en la Conclusión anterior, la propuesta dictaminada se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 103/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. M. O. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 12/06/06

Extracto de Doctrina

No se desprende dato alguno que permita afirmar que el tiempo de espera en la realización de las pruebas que la reclamante manifestó que tenía pendientes (por prescripción del especialista en Medicina Interna de la sanidad pública) excediera del estándar aplicable a estos efectos,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 3 de julio de 2003, D. M. M. O. A. presentó ante el Servicio de Atención al Usuario del Hospital Morales Meseguer un escrito en el que manifestaba que el día 19 de mayo de 2003 acudió al Servicio de Urgencias de dicho Hospital aquejada de un fuerte dolor en la espalda, donde explica a la médico que la atendió que estaba en espera de pruebas prescritas por el servicio de Medicina Interna, pero que el dolor es tan fuerte que no puede aguantarlo. Afirma que dicha doctora, tras ponerle una inyección, le dijo que se fuera a casa y esperase los resultados del especialista aunque, ante su insistencia, se le realizó una radiografía de columna lumbar, en la que dicha facultativo apreció un mínimo pinzamiento en L5-SI al que no dio importancia. Posteriormente, se realizó una resonancia magnética en un centro privado y se le diagnostican 3 hernias discales y discopatía degenerativa, habiendo sido intervenida de la hernia en L5-SI. Concluye reclamando 18.000 euros en concepto de indemnización por daño personal psicológico, pues estuvo trabajando dos semanas después con este dolor.

Junto a su escrito de reclamación presenta, entre otros documentos, un informe de 5 de junio de 2003 de la resonancia magnética (RMN) de su columna lumbar, realizada privadamente por S., M. G. S., S.L., en la que se consigna como juicio diagnóstico el siguiente:

“1.- Discopatía degenerativa grado I (tejido de granulación) L5-SI con imagen de hernia discal medial que impresiona de producir afectación radicular.

2.- Discopatía degenerativa incipiente L4-L5 con imagen de protrusión discal medial.

3.- Discopatía degenerativa incipiente L3-L4 con imagen de mínima protrusión discal global sin aparente afectación neural”.

Asimismo, aporta informe de alta correspondiente a su ingreso el 11 de junio de 2003 en el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, que expresa lo siguiente:

“MOTIVO DE CONSULTA.- Lumbociática derecha.

ANTECEDENTES.- No alergias a medicamentos. No antecedentes de interés.

ENFERMEDAD ACTUAL.- Dos semanas de dolor muy intenso en región lumbar irradiado a MID hasta tobillo y región externa del pie. La medicación oral e i.v. ha resultado ineficaz.

EXPLORACIÓN.- Lassegue derecho a 15°. Bragard +. Hipoestesia en territorio S1 derecho. Fuerza reservada. Reflejos rotulianos y aquileos conservados.

EXPLORACIONES COMPLEMENTARIAS.- RMN lumbar: degeneración discal L4-L5 y L5-S1. Protrusión discal L4-L5 medial. Hernia discal extruida L5-S1 con ocupación foraminal y compresión radicular.

INTERVENCIÓN.- 17/06/03. Anestesia general. Fenestración en lámina L5 derecha apareciendo raíz S1 muy comprometida. Gran hernia extruida subyacente que se extrae junto con el disco, que está muy degenerado. Subluxación L5-S1.

EVOLUCIÓN CLÍNICA.- Tras la intervención la paciente mejora por completo del dolor en MID, persistiendo leve lumbalgia.

DIAGNÓSTICO PRINCIPAL.- HERNIA DISCAL L5-S1 DERECHA.

OTROS DIAGNÓSTICOS.- DISCOPATÍA DEGENERATIVA LUMBAR”.

SEGUNDO.- En fecha 28 de julio de 2003 la Gerencia del Hospital Morales Meseguer remite al instructor copia del escrito de reclamación, de la historia clínica de la reclamante e informe emitido el 17 de julio de 2003 por el Jefe del Servicio de Urgencias, en el que concluye que *“la enferma fue atendida adecuadamente en todo momento, limitándose el Médico de Urgencias a prescribir un tratamiento para mejorar la sintomatología de varios meses y que continuara el estudio ya iniciado por su especialista”.*

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación, se notificó a la reclamante en fecha 6 de noviembre de 2003, requiriéndole, además, para que concretase los medios de prueba de los que se intentase valer. En la misma fecha se remite copia de la reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria, así como a una Correduría de Seguros, para su comunicación a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (SMS).

CUARTO.- También el 6 de noviembre de 2003 se remite copia de la reclamación interpuesta al Director Gerente del Hospital Morales Meseguer y se solicita copia de la historia clínica de la reclamante e informe de los profesionales que la asistieron.

QUINTO.- El 2 de diciembre de 2003 el Gerente del Hospital Morales Meseguer remite escrito en el que informa que la documentación requerida ya se envió mediante escrito de fecha 24 de julio de 2003, adjuntando copia de la misma.

SEXTO.- El 26 de noviembre de 2003 la reclamante presenta escrito proponiendo los medios de prueba de los que pretende valerse, adjuntando al mismo copia del parte de baja médica.

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 12 de mayo de 2004, en el que el Inspector señala, entre otras consideraciones, lo siguiente:

“Las normas que regulan el funcionamiento de los servicios de urgencia hospitalarios, establecen que se prestará la asistencia sanitaria necesaria para atender la urgencia que ha llevado al enfermo a acudir al mismo. Si se trata de patologías graves, en las

cuales pelagra la vida del paciente, la asistencia debe ser inmediata y con la extensión que precise. Sin embargo en caso de patologías crónicas o no urgentes, que presenten brotes de agudización, se trata el síntoma que se haya exacerbado, para una vez estabilizado derivarlo a su médico habitual para ampliar estudio y continuar tratamiento.

Los medios diagnósticos a emplear, siempre estarán en función del cuadro clínico que presente el enfermo, no pretendiendo llegar a encontrar la etiología exacta que la ocasiona, cuando se trata de patologías crónicas que no revistan un peligro vital para el paciente.

En este caso, se trataba de una paciente que ya estaba en estudio con el Reumatólogo, por lumbago desde hacía meses. Ante el cuadro doloroso que presentaba, la actitud correcta era tratar el síntoma agudo, el dolor, pero no tenía objeto realizar más pruebas exploratorias, que aunque hubiesen diagnosticado la hernia discal L5-S1 extruída, no hubiese supuesto otro tratamiento, ni habría sido intervenida quirúrgicamente ya que no se trataba de una cirugía urgente. Las hernias discales son intervenidas de forma programada.

En la exploración que se le realiza en urgencias, consta que el Lassegue y Bragard eran negativos, por lo que se deduce que no existía compresión radicular, lo que en ese momento descartaría la sospecha de hernia discal.

En la resonancia magnética que se le realiza privadamente el día 5 de junio de 2003, dos semanas después, se informa de discopatía degenerativa grado I (tejido de granulación) L5-S1 con imagen de hernia discal medial que impresiona de producir afectación radicular. Por tanto, no es una evidencia clara de compresión de raíces nerviosas, aunque posteriormente es intervenida quirúrgicamente, y se comprueba que el disco estaba muy degenerado y la raíz S1 muy comprometida.

Mediante estudios de resonancia magnética, en poblaciones que no presentaban sintomatología dolorosa, se ha comprobado que un alto porcentaje de personas tenían hernias o protrusión discales, por lo que no se puede relacionar directamente sintomatología y diagnóstico.

El tratamiento prescrito, mediante analgésico y relajante muscular, es el indicado, aunque hubiese sido diagnosticada de hernia discal L5-S1, por lo que no se le ocasionó ningún tipo de daño físico.”

Por todo ello, el informe concluye que “no se evidencia que la asistencia sanitaria recibida por Dña. M. M. O. A., el día 19/05/03, en el Servicio de Urgencias del HMM, no fuera correcta, ni que se le produjera daño alguno, que agravase la patología que posteriormente se le diagnosticó, una hernia discal L5-S1”.

OCTAVO.- *En informe de 28 de octubre de 2004, la facultativo que atendió a la reclamante manifiesta que “la enferma fue atendida adecuadamente, no produciéndose ningún trato vejatorio, limitándome a intentar solucionar el motivo de la consulta, para lo cual prescribí un tratamiento para mejorar la sintomatología, recomendándole que continuara los estudios ya iniciados para poder aquilatar el origen de sus dolencias. También considero que es importante resaltar que la paciente consultó además por odontalgia y que en ese momento presentaba un estado depresivo reactivo como viene reflejado en el informe de alta.”*

NOVENO.- Obra en el expediente un informe de 24 de diciembre de 2004, elaborado por los Dres. A. M., M. M. e I. M., Especialistas en Medicina Interna, a instancia de la compañía aseguradora del SMS, en el que, tras realizar un detallado estudio de la lumbalgia como síntoma común a distintos tipos de patologías y las soluciones diagnósticas y terapéuticas a adoptar, conservadoras o agresivas según la evolución del paciente, se indica lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa la paciente consulta en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer por un cuadro de varios meses de evolución de dolor en todo el hemicuerpo derecho que ya estaba siendo estudiado en el Servicio de Medicina Interna. La actuación de la facultativa es correcta, comprobando la ausencia de datos que supongan una urgencia inmediata y la ausencia de datos de alarma (tanto en la exploración física como en las pruebas complementarias realizadas) que sugieran la necesidad de continuar el estudio (que ya se había iniciado) en régimen de hospitalización. El diagnóstico alcanzado y el tratamiento aplicado es correcto en base a la sintomatología referida por la paciente y se establece ya desde el Servicio de Urgencias la presencia de patología degenerativa a nivel del espacio L5-S1.

El motivo de consulta que determina su ingreso en el Servicio de Neurocirugía es la aparición de un cuadro de lumbociática de dos semanas de evolución (es decir, de inicio posterior a su atención en urgencias) sin respuesta a tratamiento conservador, siendo este hecho precisamente el que determina la indicación quirúrgica. Aunque se hubiera podido alcanzar el diagnóstico de hernia discal en el Servicio de Urgencias (no estando indicado en este caso la realización de una RMN de urgencias en el mismo al no presentar la paciente ningún dato de compromiso neurológico), el tratamiento hubiera sido el mismo a base de analgésicos y relajantes musculares, no siendo planteable el tratamiento quirúrgico hasta haber comprobado el fracaso de dicho tratamiento conservador.

Respecto a las afirmaciones realizadas por la reclamante, debemos puntualizar que el diagnóstico finalmente alcanzado no es de tres hernias discales sino de una única hernia de localización L5-S1, presentando pequeñas protrusiones del disco intervertebral que no producen compromiso neurológico en L3-L4 y L4-L5. No existen secuelas derivadas del supuesto retraso en el diagnóstico. Evidentemente el dolor referido en su ingreso en neurocirugía si puede relacionarse con el diagnóstico de hernia discal lumbar, sin embargo el cuadro por el que consulta en el Servicio de Urgencias del Morales Meseguer (dolor en hemicuerpo derecho) no resulta imputable a dicha patología.

CONCLUSIONES:

1.- D. M. M. O. A. consultó en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer por un cuadro de varios meses de evolución de dolor en hemicuerpo derecho, por el que ya se había iniciado el estudio en régimen ambulatorio.

2.- Se realizó una adecuada valoración en el Servicio de Urgencias descartando la presencia de compromiso vital y de datos que sugirieran la necesidad de continuar el estudio en régimen de hospitalización, por lo que con buen criterio fue dada de alta con tratamiento sintomático y pendiente de completar el estudio de forma ambulatoria.

3.- El motivo de ingreso posterior (22 días después) en el Servicio de Neurocirugía es por un cuadro de lumbociática derecha de dos semanas de evolución, y por tanto distinto del motivo de consulta inicial en el Servicio de Urgencias.

4.- *La paciente no tenía indicación de realizar pruebas complementarias (y mucho menos una RMN) en su visita inicial al Servicio de Urgencias, pese a lo cual se realizó una radiografía de columna en la que ya se informaba de la presencia de patología degenerativa a nivel del espacio L5-S1, que sin duda contribuyó a facilitar el diagnóstico posterior.*

5.- *Pese a que se hubiera podido diagnosticar la presencia de la patología discal lumbar en su visita inicial al Servicio de Urgencias, el manejo hubiera sido el mismo con tratamiento conservador, siendo precisamente el fracaso de dicho tratamiento lo que sentó la indicación del tratamiento quirúrgico posterior.*

6.- *Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”.*

DÉCIMO.- En fecha 25 de febrero de 2005 se notifica la apertura de trámite de audiencia a la reclamante y a la entidad aseguradora Z. E. S.A., sin que conste que se hayan presentado alegaciones por ninguna de las partes.

UNDÉCIMO.- El 20 de octubre de 2005 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar correcta la asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Urgencias que es cuestionada por interesada y que funda la reclamación presentada, no causándole a aquélla dicha asistencia ningún daño antijurídico.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento, legitimación, plazo de interposición y competencia para resolver el procedimiento.

I. A la vista de las actuaciones que constan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y el RRP para la tramitación de esta clase de reclamaciones.

II. La reclamación que nos ocupa ha sido interpuesta por persona legitimada, al tener el adecuado interés legítimo en la cuestión planteada.

III. La pretensión indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

IV. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional y el órgano competente para resolver el procedimiento es la Consejera 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 el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama: inexistencia.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración Pública es responsable de los daños y perjuicios efectivos y evaluables económicamente que, causados por el funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

En el supuesto que nos ocupa, los informes reseñados en los Antecedentes son concluyentes en el sentido de que la actuación diagnóstica y terapéutica del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer prestada a la reclamante en atención a la sintomatología que presentaba cuando acudió a éste, ha de considerarse correcta y ajustada a la “*lex artis ad hoc*”, considerando las particularidades de la asistencia sanitaria de los servicios públicos de urgencias. El supuesto que nos ocupa es muy similar al planteado en nuestro Dictamen 224/02, de 19 de diciembre, en el que se aceptó lo informado por la Inspección Médica en el sentido de que “*...no puede desprenderse la existencia de un error de diagnóstico como afirma la reclamante por parte de los facultativos que actuaron; efectivamente, el diagnóstico de una lumbociatalgia, sintomatología que acompaña a múltiples procesos de columna y otras localizaciones, incluida la hernia discal (diagnóstico definitivo de la paciente), no es un error de diagnóstico sino un diagnóstico sintomático, tratado adecuadamente en el Servicio de Urgencias mediante medidas específicas. Los Servicios de Urgencias de los hospitales públicos del Sistema Nacional de Salud tienen como misión primordial la atención a patologías urgentes correspondiendo a otros niveles asistenciales (médico de primaria o consultas de especialistas) la concreción diagnóstica y el tratamiento específico de patologías*”.

Por otra parte, debe señalarse que del expediente no se desprende dato alguno que permita afirmar que el tiempo de espera en la realización de las pruebas que la reclamante manifestó que tenía pendientes (por prescripción del especialista en Medicina Interna de la sanidad pública) excediera del estándar aplicable a estos efectos, por lo que no cabe apreciar responsabilidad por tal circunstancia y, por tanto, resarcir por el dolor padecido hasta su curación, que es connatural a la dolencia.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- No se ha acreditado la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño por el que se reclama indemnización. Por ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 104/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. J. F. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. E. F. M. debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/06/06

Extracto de Doctrina

El deber de mantenimiento de las instalaciones escolares pesa sobre la Administración educativa de tal manera que, cuando ellas son la causa del daño, debe concluirse la existencia de nexo entre tal daño producido y el funcionamiento del servicio público educativo, al que corresponde vigilar y promover lo necesario para garantizar el mantenimiento de las debidas condiciones de seguridad en las instalaciones del Colegio (Dictamen 128/2003), deber cuya infracción supone un funcionamiento anormal del servicio público.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de noviembre de 2002 (registro de entrada), D. P. J. F. M. presenta, en impreso normalizado, reclamación por los daños sufridos por su hija el 25 de octubre anterior, en el Colegio Público “José María de la Puerta” de Cartagena, que cuantifica en 48 euros.

Acompaña una factura expedida por un médico estomatólogo por el importe reclamado, y la fotocopia del libro de familia acreditativo del parentesco con la menor.

SEGUNDO.- Consta comunicación de accidente escolar firmada por el Director del centro escolar el 28 de octubre de 2002, en la que se describe del modo siguiente lo ocurrido el 25 anterior:

“Estando dentro del aseo, otro alumno empujó una puerta batiente impactando en el diente de la alumna.”

Además, anota la siguiente observación: *“sería conveniente sustituir esas puertas para evitar futuros accidentes”.*

TERCERO.- Con fecha 11 de diciembre de 2002, la Secretaria General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, lo que es notificado al interesado el 20 de diciembre de 2002.

CUARTO.- Con fecha 7 de enero de 2003 (notificada el 17 siguiente), se solicitó a D. P. J. F. que subsanase la falta de justificación de la representación de la menor mediante copia compulsada del libro de familia, siendo cumplimentado el 27 del mismo mes y año.

QUINTO.- A instancia del órgano instructor, el 30 de enero de 2003 se solicita informe al Director del Centro Escolar sobre la forma de producción del accidente, que es emitido el 11 de febrero siguiente:

“Los hechos ocurrieron a las 11:00 horas del día 25 de octubre del 2002, durante el recreo. La alumna se encontraba dentro del aseo, otro alumno empujó una puerta batiente la cual dio en el diente de la alumna. La profesora que estaba a cargo de la alumna es Doña B. B. S..

En la comunicación de Accidente Escolar, se puso en observaciones que sería conveniente sustituir esas puertas para evitar futuros accidentes, ya que las puertas al ser batientes es fácil que se produzcan accidentes al poder ser empujadas por los alumnos ya sea desde el interior o desde el exterior de las mismas, cuestión que además está prevista en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

SEXTO- El 17 de febrero de 2003, se dirige comunicación interior a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Centros, Ordenación e Inspección Educativa, solicitando aclarase las condiciones de las puertas de los aseos, a fin de descartar cualquier interferencia arquitectónica en la causa del accidente y, al no obtenerse respuesta, se reitera dicha petición el 28 de abril, siendo finalmente cumplimentada el 12 de mayo siguiente:

“La construcción del centro data de 1970 y desde esa fecha son las puertas batientes de las cabinas de los aseos, como es natural se encuentran muy deterioradas por el uso, no obstante su funcionamiento es correcto según el diseño de los mismos.”

SÉPTIMO.- Con fecha 22 de mayo de 2003 (notificado el 27 siguiente), se otorga un trámite de audiencia al interesado al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que haya hecho uso de este derecho.

OCTAVO.- Tras la paralización del procedimiento durante más de dos años, se acuerda por Resolución del Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura, de 3 de octubre de 2005, el cambio de instructor del expediente, que es notificado al interesado.

NOVENO.- Con fecha 23 de febrero 2006 se acuerda nuevamente por el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura el cambio de instructor del expediente, que es puesto en conocimiento del interesado.

DÉCIMO.- El 5 de abril de 2006 (notificado al interesado el 10 de abril), se acuerda la apertura de un segundo trámite de audiencia al reclamante al objeto de que pudiera examinar el expediente.

UNDÉCIMO.- Finalmente la propuesta de resolución, de 15 de mayo de 2006, estima la reclamación por existir nexo causal entre el funcionamiento del servicio público docente y la fractura dentaria de la alumna por traumatismo.

DUODÉCIMO.- Con fecha 23 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 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 formales.

La reclamación se ha interpuesto por persona interesada, el padre de la menor, condición que acredita con la copia del libro de familia.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Colegio Público “José María de la Puerta” de Cartagena 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 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).

Por lo que se refiere al procedimiento, el tiempo de instrucción ha rebasado ampliamente el plazo fijado por el artículo 13.3 RRP. En efecto, en la tramitación del expediente, que no presenta dificultad alguna de instrucción, se han invertido más de 3 años, sin causa alguna que lo justifique, en contra de los principios de eficiencia, celeridad e impulso que deben inspirar la actuación administrativa. Además, dicha paralización, en el supuesto de que se estimara la solicitud, produciría un perjuicio al incidir en el *quantum* indemnizatorio, por la necesidad de actualizar la cantidad resultante hasta que se resuelva el procedimiento con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 41.3 LPAC), por lo que la Consejería consultante debería adoptar las medidas oportunas para que hechos como éste no se repitan (Dictamen 85/06).

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.

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 tales casos, si concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como defectos en las instalaciones, existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión formulada (entre otros, Dictamen 3364/2000). En el mismo sentido los Dictámenes núms. 120/03 y 134/04 de este Consejo Jurídico.

El deber de mantenimiento de las instalaciones escolares pesa sobre la Administración educativa de tal manera que, cuando ellas son la causa del daño, debe concluirse la existencia de nexo entre tal daño producido y el funcionamiento del servicio público educativo, al que corresponde vigilar y promover lo necesario para garantizar el mantenimiento de las debidas condiciones de seguridad en las instalaciones del Colegio (Dictamen 128/2003), deber cuya infracción supone un funcionamiento anormal del servicio público.

En el presente supuesto, de acuerdo con la descripción del centro escolar, la fractura dentaria se produjo cuando la alumna se encontraba dentro del aseo, y otro alumno empujó una puerta batiente.

Estima el Consejo Jurídico, compartiendo el sentido de la propuesta de resolución, que la existencia de una puerta batiente en el cuarto de baño del centro escolar es un elemento de riesgo, como reconoce el Director del colegio público, al decir “sería conveniente sustituir esas puertas para evitar futuros accidentes, ya que las puertas al ser batientes es fácil que se produzcan accidentes al poder ser empujadas por los alumnos ya sea desde el interior o desde el exterior de las mismas”.

La misma Unidad Técnica de Centros Educativos reconoce que la construcción del centro data del año 1970, y desde esta fecha son las puertas batientes de las cabinas de los aseos, encontrándose muy deterioradas por el uso.

Por último, en cuanto a la valoración del daño, se ha justificado lo solicitado, debiendo ser esa cantidad la que se reconozca al reclamante, sin perjuicio de su actualización.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria objeto de Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 105/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. L. A. S. M., en nombre y representación de D. D. T. C., debida a accidente escolar.**Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 12/06/06****Extracto de Doctrina**

1. Si bien es cierto que cuando exista en el ordenamiento una vía específica de resarcimiento para perjuicios acaecidos en el seno de una determinada relación jurídica, tal vía resulta de aplicación preferente, no lo es menos que si en el supuesto de que se trate concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial (artículos 139 y ss. LPAC), la Administración debe resarcir al perjudicado en el daño no cubierto o insuficientemente cubierto por la vía resarcitoria principal, conclusión que se alcanza atendiendo a la finalidad del instituto de la responsabilidad patrimonial de obtener la reparación íntegra del daño sufrido.

2. La relación de causalidad no ha de entenderse en sentido absoluto, es decir, como un nexo directo y exclusivo, sino en sentido relativo, de forma que la aparición de una pluralidad de causas en la generación del daño, entre ellas, en todo caso, la obligada relación con el funcionamiento del servicio público, permite apreciar una concurrencia de culpas con la consiguiente distribución equitativa de la indemnización derivada de la lesión sufrida. Ahora bien, para ello es menester que las causas concurrentes tengan un efecto condicionante del resultado dañoso, pues no procede la responsabilidad cuando la conducta de la víctima o un tercero es decisiva o determinante del hecho dañoso, en cuanto origen o causa eficiente e idónea del resultado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de enero de 2005, tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Educación y Cultura escrito del letrado del Ilte. Colegio de Abogados de Murcia D. L. A. S. M., mediante el que formula, en nombre y representación de D. D. T. C., reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por su representado en accidente ocurrido el día 8 de enero de 2004.

Según el reclamante los hechos ocurrieron del siguiente modo:

-El citado día 8 de enero de 2004 el Sr. T., junto con el resto de sus compañeros de clase, se encontraba en el jardín de la Escuela de Arte y Superior de Diseño de Murcia. El motivo por el cual no estaban dentro de su aula se debe a que el profesor que debía impartirles a esa hora la asignatura de historia de España se había ausentado por hallarse indispuesto.

-Mientras se encontraban en el jardín uno de sus compañeros se encaramó a una escultura allí ubicada, y al intentar bajarse dicha escultura cayó al suelo rompiéndose en varios trozos que, al impactar sobre el interesado, le produjeron cortes y una lesión en el pie.

-El Sr. T. fue trasladado al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer de Murcia, en un ciclomotor de un compañero ya que la ambulancia que se había avisado tardaba mucho en venir, y los profesores no tomaron medida alguna a pesar de la gravedad de las lesiones.

-En el citado centro sanitario se le diagnosticó una fractura oblicua del tercio distal del peroné de la pierna derecha, a resultas de la cual estuvo inmovilizado hasta el día 16 de marzo de 2004.

-Como consecuencia de este accidente al Sr. T. le han quedado secuelas que limitan su movilidad y la realización de actividades físicas. Para acreditar este extremo se une al escrito de reclamación un informe del Centro de Medicina del Deporte, emitido el día 6 de octubre de 2004, en el que se señala lo siguiente:

“Al día de hoy, el lesionado presenta una persistencia de sintomatología dolorosa a nivel de ambos maleolos así como en tendón de Aquiles junto a signos de inestabilidad; en el estudio radiológico se evidencia la existencia de callo óseo, todo lo cual condiciona su vida limitándole para la bipedestación mantenida, la deambulación y, en especial, para actividades físicas que impliquen carrera o salto.

Una vez valorada y estudiada la documentación aportada se evidencian secuelas que se pasan a enumerar con su correspondiente valoración, según baremo:

Inestabilidad de tobillo derecho por fractura y lesión ligamentosa con tendinitis aquilea secundaria: 8 puntos.

Se considera que ha necesitado para su curación ciento ochenta y ocho (188) días de los cuales serían improductivos ciento cincuenta (150) no precisando ingreso hospitalario”.

-Con fundamento en la figura de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, el reclamante finaliza su escrito solicitando una indemnización 17.754,06 euros, por los siguientes conceptos:

a) Por los días que tardó en curar de las lesiones, así como por las secuelas que presenta: 14.689,06 euros.

b) Gastos correspondiente a un fisioterapeuta privado al que tuvo que acudir, ante la tardanza de la Seguridad Social en prestarle dicho servicio: 2.765 euros.

c) Importe de la factura emitida por el facultativo que realizó la valoración de las secuelas: 300 euros.

Además del informe de valoración de secuelas antes mencionado, el reclamante une a su escrito diversos informes correspondientes a la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital Morales Meseguer, así como las facturas de los gastos que reclama.

El escrito viene firmado por el interesado, Sr. T. C., y por el letrado, Sr. S. M.. Además, en otro sí digo, se efectúa designación del primero a favor del segundo, señalándose a efecto de notificaciones el domicilio del citado letrado.

SEGUNDO.- El día 14 de enero de 2005 tiene entrada en Registro General de la Consejería consultante escrito del Director de la Escuela de Arte y Superior de Diseño, por el que remite el expediente relativo al accidente sufrido por el alumno de dicha Escuela, D. T. C.. De los documentos que lo integran destacan:

A) Informe del Director de la Escuela, fechado el día 16 de enero de 2004, en el que, tras relatar los hechos, concluye del siguiente modo:

“Aun sin determinar las responsabilidades de los alumnos implicados, puede observarse que la escultura estaba convenientemente instalada en el parterre del centro, aunque evidentemente no estaba preparada para que nadie se subiera en ella. La escultura estaba perfectamente aislada del resto del acceso mediante una verja que separaba la parte de paso del jardín privado. Por tanto parece una temeridad haber franqueado esa zona -perfectamente acotada- para subirse a una escultura de 1.5 metros de altura. Es decir, la escultura no se encontraba en un espacio abierto, sino protegida mediante una verja.

En ningún momento hubo falta de auxilio al alumno D. T.. Desde el centro se tomaron todas las medidas oportunas para su socorro. Se llamó a la ambulancia inmediatamente -aunque tardó desmedidamente-, se le asistió en primera instancia por profesionales: las dos ATS, que casualmente se encontraban matriculadas en el centro y, desde la Jefatura de Estudios se coordinaron las medidas oportunas.

La circunstancia del atraso de la ambulancia ocasionó nerviosismo entre los asistentes, incluido el propio afectado, que pensaba que no se le estaba atendiendo, aun no siendo cierto. Fue una temeridad irse en una moto -o en cualquier otro vehículo-, ya que, según consejos de protección civil, a los heridos hay que inmovilizarlos -en previsión de hemorragias internas u otras lesiones- y sólo los deben de mover médicos o personal cualificado. No olvidemos que D. T. era un herido politraumatizado y que se quejaba del golpe en la cabeza, y fuerte dolor en el pie y pecho. En ese momento no se tenía un diagnóstico claro, las ATS, según testimonios, no percibieron la gravedad, confundiendo la rotura del peroné con un esguince. Por tanto, se debería haber esperado a la ambulancia aunque ésta se retrasó, en testimonio de la totalidad de testigos, entre 25 y 35 minutos.

Fue el alumno en un momento en el que no se encontraba la Jefa de Estudios, el que pidió a un compañero que se lo llevaran. Si la Jefa de Estudios hubiese estado allí -según su testimonio-, no lo hubiera consentido. En cualquier caso, inmediatamente, se acercó al hospital para atender sus necesidades.

El profesor, C. F. B., se ausentó de clase sin notificarle a la jefatura de estudios tal hecho y tras haber firmado en el parte de faltas del día 8 de Enero. No teniendo constancia de su ausencia la Jefa de estudios hasta el accidente. De hecho no se le pudo localizar hasta el día 13 de Enero, según se expresa en uno de los documentos adjuntos dirigido al Servicio de Inspección.

No puedo precisar -ni nadie a los que he preguntado- el tiempo exacto que trascurrió desde el accidente hasta que fue llevado al hospital, aunque todos los indicios parecen señalar que fue alrededor de un cuarto de hora”.

B) Informe emitido por la Inspección de Educación el 6 de febrero de 2004, en el que se resumen los hechos, se recogen comparencias de profesores y alumnos, se analizan los distintos aspectos que se detectan en relación con el accidente y se finaliza con una serie de consideraciones y propuestas que, seguidamente, se transcriben:

“10º.- Llegados a este punto, esta Inspectora de Educación considera que existen tres partes diferenciadas en estos hechos.

La primera de ellas hace referencia al modo como sucedió el accidente y grado de atención y auxilio que el accidentado recibió por parte del centro educativo.

La segunda se refiere a la responsabilidad de los profesores que debían haber garantizado el derecho a la educación de estos alumnos y su atención durante su horario lectivo.

La tercera está referida a la comprobación de si la escultura y su ubicación reunía las condiciones de seguridad necesarias para garantizar la seguridad física de los alumnos.

11°.- Respecto al primero de los aspectos señalados en el punto anterior y después de la información obtenida en las comparencias realizadas y de los datos obtenidos en las visitas realizadas al centro, esta Inspección de Educación considera que:

a) El alumno M. J. se subió a una escultura situada en el jardincillo que rodea al centro, ésta cedió y de modo accidental cayó sobre el alumno D. T. C. ocasionándole distintas heridas, siendo, al parecer, la más grave de ellas la rotura del peroné.

b) La Jefa de Estudios acudió de inmediato al lugar del accidente, una vez fue avisada por la Conserje del centro, que por estar en la entrada del edificio, fue la primera persona que, además de los alumnos presentes, acudió a socorrer al alumno.

c) Otra profesora del centro D. M. A. G., que ocasionalmente, se encontraba cerca de la entrada del edificio acudió de inmediato al lugar de los hechos, e intentó prestar ayuda.

d) Se avisó con rapidez a una ambulancia, al entender ambas profesoras que no era conveniente mover al alumno

e) Ante la tardanza de la ambulancia y el dolor que mostraba el alumno, la Jefa de Estudios y la Profesora deciden llevar ellas mismas al alumno al hospital. Entran en el edificio a recoger sus objetos personales y es en ese momento, cuando ante la insistencia del accidentado debido al intenso dolor que sufría, otro alumno lo lleva en su moto al Hospital.

f) Al salir ambas profesoras el alumno ya no está en el centro. Entonces se dirigen al hospital y permanecen con el alumno hasta que llega su padre, al que, previamente habían avisado informándole de lo ocurrido

No se deduce de la situación descrita falta de atención al alumno por parte de las profesoras que acudieron a auxiliarle, si bien, parece que existió una falta de reacción más rápida por parte de estas profesoras ante la tardanza de la ambulancia y el dolor que mostraba el alumno.

Las profesoras argumentan ante esta Inspección que entendieron que no debían mover al alumno, por esto insistieron en que nadie lo tocara hasta que llegara la ambulancia con personal especializado.

12°.- Respecto al segundo de los aspectos señalados, referido a la responsabilidad de los profesores que debían de haber estado dando clase a estos alumnos en el horario en el que sucedieron los hechos. Analizada la situación se deduce:

a) El profesor D. C. F. B. debía de haber estado impartiendo clase de Historia al grupo al que pertenece el alumno D. T. C.. Este profesor dice haberse encontrado

mal y, por esta causa, no haber dado clase, y abandonar el centro. Sin embargo no comunicó este hecho a la Jefa de Estudios, ni a ningún otro profesor del centro, no dando opción, por tanto, a que la Jefa de Estudios pudiese haber arbitrado medidas organizativas para que estos alumnos se encontrasen en una clase y no a la entrada del edificio.

b) Igualmente, este profesor no avisa al centro de sus ausencias en los tres días posteriores a su falta a la clase el día del accidente.

Cuando en la tarde del día 13, el Jefe de Estudios consigue contactar telefónicamente con D. C. F., éste le comunica que iría a pedir al médico la justificación de sus ausencias.

Hay que señalar que el Jefe de Estudios envía a esta Inspección de Educación con fecha de 14/01/04 comunicación de las faltas de asistencia no justificadas de este profesor los días 8, 9, 12 y 13 de enero (Anexo XIV). Posteriormente, este profesor presenta las justificaciones que se adjuntan como (Anexo XIV Bis).

Al hacerle ver esta Inspección a D. C. la gravedad de los hechos, al abandonar el centro sin comunicarlo a nadie y la consiguiente situación que con esta actuación provoca en los alumnos, reconoce que fue una irresponsabilidad.

Entendemos que este profesor con su actuación puede haber incurrido en faltas que suponen medidas disciplinarias contempladas en el RD 33/1986 de 10 de enero de 1986.

13º.- El profesor que debía haber estado de guardia en la franja horaria donde acontece el accidente D. J. F. M. admite que no estaba en el centro porque estaba en la calle hablando con un amigo y dice desconocer que ha de justificar las horas complementarias.

A este respecto, y preguntado el actual Director del centro sobre el cumplimiento de las guardias, y el grado de conocimiento que el profesorado del centro tiene sobre las mismas, el Director entrega a esta Inspección distintas copias de actas en las que se refleja que en distintos claustros se ha tratado este tema, y se ha insistido en la necesidad de cumplir con las guardias. Del mismo modo, acompaña a esta Inspección a la sala de profesores del centro en cuyo tablón de anuncios aparece un documento en el que se recuerda a todos los profesores de guardia cuáles son sus funciones. Se adjunta copia del mismo a este informe (Anexo XV).

Esta Inspección de Educación considera que el profesor D. J. F. M. puede haber incurrido en faltas disciplinarias, tipificadas en el RD 33/1986 10 de enero, por el que se establece el régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

14º.- Con respecto al tercero de los aspectos señalados, relativo a si la escultura reunía las condiciones de seguridad necesarias para garantizar la seguridad física de los alumnos, hemos de referir que dicha escultura se encontraba situada dentro de un parterre, separado de la escalinata de acceso al edificio por una pequeña verja metálica de unos 50 cm. de altura . Véase fotografía en Anexo XVI.

Fue, en su momento, realizada por los alumnos bajo la dirección de su profesor y, dicho profesor consideró que las condiciones de seguridad, eran adecuadas (según informan el actual Director y la profesora de Escultura del centro). Entienden estos profesores que la escultura, evidentemente, no estaba preparada para subirse a ella, pero que en condiciones normales la escultura no hubiese cedido.

15°.- *Revisadas por esta Inspección otras esculturas situadas en el centro por si pudiesen ofrecer peligro, encontramos que alrededor de un pequeño jardín situado en el centro del edificio y a la entrada de alguna de las clases, se encuentran algunas de ellas sobre pedestales y estructuras metálicas. En principio, estas esculturas están sujetas y no parecen ofrecer peligro, pero si alguien se subiese a ellas o las forzase, podrían caer. Esta Inspectora de Educación ha pedido al Director del centro que se revisen todos los soportes de las esculturas y si alguno de ellos ofrece dudas razonables de que puede suponer peligro o situación de riesgo para los alumnos, sea retirada de su ubicación actual.*

Ante todo lo expuesto

SE CONSIDERA

I) No existió negligencia en la actuación del centro a la hora de prestar atención y ayuda al alumno accidentado D. T. C..

II) El accidente sucedió por la actuación involuntaria de un alumno del centro, compañero del accidentado, al cometer la imprudencia de subirse a una escultura que cedió ante el peso del alumno, pero que éste no quiso ocasionar daño alguno.

III) El profesor D. C. F. B. que debía haber estado impartiendo clase al grupo de alumnos al que pertenece el alumno accidentado, podría haber incurrido con su actuación en las siguientes faltas disciplinarias tipificadas en el RD 33/1986 de 10 de enero, de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado:

Falta disciplinaria muy grave. Artículo 6, apartado c) Abandono de servicio.

Falta disciplinaria grave. Artículo 7, apartado n) La grave perturbación del servicio.

Falta disciplinaria grave. Artículo 7, apartado I) El incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de 10 horas al mes

IV) El Profesor D. J. F. M. que debía haber estado de guardia en la franja horaria cuando sucedieron los hechos, podría haber incurrido en las siguientes faltas disciplinarias tipificadas en el RD 33/1986 de 10 de enero, como faltas leves:

Artículo 8, apartado a) El incumplimiento injustificado del horario de trabajo, cuando no suponga falta grave

Artículo 8, apartado d) Descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones

Por todo lo expuesto,

SE PROPONE

I) Apertura de expediente disciplinario a D. C. F. B., profesor de la Escuela de Arte y Superior de Diseño de Murcia por haber incurrido en la falta tipificada como muy grave y en las faltas tipificadas como graves en el RD 33/1986 de 10 de enero de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, relacionadas en la consideración III del punto anterior.

II) Apercibimiento y deducción de haberes a D. J. F. M. profesor de la Escuela de Arte Superior de diseño de Murcia por haber faltado a la guardia que le correspondía haber realizado el día 8 de enero de 2004, en la franja horaria de 16:35 a 17:30 horas.

III) Comunicar a los padres del alumno D. T. C., lo referido en los puntos 10º, 11º y 14º del presente informe. Respecto al punto 12º, comunicar que la Inspección de Educación, investigados los hechos, ha elaborado un Informe en el que se propone la instrucción de un expediente y la exigencia de las responsabilidades que pudieran derivarse.

IV) Enviar copia del presente informe a la Secretaría Sectorial de Cultura y Enseñanzas de Régimen Especial”.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora del procedimiento por resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura, a través de la Unidad de Coordinación de Enseñanzas de Régimen Especial solicita de la Dirección de la Escuela información sobre los siguientes extremos:

1) Edad de los alumnos implicados en el accidente.

2) La enseñanza o régimen docente que cursaban en esos momentos estos alumnos, el horario, asignaturas y norma reguladora de las obligaciones y deberes de los alumnos, en particular, se pretende conocer si existe obligación de éstos de permanecer en el centro cuando se ausenta el profesor titular de la asignatura.

3) Carácter de la guardia prevista en caso de ausencia del profesor titular, es decir, si a juicio de dicha Dirección, se trata de una sustitución de carácter docente con el fin de que no se desaprovechen horas lectivas o se trata de una vigilancia de guarda sobre el alumnado, aun siendo mayor de edad.

4) Número de días en que el alumno lesionado dejó de acudir al centro y los impedimentos o dificultades observados a su regreso en el seguimiento del curso.

5) Si por la Consejería se realizó restauración de la escultura desplomada, su valoración económica, así como si hubo inspección técnica o, en su caso, si puede decirse que técnicamente la argamasa que unía los bloques, tras diez años estando a la intemperie, no presenta un deterioro sustancial de manera que es capaz de seguir sujetando las piezas si se le da un trato de ornamento a la obra.

TERCERO.- El día 21 de julio de 2005 tiene entrada en la Consejería consultante el informe que se había solicitado, en el que el Director de la Escuela manifiesta lo siguiente:

“ 1) El alumno M. J. R., cuya fecha de nacimiento, que consta en su expediente, es el 22-04-84, tenía 19 años de edad el día del accidente. El alumno D. T. C., cuya fecha de nacimiento, que consta en su expediente, es el 17-06-84, tenía 19 años de edad el día del accidente.

2) Ambos alumnos estaban matriculados en segundo curso de Bachillerato de Artes y pertenecían al Grupo “D” en turno vespertino.

El horario era de 14,30 a 20,30 horas. Cuando ocurrió el accidente era el tercer periodo lectivo de la tarde, de 16,35 a 17,30 horas. (Se adjunta el horario correspondiente al curso y grupo de los citados alumnos del curso académico 2003-04).

En el Reglamento de Régimen Interno en el punto 4. Derechos y deberes, y en el apartado 4.2 Del alumnado dice:

b) Cumplir y respetar los horarios aprobados para el desarrollo de las actividades del centro. Las entradas y salidas del aula se harán con orden y puntualidad. Los alum-

nos no podrán salir del Centro durante el horario lectivo, salvo recreos y casos justificados...” (Se adjunta el Reglamento de Régimen Interno del centro, los derechos y deberes de los alumnos que se entregan a principio de curso a los delegados de cada curso por los tutores, para que lo hagan extensivo al resto de sus compañeros).

3) Se adjunta las Obligaciones del profesorado de Guardia. Se trata de una vigilancia de alumnos, que puede ser en el aula correspondiente o en la Biblioteca del Centro.

4) Los días en que el alumno lesionado, dejó de acudir al Centro, se corresponden aproximadamente con el segundo trimestre del curso escolar.

Los impedimentos del alumno en su incorporación al Centro, eran en su mayor parte de carácter físico, ya que usaba muletas para desplazarse teniendo que ser auxiliado por sus compañeros para las subidas y bajadas por las escaleras de las plantas superiores, ya que este Centro no está dotado con infraestructuras que permitan un fácil acceso a personas con minusvalías.

Durante el periodo de convalecencia, desde el Centro, se pusieron todas las medidas oportunas para asegurar que no perdiese el curso, se facilitaron varias entrevistas de la coordinadora de Bachillerato con los padres, y nos consta que compañeros de este alumno se comprometieron a llevarle a su domicilio los apuntes e indicaciones del profesorado de las diferentes asignaturas.

5) No se restauró la escultura desplomada, no se hizo valoración de la misma, ni por parte de la Consejería se mostró interés en su restauración, quedando el primer módulo de la pieza en el jardín de acceso, y el resto se depositaron dentro del Centro.

Creemos que la argamasa que sujeta las piezas de la citada obra, podría haber seguido sujetando los módulos tal y como estaba si no hubiera sido objeto de un acto imprudente y temerario”.

CUARTO.- Mediante escrito fechado el día 25 de julio de 2005 se confiere trámite de audiencia del que no hace uso el interesado, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente se formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, al considerar que no existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público prestado por la Escuela de Arte y Superior de Diseño y los daños sufridos por el reclamante, cuyo origen cifra la instructora en el propio comportamiento del perjudicado y sus compañeros, todos ellos mayores de edad, que desplegaron una actuación negligente en la que ninguna incidencia tuvo la ausencia de los profesores titular y de guardia.

QUINTO.- En tal estado de tramitación el expediente fue remitido al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, lo que motivó la adopción del Acuerdo 1/2006, por el que se solicitaba a la Consejería consultante que se completase el expediente con las siguientes actuaciones:

1º.- Información sobre si el alumno accidentado era beneficiario del seguro escolar.

2º.- En caso afirmativo, informe del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre si se ha tramitado expediente por dicho accidente, así como las prestaciones hechas efectivas, en su caso, al Sr. T. C..

3º.- *Si una vez cumplimentado lo indicado en los puntos anteriores, se incorporaran al expediente hechos o documentos nuevos, deberá otorgarse otro trámite de audiencia al reclamante”.*

SEXTO.- Recibido en la Consejería el citado Acuerdo, la instructora dirige escrito a la Dirección Provincial del Instituto de la Seguridad Social, en solicitud de información acerca de la existencia de actuaciones correspondientes a la cobertura por el Seguro Escolar de los daños sufridos por el reclamante.

En su contestación, la Dirección Provincial del INSS, informa que no existe solicitud de prestación de accidente escolar a nombre del estudiante D. T. C..

SÉPTIMO.- Completado el expediente con esta información, V.E. dispuso su nueva remisión al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen mediante escrito que tuvo entrada el día 6 de marzo 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 y procedimiento.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada (alumno de la Escuela de Arte y Superior de Diseño), 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 31.1.1.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 lo que respecta a la representación, al venir firmado por el interesado el escrito por el que inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial, la designación que se efectúa de representante se ha de entender suficiente ya que sólo desplegará eficacia respecto de actos de mero trámite (art. 32.3 LPAC).

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 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En cuanto a la admisibilidad de la acción, el artículo 142.5 LPAC establece que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de mantenerse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico... el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*. En el caso examinado, el accidente ocurrió el día 8 de enero de 2004 y la reclamación tuvo entrada en el Registro General de la Consejería consultante

el día 11 de enero de 2005. En un principio, atendiendo a dichas referencias temporales, podría decirse que la reclamación fue extemporánea. Sin embargo, hay un motivo que hace llegar a la conclusión contraria, esto es, que la acción ha sido ejercitada en plazo. En efecto, como consecuencia del accidente, el reclamante sufrió diversas lesiones de las que no fue dado de alta médica hasta el día 13 de julio de 2004 (según consta en informe de consulta externa del Hospital Morales Meseguer obrante al folio 11 del expediente), fecha relevante a efectos de lo dispuesto en el artículo antes citado.

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.- Sobre las vías de resarcimiento y el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Del examen de las actuaciones obrantes en el expediente se desprende que el alumno accidentado era beneficiario de las prestaciones del Seguro Escolar. Sin embargo, tal como informa la Dirección Provincial del INSS, no se tramitó expediente al efecto de obtener las correspondientes prestaciones porque no se presentó solicitud alguna en ese sentido.

La existencia de otra vía resarcitoria paralela (seguro escolar) ya fue objeto de análisis en nuestro Dictamen 141/2005, en el que concluíamos que, si bien es cierto que cuando exista en el ordenamiento una vía específica de resarcimiento para perjuicios acaecidos en el seno de una determinada relación jurídica, tal vía resulta de aplicación preferente, no lo es menos que si en el supuesto de que se trate concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial (artículos 139 y ss. LPAC), la Administración debe resarcir al perjudicado en el daño no cubierto o insuficientemente cubierto por la vía resarcitoria principal, conclusión que se alcanza atendiendo a la finalidad del instituto de la responsabilidad patrimonial de obtener la reparación íntegra del daño sufrido.

Lo anterior obliga a analizar el fondo del asunto, con el objeto de determinar si se cumplen los requisitos necesarios para estimar la concurrencia de responsabilidad en el funcionamiento del servicio público educativo regional. No obstante, cabe señalar la improcedencia de abonar la cantidad que se reclama en concepto de gastos de rehabilitación, y ello por dos razones: la primera, porque dichos gastos se encuentran dentro del ámbito de cobertura del seguro escolar y, la segunda, porque, tal como se desprende de la documentación que obra en el expediente, fue el interesado quien, por su cuenta, decide acudir a dicho servicio sin que mediara prescripción médica alguna, que sí se produjo posteriormente, siendo, en este último caso, la prestación por cuenta de la seguridad social.

CUARTA.- Sobre los requisitos necesarios para estimar la existencia de responsabilidad patrimonial.

Una vez dilucidadas las anteriores cuestiones de orden procesal, se ha de abordar el análisis de los aspectos sustantivos de la reclamación con el fin de constatar que en ellos concurren los requisitos que avalarían, en su caso, la pretendida declaración de responsabilidad patrimonial.

El sistema de responsabilidad patrimonial que configura nuestro ordenamiento jurídico descansa, en primer lugar, en el artículo 106.2 de la Constitución Española, precepto

que 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 y siguientes 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.

En el supuesto que nos ocupa, resulta obvia la concurrencia del requisito de la lesión, ya que ha quedado acreditado que el interesado sufrió, como consecuencia de los hechos que motivan la reclamación, unas lesiones de las que ha tardado en sanar ciento ochenta y ocho días, presentando, además, secuelas consistentes en una inestabilidad del tobillo derecho.

Aunque un hecho dañoso puede ser consecuencia de una única causa productora, también puede suceder que en dicha producción hayan concurrido varias causas, ya sean anteriores, contemporáneas o posteriores al evento. En este caso surge el fenómeno denominado concausa o concurrencia de causas, que viene siendo admitido, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo atendiendo a las circunstancias de cada caso, llegando a admitir que la exclusividad del nexo causal no es un requisito imprescindible para que la Administración pueda ser declarada culpable, de modo que pese a la interferencia de la conducta de la víctima o de un tercero, la relación de causalidad permanece [entre otras muchas, la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala Tercera el día 14 de octubre de 2004, en la que afirma lo siguiente: *“La jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas mas no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en Sentencia de 18 de julio de 2002- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, de 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras), y que, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 de enero de 1997) por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Sentencia de 5 de junio de 1997)”*].

Ahora bien, cuando se analiza el tema de la concurrencia de causas es necesario determinar si realmente nos encontramos ante un supuesto de concausación, es decir, si

la condición que se une al actuar del agente, interfiere el proceso causal, pero no lo interrumpe, y por lo tanto, no excluye la responsabilidad del responsable primitivo (aquí, la Administración educativa), o si, por el contrario, estamos ante un caso de interrupción del nexo causal, generándose la exclusión de la responsabilidad del agente. Se trata de la distinción propuesta por la doctrina entre concausa y causa nueva, definiendo la segunda como aquel hecho exterior que agrava y complica las secuelas de los daños, sin que éstos puedan considerarse normalmente consecutivos de una cadena lógica que los una al hecho del responsable. La nueva causa reviste un carácter extraordinario y sobreviene de manera tal que rompe la relación de causalidad, dando al daño una dirección o volumen completamente diferente de lo que era consecuencia natural de la conducta del primer agente. Se distingue de la concausa, ya que ésta se agrega a la causa puesta por el obligado como un hecho ordinario y actúa en la misma dirección del daño, dada por el autor del hecho.

En este mismo sentido son también abundantes los ejemplos que nos ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los que se exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración imputada, al ser evidente un comportamiento de la víctima que constituye la causa determinante del daño producido, rompiendo todo eventual nexo causal (entre otras, Sentencias de 29 de mayo de 1999, de 15 de julio de 2000 o de 2 de abril de 2004). Y también hallamos numerosas ocasiones en las que la jurisprudencia ha llegado a declarar que la intervención de un tercero, cuando es la única determinante del daño, exime de responsabilidad a la Administración, aun cuando hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio (a modo de ejemplo, Sentencias de 24 de marzo de 1998 o 13 de marzo de 1999).

En definitiva, la relación de causalidad no ha de entenderse en sentido absoluto, es decir, como un nexo directo y exclusivo, sino en sentido relativo, de forma que la aparición de una pluralidad de causas en la generación del daño, entre ellas, en todo caso, la obligada relación con el funcionamiento del servicio público, permite apreciar una concurrencia de culpas con la consiguiente distribución equitativa de la indemnización derivada de la lesión sufrida. Ahora bien, para ello es menester que las causas concurrentes tengan un efecto condicionante del resultado dañoso, pues no procede la responsabilidad cuando la conducta de la víctima o un tercero es decisiva o determinante del hecho dañoso, en cuanto origen o causa eficiente e idónea del resultado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

La acreditación del requisito de causalidad corresponde a los reclamantes, de acuerdo con la regla básica de distribución de la carga de la prueba establecida en los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6.1 RRP, el último de los cuales exige que la reclamación especifique, entre otros extremos, la presunta relación de causalidad entre las lesiones producidas y el funcionamiento del servicio público, acompañándose de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, a cuyo efecto deben los reclamantes concretar los medios de que pretenden valerse. En cambio, corre a cargo de la Administración la prueba de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima o de un tercero suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (Sentencia de la Sección 6ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2000).

QUINTA.- Imprudencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración por no concurrencia del requisito de la relación de causalidad.

El relato fáctico que ofrece la consulta del expediente revela que en el curso de los acontecimientos se vieron imbricadas varias conductas, que es necesario analizar para determinar el alcance que cada una de ellas tuvo en el resultado lesivo final.

Ante todo conviene destacar que en el escrito de reclamación (única vez que el interesado se manifiesta en el expediente), sólo se hace una invocación genérica a la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero, en ningún caso, se indica qué actuación u omisión se considera elemento generador de los daños por los que se reclama. A esta falta de concreción habría que adicionar una total inactividad probatoria tendente a determinar la incidencia que hubiera podido tener el funcionamiento del servicio público en la producción del daño, incumpliendo así el reclamante con la carga que pesa sobre él de acuerdo con los viejos aforismos “*necessitas probandi incumbit ei qui agit*” y “*onus probandi incumbit actori*”, y con el citado artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, la Administración ha practicado de forma exhaustiva las pruebas que estaban a su alcance, lo que ha posibilitado que en el expediente queden acreditadas las circunstancias que concurrieron en el accidente sufrido por el reclamante.

Pues bien, a la luz de estas pruebas el Consejo Jurídico ha de coincidir con la propuesta desestimatoria formulada por el órgano instructor, que considera que el daño sufrido por el reclamante no tiene otra causa que la conducta de uno de los compañeros de la víctima que, de forma negligente e impropia de su edad (19 años), decide encaramarse a una escultura ubicada en el jardín de la Escuela, saltando para ello la verja de protección que la rodeaba. El comportamiento de un tercero ha sido determinante en la producción del daño, de manera que, sin su concurso, éste no se hubiera producido, lo que exonera a la Administración de responsabilidad en este caso.

En efecto, tanto el profesor tutor como el de guardia podrían haber incurrido en la comisión de faltas disciplinarias tipificadas en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, y por ello la Inspección de Educación propuso la incoación de los correspondientes procedimientos sancionadores (folio 45). Pero, a los efectos que nos ocupa, hay que analizar qué incidencia pudo tener la ausencia de estos docentes con los hechos que se desarrollaron en el jardín de la Escuela.

A este respecto debe señalarse que no toda ausencia injustificada de un profesor origina su responsabilidad o la del centro educativo. Para que la responsabilidad surja es necesario que el incumplimiento de la obligación de vigilancia esté vinculado causalmente al daño. Esta relación de causalidad faltará cuando la conducta del alumno revista caracteres de inevitabilidad e imprevisibilidad. Es decir, siempre que se tenga la certeza de que el evento dañoso se habría producido igualmente aunque el docente hubiera estado en el lugar de los hechos y hubiera desplegado toda la diligencia que le es exigida en la vigilancia de sus alumnos.

Otro factor que se ha de tener en cuenta para delimitar el contenido de la obligación de vigilancia es la edad del alumno. No cabe duda que la atención a dispensar a un niño pequeño no puede ser la misma que a un adolescente de 15 años, ni la que se preste a éste igual que la desplegada en relación con un alumno mayor de edad. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado y de otros Órganos Consultivos autonómicos, incluido este Consejo Jurídico, es unánime al mantener que en el ámbito de la Administración educativa, atendiendo al contenido material en que

consiste el desarrollo de la función docente, es criterio de imputación de responsabilidad a la Administración el hecho de que la vigilancia a que resulta obligado el profesorado respecto de los menores de corta edad en un momento dado no exista o se desarrolle indebidamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1990; Dictamen del Consejo de Estado 2.493/2003; Dictamen 201/2000 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana y Dictamen 55/2006 de este Consejo Jurídico).

Este grado de exigencia se va modulando conforme aumenta la edad del alumno: A menor edad, mayor exigencia de vigilancia, y a medida que los alumnos van alcanzando mayores cotas de madurez subjetiva la obligación de vigilancia pierde intensidad, y es que, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de abril de 2004, “*no puede exigirse a los menores de edad el mismo grado de madurez en su actuar que a una persona adulta*”; o la Audiencia Nacional (Sección 4ª de la Sala Contencioso Administrativo) en Sentencia de 21 de julio de 1999, no puede imputarse a la Administración responsabilidad por culpa *in vigilando* del profesorado al no resultar exigible el control exhaustivo y continuo de la totalidad de los alumnos, máxime al tratarse de mayores de edad, a los que cabe exigir una cierta responsabilidad en sus propios actos y un control de los que se consideran peligrosos para su integridad física. Así lo entiende también el Consejo de Estado que en su Dictamen 2.498/2001 afirma, en relación con un accidente sufrido por una alumna de un Instituto de Enseñanza Secundaria, “*...que las consecuencias perniciosas derivadas de una conducta consciente y voluntariamente adoptadas por una persona mayor de edad (con suficiente discernimiento) deben ser asumidas por quien las adopta, sin que sea admisible trasladar a la Administración la responsabilidad por tales consecuencias*”. Igualmente este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes (por todos, el 91/2006), ha considerado que la obligación de vigilancia cede de forma directamente proporcional a la edad del alumno.

Pues bien, aún entendiendo, en los términos antes señalados, que hubiera mediado negligencia en la obligación de vigilancia que incumbía a los profesores antes indicados, el acto dañoso producido por el discípulo del reclamante no guarda relación de causalidad con ella. Mantener lo contrario constituiría una aplicación del principio ya desechado *causa causae causa causati*. La coincidencia de conductas se ha de examinar a la luz de la hoy mayoritariamente aceptada teoría de la causalidad adecuada o causa eficiente, que 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. Siendo necesario, además, que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultando teniendo en consideración todas las circunstancias del caso.

Aplicando esta doctrina cabe afirmar que la causa eficiente del accidente del que fue víctima el reclamante no fue otra que la negligente actitud de su discípulo, produciéndose la ruptura del nexo causal respecto a la primera conducta (la ausencia de los profesores, titular y de guardia), que sólo tiene la consideración de causa remota.

En el supuesto que nos ocupa, la conducta del discípulo del reclamante ha tenido la intensidad suficiente para absorber cualquier otra concurrente, toda vez que, desatendiendo las más elementales normas de la conducta cívica que cabe esperar de una persona mayor de edad, decide de forma consciente y voluntaria subirse a la escultura, creando un riesgo para él y para sus compañeros, sin que quepa trasladar a la Administración la responsabilidad de las consecuencias de dicha acción basándose para ello en la falta de vigilancia de los profesores, ya que la concurrencia del daño no era de esperar en la

esfera del curso normal de los acontecimientos. Los alumnos implicados, habida cuenta de su edad pudieron y debieron, con una mínima diligencia, evitar el daño, por lo que no existe el título de imputación que es adecuado y suficiente para acceder a la pretensión indemnizatoria formulada.

Tampoco cabe imputar a la Administración una supuesta falta o inadecuada asistencia al reclamante. La actuación del personal de la Escuela que lo atendió inmediatamente después de ocurrir el accidente, fue correcta. Se avisó a una ambulancia, se curaron las heridas de la cara, se le tumbó y cubrió con una manta, y se optó, acertadamente, por no moverlo, ya que, tal como señala el Director en su informe, D. había recibido golpes en diversas partes del cuerpo; y de no haber mediado una nueva conducta temeraria por parte del accidentado y sus compañeros que decidieron unilateralmente llevarlo al hospital en una motocicleta, aquél hubiese sido trasladado en el automóvil de una de las profesoras que ya había entrado en el centro a recoger las llaves para ello. Ante esta circunstancia la Jefa de Estudios avisó a los padres del alumno y, acompañada de otra profesora, se desplazaron inmediatamente al centro sanitario donde permanecieron hasta que llegaron los familiares de D..

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 106/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. P. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 19/06/06

Extracto de Doctrina

1. La imputabilidad a la Administración educativa en supuestos de accidentes escolares acaecidos como consecuencia de mal estado o inadecuación de las instalaciones escolares, ha sido mantenida por el Consejo de Estado (entre otros muchos, Dictámenes números 3863/2000, 2436/2001 y 3417/2002); y por este Consejo Jurídico (por todos los Dictámenes, el número 21/2002).

2. En el caso de beneficiarios del sistema de Seguridad Social, un normal proceso curativo de lesiones ocasionadas en centros escolares se desarrollará en centros sanitarios públicos, que tienen la obligación legal de proveer tales atenciones, pero cuando ello no resulte posible o razonable, examinadas las circunstancias del caso particular, será aceptable resarcir al perjudicado, a título indemnizatorio, de los gastos médicos realizados en el sector privado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 29 de enero de 2003 tuvo entrada en el registro de la Consejería consultante un escrito de comunicación de un accidente escolar ocurrido el 22 de octubre de 2002, suscrito por el Director del IES “Gerardo Molina”, de Torre Pacheco, y relativo al alumno F. P. P., en el cual se exponía lo siguiente: “*Como consecuencia del mal estado del firme del patio, con existencia de gravilla suelta, el alumno resbala y debido a la caída, sufre la fractura*”, aclarando más adelante que la lesión concreta es “*fractura de muñeca*”; expone también que el alumno había necesitado rehabilitación tras la intervención quirúrgica.

SEGUNDO.- Con la misma fecha de entrada en el registro de la referida Consejería, D. J. A. P. L. presentó reclamación por los daños y perjuicios sufridos por su nieto el día 22 de octubre de 2002 en el citado Instituto, valorando los mismos en 1.467,60 euros, que justifica mediante la siguiente documentación:

- Original del presupuesto del C. M. T.-P., de 660 euros (9 de enero de 2003).
- Fotocopia del documento de compromiso de abonar la factura del C. M. T.-P. de 13 de enero de 2003, firmado por R. M. C.. Fotocopia de actuaciones médicas (curas, sesiones de rehabilitación...) del C. M. T.-P., S.L. a F. P. P., el 10 de enero de 2003, por importe de 807,60 euros.

Posteriormente aporta diferentes facturas médicas de centros privados (del C. M. T.-P., 360 euros; de la C. V. V., 82,75 euros; factura de 390 euros de J. L. S. H., S.L.; de H., S.L., 240 euros), por lo que, implícitamente, la instrucción entiende que la cuantía inicial reclamada se incrementa hasta los 2.540,35 euros.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora, se solicitó el informe del Centro que, emitido el 31 de marzo de 2003, expone lo siguiente: *“El día 22 de octubre de 2002, a las 10 horas y 25 minutos, iniciado el período de recreo, el mencionado alumno salió del pabellón en el que se encuentran ubicadas las aulas de los grupos de primer Ciclo de ESO a los que pertenece y tras resbalar en la gravilla suelta que rodea esa edificación, cayó y se fracturó la muñeca. En el momento de producirse el accidente se encontraba en la zona, realizando sus funciones de vigilancia de patio, los profesores D. A. M. M. y D. J. L. L. G., quienes inmediatamente procedieron a llevar al alumno a las dependencias centrales del centro, y acompañarlo al Centro de Salud de Torre Pacheco. Por lo que respecta al estado del firme que rodea ese edificio, fue cubierto por gravilla suelta por parte de la empresa constructora, al finalizar las obras de ese pabellón en septiembre de 2001, habiendo manifestado la Dirección de este centro su desacuerdo con dicha medida por el riesgo de caídas que esa cubierta conlleva. En concreto, se remitió informe a la Dirección General de Centros, Ordenación e Inspección Educativa en enero de 2002, cuya copia se adjunta”*.

En este último informe el Director del IES indicaba, entre otras deficiencias, que *“se considera que la gravilla y piedra suelta utilizada en los alrededores del edificio supone un riesgo para el alumnado”*.

CUARTO.- El 28 de abril de 2003 se solicitó a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares, que emitiera informe sobre los siguientes extremos: a) situación de la gravilla que rodea la edificación del IES en la fecha del accidente; b) actuaciones que se llevaron a cabo ante el escrito del Director del Instituto, en el que se ponían de manifiesto una serie de deficiencias en las obras de ampliación del centro.

El día 24 de septiembre de 2003 la citada Unidad contesta a la instructora indicando lo siguiente:

“1. La amplia zona del patio que rodea la edificación se encuentra cubierta por una capa superficial de gravilla. Este acabado es muy utilizado habitualmente como terminación del terreno natural a fin de mejorar la compactación y drenaje de la superficie.

2. En sí esta capa de gravilla no supone peligro alguno para los usuarios. Suponemos que de haber existido algún peligro de deslizamiento ha podido producirse por no mantener la limpieza de las superficies duras de aceras o interiores de la gravilla antes mencionada.”

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia, el interesado aportó la siguiente documentación: a) Resolución judicial por la que se constituye la tutela del menor a favor de su abuelo D. J. A. P. L.; b) informe clínico de alta hospitalaria del SMS (26 de octubre de 2002) e informe del C. M. T. P. en el que se diagnostica *“rotura de antebrazo intervenido mediante osteosíntesis endomedular. Rogaría cura cada tres días”*.

SEXTO.- El 9 de noviembre, el reclamante compareció en las dependencias de la Consejería tras ser requerido por la instructora para que aclarara determinados puntos del expediente, siendo la diligencia extendida del siguiente tenor literal:

“DILIGENCIA: Para hacer constar que en el día de la fecha comparece D. J. A. P. L. con D.N.I. X, abuelo tutor del alumno F. P. P., y que tras dar vista al expediente manifiesta lo siguiente:

En la diligencia del día 28 de octubre de 2005 en la que comparece D. E. H. G., señala que efectivamente es su representante, haciendo constar que el nombre de su nieto y que así figura en el expediente es F. y no J. A..

Se le pone en conocimiento por el Servicio Jurídico de que el motivo de su comparecencia es que aclare la causa por la que las prestaciones sanitarias fueron realizadas siempre en un Centro Privado.

A este respecto manifiesta lo siguiente: ante la pregunta de si el niño tiene número de póliza privada, D. J. A. responde que tanto él como su mujer reciben la asistencia sanitaria de la seguridad social y que como tutores de su nieto éste está incluido en su cartilla sanitaria, al margen de que su nieto es pensionista de orfandad tras el fallecimiento de sus padres.

Ante la pregunta de por qué acudieron a centros médicos privados y no públicos alega que fue debido exclusivamente a un error en la propia información de la dirección del centro, error que en ningún momento el compareciente considera intencionado, pero “le tranquilizo diciendo que los gastos de la asistencia sanitaria privada serian íntegramente abonados por la Administración Publica educativa”.

El niño cuando tiene el accidente es trasladado al Centro de Salud de Torre Pacheco, de allí los médicos consideran que debe ir al Hospital de Los Arcos en Santiago de la Ribera, donde estuvo cuatro días hospitalizado. Después lo operaron en el H. V. M.”.

Posteriormente aclaró el interesado, por vía telefónica, que la operación se realizó en el Hospital Los Arcos, y que en el H. V. se practicaron las curas.

SÉPTIMO.- Formulada la propuesta de resolución, concluye en estimar la reclamación, apoyándose en el Dictamen de este Consejo Jurídico 78/2005 por entender que los gastos en centros médicos privados son indemnizables, a pesar de lo argumentado en sentido contrario por el Dictamen 157/2004.

Completado el expediente, mediante oficio registrado el 22 de noviembre de 2005 el Consejero de Educación y Cultura solicita la emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por persona interesada, el abuelo del menor, condición que acredita con la sentencia de constitución de la tutela, que aportó a iniciativa propia.

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.

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.- Sobre el fondo del asunto.

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 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).

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”.

En el supuesto que se examina ha quedado acreditado que el menor, sin que interviniese ningún otro factor (informe del Director del Centro), resbaló en la gravilla suelta que recubre el patio, cayendo y fracturándose el cúbito y radio del brazo derecho. Aceptado este hecho, el problema se centra en determinar si la grava puede considerarse revestimiento adecuado para un espacio destinado a acoger el tránsito de alumnos, además de constituir el espacio en el que se desarrolla el recreo, actividad que, por sí misma, entraña riesgo de caídas. La opinión del Director y de la Unidad Técnica no son aquí coincidentes: así, mientras que el primero, ya antes de que ocurriera ningún accidente, advertía del peligro que conllevaba, el segundo afirma que “*en sí esta capa de gravilla no supone peligro alguno para los usuarios*”. El Consejo, sin cuestionar el aspecto técnico de esta última afirmación, constata que en la práctica los temores del Director han resultado fundados, ya que en un período de tiempo de diez meses se han producido, al

menos, dos caídas con consecuencias graves para la integridad física de los alumnos, lo que evidencia que la gravilla suelta constituye un elemento adicional de riesgo, quizá no en sí misma, pero sí por haber invadido las superficies duras de aceras o interiores (circunstancia esta última que sí reconoce el informe técnico); en tales condiciones el particular no está obligado a soportar el daño.

Esa relación causal se apreció por este Consejo en los Dictámenes 78/2005 -por un accidente en el mismo centro- y en el 86/2006.

La imputabilidad a la Administración educativa en supuestos de accidentes escolares acaecidos como consecuencia de mal estado o inadecuación de las instalaciones escolares, ha sido mantenida por el Consejo de Estado (entre otros muchos, Dictámenes números 3863/2000, 2436/2001 y 3417/2002); 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).

CUARTA.- Sobre la valoración del daño.

Establecido lo anterior, que comporta un juicio favorable sobre la propuesta de resolución, estima este Consejo que tal sentido favorable no puede extenderse a la valoración del daño que se realiza, cuyos perfiles no han quedado suficientemente nítidos y precisan de una instrucción posterior.

En primer lugar conviene aclarar que las partidas indemnizatorias que pueden considerarse solicitadas, explícita o implícitamente, responden a dos conceptos: a) los gastos por la asistencia médica privada que recabó el reclamante, concretadas en las facturas de servicios médicos, hospitalarios, pruebas diagnósticas y otras asistencias; y b) la indemnización correspondiente a los días de incapacidad temporal del niño que, imputables a las lesiones derivadas del accidente, pueden considerarse efectivamente transcurridos.

A) Como se desprende de la doctrina del Consejo de Estado expresada, entre otros, en el Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente para que el lesionado, beneficiario del sistema de seguridad social, tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de resarcimiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la Comunidad de ciudadanos a la que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos.

En tal sentido la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad, dispone en su artículo 10.13 que los usuarios del sistema de salud tienen derecho a elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en

los Centros de Salud. Este criterio parece confirmarse en el ámbito autonómico por el Decreto n.º 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, que concreta el derecho de los ciudadanos de la Región a recibir asistencia sanitaria en un tiempo máximo, rebasado el cual puede acudir a un centro de su elección para recibir asistencia con cargo al Servicio Murciano de Salud, todo ello con un límite indemnizatorio, que sería el previsto, para el proceso asistencial de que se trate, en la Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud sobre revisión de las condiciones económicas aplicables, en el ejercicio correspondiente, a la prestación de servicios concertados de asistencia sanitaria (Art. 6.3, c). Sin perjuicio de lo anterior, y a la vista de las circunstancias de los casos particulares, no puede descartarse que en ocasiones concurren motivos que permitan entender que la observancia de tales plazos no es posible, como en los supuestos de urgencia vital o tardanza irrazonable, que deben examinarse enmarcados en su especial contexto.

De lo anterior no debe colegirse la absoluta carencia de indemnizabilidad de los gastos sanitarios habidos en centros privados para procurar la sanación del perjudicado, ya que predicar la inexistencia de un derecho de opción requiere que concurren las circunstancias necesarias para poder ejercitar ese derecho, situación que no se dará en todos aquéllos casos en los que no sea exigible del particular beneficiario del sistema de seguridad social esa obligación de acudir a las instituciones públicas, dada la mayor proximidad y mejor acceso que pudiera existir a la medicina privada.

Cabe concluir esta apreciación general indicando que el razonamiento doctrinal expuesto propugna que, en el caso de beneficiarios del sistema de Seguridad Social, un normal proceso curativo de lesiones ocasionadas en centros escolares se desarrollará en centros sanitarios públicos, que tienen la obligación legal de proveer tales atenciones, pero cuando ello no resulte posible o razonable, examinadas las circunstancias del caso particular, será aceptable resarcir al perjudicado, a título indemnizatorio, de los gastos médicos realizados en el sector privado.

En el caso sometido ahora a Dictamen, no ha quedado acreditada la existencia de una denegación o retraso asistencial del servicio correspondiente, tampoco la causa por la que se abandonó el proceso curativo iniciado en el Hospital Los Arcos, del Servicio Murciano de Salud, ni razón alguna por la que fuese necesario acudir a la medicina privada en lugar de a la pública.

No obstante, no puede pasar desapercibida la hipótesis de la propuesta de resolución, que hace desencadenar la responsabilidad patrimonial de la Administración en la circunstancia alegada por el reclamante de que fue el Director del Centro quien le indicó que *“los gastos de la asistencia sanitaria privada serían íntegramente abonados por la Administración Pública educativa”*. Tal aserto, sin embargo, no se puede tener por probado por la sola aseveración del reclamante sin contrastar con la declaración del Director del Centro y, además, determinaría la imprescindible incoación del procedimiento al que se refiere el artículo 145.2 LPAC, con las consiguientes consecuencias.

B) Por lo que se refiere a la indemnización por días de incapacidad temporal encontramos, de nuevo, insuficiencias de orden probatorio sobre la duración del periodo de incapacidad y su carácter impositivo o no para el menor. En estos supuestos, las concretas

circunstancias de cada caso determinarán el alcance de la indemnización partiendo de que es preciso obtener datos que permitan discernir en qué medida el accidente afectó a la actividad docente del alumno (Dictamen de este Consejo Jurídico 134/04). Se ha de partir de la base de que la indemnización por los días de baja del menor no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, puesto que el alumno no se encontraba en edad laboral, sino en función de la afectación a su actividad, es decir, según los días en que no pudo asistir a clase y aquéllos otros en los que, aun cuando acudiera a clase, jugara, etc., su ejecución le pudiera resultar molesta, como indicamos en el Dictamen núm. 94/03. Es decir, el criterio es valorar la incapacidad por afectación al rendimiento escolar y vital, conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, a la doctrina del Consejo de Estado y a la de otros órganos consultivos autonómicos.

Trasladado lo anterior al caso planteado y a la vista también del baremo orientativo aplicable a los accidentes de circulación, se deben aceptar como días de estancia hospitalaria los que median entre la fecha del accidente e ingreso en centro hospitalario, el 22 de octubre de 2002, y el 26 de igual mes y año, fecha del alta hospitalaria. Además de ello se aprecia que al menos hasta el 31 de enero de 2003 existen facturas de curas realizadas al alumno, pero no otros datos para discriminar, primero, qué fecha ha de considerarse como alta médica definitiva por sanación, para así fijar el periodo total de incapacidad temporal; y segundo, qué días de los de tal periodo han impedido al niño desarrollar su actividad normal y cuáles no, para así aplicar la indemnización diaria que corresponda (véase al respecto, también el Dictamen 187/2005, emitido en consulta formulada por la Consejería de Educación y Cultura en reclamación por responsabilidad patrimonial derivada de un accidente escolar).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños por los que se reclama indemnización.

SEGUNDA.- Debe completarse la instrucción para determinar el alcance de la cuantía indemnizatoria, de acuerdo con las orientaciones reseñadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 107/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 19/06/06

Extracto de Doctrina

El instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular de tales acciones en asegurador universal de cualquier contingencia; en tal sentido la STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes números 76/1999 y 84/2002). En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998, y cabe añadir que mantener sin más que cualquier objeto sustraído o perdido en los locales públicos en general pueda desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial, constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. M. C. N. B. presentó en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca un escrito manifestando literalmente lo que sigue:

REF. Pérdida de una sortija de oro macizo con zafiro y diamantes.

El pasado jueves 19 de septiembre entre las 8 y 8.30 de la tarde ingresó en ambulancia al servicio de urgencias de este hospital procedente de la provincia de Málaga el Señor E. B., víctima de una alergia severa por un medicamento antiépiléptico.

El Señor B. fue atendido por la enfermera de turno, quien le quitó sus prendas de vestir para depositarlas en una bolsa plástica, con ellas estaba una billetera, con sus documentos personales y tarjetas de crédito, un reloj, marca movado, un anillo de oro con zafiro estrella y diamantes y un teléfono móvil.

Después de dos horas en la cama número dos del pasillo de urgencias, decidieron remitirlo al Hospital Morales Meseger, al cual arribó únicamente con su historial médico y sin la bolsa donde se encontraban sus objetos personales.

Al día siguiente, (sept 19), el asunto se puso en conocimiento del personal del Morales Meseguer, quienes averiguaron durante el transcurso del día el paradero de las pertenencias del Señor B., sin obtener en ningún momento información al respecto.

En vista de que nadie sabía absolutamente nada, se decidió venir directamente al H.U.V.A. alrededor de las 9.15 de la noche, después de preguntar en la caseta de Los Vigilantes, dos de ellos, ante tanta insistencia nos acompañaron (señora B. y una amiga), al servicio de urgencias, donde había sido atendido el paciente el día anterior.

Después de preguntar en todas las dependencias, apareció la enfermera que la misma noche anterior había desnudado al Señor B. y después de rogarle que mirara en el pasillo por que la bolsa no aparecía, accedió a hacerlo con desgano.

Dos minutos después, la enfermera apareció con la bolsa y ofreciendo rápidas disculpas porque al parecer olvidaron sujetar la bolsa a los pies de la camilla donde fue trasladado el señor B. desde el H.U.V.A. al Morales Meseguer.

En presencia de los dos vigilantes revisamos la bolsa con las pertenencias, se encontró, UNA BILLETERA CON TARJETAS DE CRÉDITO Y DOCUMENTOS PERSONALES, UN RELOJ MOVADO, UN TELEFONO MÓVIL Y 25 EUROS. NO APARECIÓ EL OBJETO MAS PEQUEÑO Y VALIOSO (UN ANILLO CON ZAFIRO ESTRELLA EN ORO MACIZO CON DIAMANTES VALORADO EN 4.500 DOLARES.

Exigimos que se nos explique, por qué los objetos de valor del paciente no fueron puestos en un sobre y llevados a la caseta de vigilantes como exigen las normas internas.

Por qué nadie da razón de una bolsa con pertenencias de un paciente, que permanece 24 horas tirada en un pasillo al cual sólo tienen acceso el personal del hospital o autorizado (Médicos, enfermeras, auxiliares y pacientes en estado critico.).

Por qué solo desaparece un solo objeto del Señor B. y precisamente el más valioso, quien nos responde por la pérdida?

Averiguar sobre las pertenencias del Señor B., nos llevó 24 horas, porque lo hicimos por nuestra cuenta, por qué nadie nos dijo donde estaban o a donde podíamos acudir, pero el poner esta queja nos ha llevado más tiempo, porque nadie sabe a qué oficina debe ir un paciente con este tipo de asuntos.

Por la atención que se sirva prestar a la presente, agradecemos su interés y una pronta respuesta.

Atentamente,

SEGUNDO.- Calificado el escrito como de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, se admitió a trámite, se designó instructor, se notificó tal hecho a quien se consideró interesado y a la compañía aseguradora y se emitió por la Supervisoría de Urgencias del H.U.V.A. el informe siguiente:

Este paciente llegó al servicio el día 18-09-2003 a las 20,03 horas, según toma de datos, procedente de otro Hospital (Málaga) en el cual él estuvo ingresado por un periodo de 3 días. En el informe de alta de dicho Hospital se le prescribió sueroterapia, por lo que el paciente vino con su vía periférica puesta en el otro Hospital. Para no entendidos en la materia cuando se coge una vía periférica, todo lo más que te puede estorbar es el reloj, nunca los anillos debido a que no se cogen vías en los dedos, a los adultos claro. En nuestro servicio "nunca" se quitan los anillos, excepto si vienen con una patología de traumatología, por el riesgo de hinchazón de los dedos. Este paciente no venía por dicha patología, sino por otra diferente, que según su médico que lo atendió a su llegada refiere que su cuerpo estaba lleno de ampollas, lo cual le costaría mucho llevar ropa, por lo que le podía molestar o doler el roce.

Consultado el personal de enfermería que lo recibió, describen que el paciente venía sin la parte de arriba (camiseta azul) que traía sobre la camilla y solo se le quitó los pantalones; además al hacerlo se cayó la cartera, se le indicó al paciente que se le ponía

en la bolsa con su ropa y se le iba a entregar a su familia, respondiendo el paciente que su familia no estaba, que ellos venían de camino y no sabía cuando llegarían; en estos casos las bolsas se atan al cabezal de la cama.

El paciente se trasladó al Hospital Morales Meseguer a las 22,10 horas, en dicho traslado realizado con personal sanitario, al montar al paciente en la camilla se olvidó la ropa atada a la cama, con lo cual al deshacer la cama para ponerla limpia, se dieron cuenta, se cogió la bolsa y se puso en un almacén "interior", donde dejan temporalmente las ropas por si la familia reclaman en ese día o en 3 o 4 días posteriores. Luego se lleva a un armario donde pueden pasar 2 o 3 meses como mínimo sin reclamar.

A la tarde siguiente sobre las las 22 horas la familia apareció, pidiendo la ropa, se buscó en dicho almacén y se les entregó en mano.

CONCLUSIONES

—Por los numerosos extravíos de objetos personales que venían sucediendo en años pasados, los objetos personales de valor que no estorben para la realización de técnicas de enfermería no se retiran al paciente (sortijas, cadenas, pendientes, relojes, etc.) si estorbaran se llama al familiar y el mismo se las quita, si no aparece el familiar se llama al servicio de seguridad para que los guarde, nunca se meten en una bolsa tan grande.

—Este paciente llegó al servicio ya con la vía puesta no nos podía estorbar nada para realizar las técnicas de enfermería, e incluso no llevaba puesta la parte superior de la ropa - ¿ que nos estorba un anillo para quitar una camiseta de manga corta de verano, si se la hubiésemos quitado en el servicio?

—Si la familia en su estancia en el servicio no se le entregó la ropa, cómo al día siguiente saben quién es la enfermera que desnudó a su familiar y que es la misma persona que les entregó la ropa ese día.

—Cómo pueden afirmar que la bolsa de la ropa estaba en un pasillo, si

—el almacén estaba escondido y no sirve de paso para nadie.

—Consultado el servicio de vigilancia, en ningún momento, según su relevo, no queda constancia de que ellos fueran requeridos para abrir la bolsa en presencia de la familia según refiere ésta.

—Refiere en su denuncia que no sabía a qué oficina remitir la queja, algo que es sabido por todo el personal y usado muy frecuente en mi servicio, porque si hubieran preguntado donde poner una queja, todos los trabajadores de este Hospital saben dónde remitirla.

Yo me pregunto, un paciente que ha estado 3 días en un Hospital de Málaga se supone que mantendría sus objetos personales con él o, ¿ya se habían perdido?; por qué cuando llega a un servicio nuevo supuestamente se le quita un objeto tan valioso en su presencia y en un paciente totalmente consciente permite que ese anillo valorado en tanto dinero lo metan en una bolsa tan grande, con el riesgo de que se pueda extraviar y no pide quedárselo puesto. Por qué el familiar a su llegada no reclama la ropa, por qué cuando es trasladado y sabiendo que dicho anillo está en la bolsa no pide que me den la bolsa en la mano para que no se pierda o se olvide, llevaba, según él mucho valor en esa bolsa. Por qué se le iba a quitar algo de los dedos que no estorba ni para coger goteros, ni para hacer electrocardiogramas, ni para hacer radiografías... ¿por qué?

TERCERO.- Concedida audiencia, se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación al considerar, en síntesis, que no se ha llegado a probar la existencia misma del anillo.

Tras ello, completado el expediente con los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, la consulta tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 29 de noviembre de 2005.

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.

En lo que se refiere a la legitimación activa, en el expediente se atribuye al Sr. E. B., aunque debe señalarse que el escrito lo suscribe persona distinta que ni invoca ni acredita la representación del primeramente mencionado, aspecto que, conforme a lo dispuesto en los artículos 32.3 y 71 LPAC, debió originar la actividad del servicio instructor para la aclaración y, en su caso, subsanación. En el actual estado del procedimiento la interesada reclamante es D. M. C. N. B..

En cuanto a la legitimación pasiva, es de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, correspondiendo la resolución del presente procedimiento a la Consejera consultante, 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 Regional (Ley 7/2004).

Se cumple el requisito temporal, pues la acción se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde que se produjo el daño (artículo 140.5 LPAC).

El procedimiento seguido es el que establecen la LPAC y el RRP para las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien ha de precisarse que el escrito de la interesada calificado como de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración posee, más bien, las características de la reclamación en queja a que se refiere el artículo 4.2 de la Orden de la Consejería de Sanidad de 26 de julio de 2005, sobre sugerencias, reclamaciones, quejas y agradecimientos formulados por los usuarios de servicios sanitarios, ya que en dicho escrito la dicente se limita a poner en conocimiento de la Administración unos hechos que entiende como deficiente funcionamiento de la administración sanitaria, sin manifestar pretensión indemnizatoria alguna y sólo requiriendo una explicación; por ello, hubiera sido más apropiado seguir el procedimiento que para las quejas arbitra dicha Orden, sin perjuicio del derecho de la interesada a, en su caso, deducir posteriormente la acción de responsabilidad patrimonial.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Respecto a la sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico ha destacado que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular de tales acciones en asegurador universal de cualquier contingencia; en tal sentido la STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes números 76/1999 y 84/2002). En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998, y cabe añadir que mantener sin más que cualquier objeto sustraído o perdido en los locales públicos en general pueda desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial, constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.

En el Dictamen 171/2003, ya referido a la desaparición de objetos en centros sanitarios públicos, se expuso que el Consejo de Estado ha afirmado, entre otros en su Dictamen núm. 3156/1999, que el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no implica que deba responderse de todos los daños causados en tales centros sanitarios públicos; muy al contrario, debe estarse a las circunstancias del caso concreto, que han de mostrar el daño y, sobre todo, la imprescindible relación causal.

Pues bien, en el procedimiento instruido no resulta evidente la existencia de un daño real y efectivo consistente en la pérdida o hurto del anillo, cuya existencia misma no ha sido acreditada ni por indicios, siendo convincentes, en sentido contrario, los razonamientos expuestos por la supervisora de Urgencias del Hospital. Al margen del yerro de olvidar atar la bolsa de las pertenencias del paciente a la camilla para el traslado de Hospital -explicable, quizás, en el contexto del agitado funcionamiento de un servicio de urgencias-, si nos atenemos a lo dicho en el único informe que consta en el expediente, parece que el personal sanitario observó el deber de cuidado que le incumbe y, en sentido opuesto, ha de observarse que el afectado no ha acreditado que el anillo le fuese retirado por personal del Hospital.

No se ha probado, pues, el daño; no se ha acreditado tampoco una hipotética relación de causalidad y, en cierto sentido, cabría achacar alguna desatención en el perjudicado. En definitiva, no se dan en el caso sometido a consulta los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede desestimar la presente reclamación interpuesta por D. M. C. N. B., por no quedar acreditado el daño mismo ni la relación de causalidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 108/06.- 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: 19/06/06

Extracto de Doctrina

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, ubica el trámite de audiencia una vez instruidos los procedimientos, e inmediateamente antes de redactar la propuesta de resolución.

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. El Dictamen concluye acordando la necesidad de completar la instrucción del procedimiento, solicitando un informe complementario de la Inspección Médica, que aclarara determinados extremos contenidos en dos 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.

SEGUNDO.- 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 practica 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”.

No consta en el expediente que se haya dado traslado de dicho informe a los interesados (reclamante y Compañía Aseguradora del SMS).

TERCERO.- Tras unir un índice de los documentos incorporados al expediente, el Secretario General de la Consejería de Sanidad remite las actuaciones indicadas, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 1 de junio de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación y plazo para reclamar.

Se dan por reproducidas las Consideraciones del Dictamen 50/2006, relativas a dichos extremos.

SEGUNDA.- Omisión del trámite de audiencia.

Una vez efectuadas las nuevas actuaciones instructoras sugeridas en el precitado Dictamen, es necesario conferir un nuevo trámite de audiencia a los interesados (reclamante y compañía de seguros), para darles traslado de aquéllas y ofrecerles la posibilidad de presentar cuantas alegaciones o justificaciones tuvieran por convenientes. Así lo exige

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, cuando ubica el trámite de audiencia una vez instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.

Sólo así puede alcanzar el trámite su finalidad principal de garantía procesal, función que quedaría absolutamente desvirtuada si se incorporan al procedimiento, sin conocimiento de los interesados, nuevos elementos de juicio que versan sobre hechos controvertidos y que inciden en la argumentación que sirve de fundamento a la resolución del procedimiento.

Asimismo, la incorporación del nuevo informe de la Inspección Médica y de las eventuales alegaciones que puedan formular los interesados con ocasión del trámite de audiencia a realizar, aconsejan la formulación de una segunda propuesta de resolución que habrá de ser la que se someta al Consejo Jurídico para su Dictamen en cuanto al fondo de la reclamación.

En consecuencia, procede completar la instrucción, dando nuevo trámite de audiencia a los interesados y formulando nueva propuesta de resolución.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar la instrucción del expediente en los términos señalados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 109/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a F. N. M. y D.^a E. N. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 26/06/06

Extracto de Doctrina

Los informes de la Inspección Médica y de la compañía aseguradora del SMS ponen de manifiesto que las actuaciones diagnósticas y terapéuticas que fueron adoptándose a la vista de la evolución de la paciente han de considerarse correctas, empleándose los medios y los conocimientos disponibles en cada momento, única obligación que cabe exigir a la actuación sanitaria, y no una obligación de resultados, máxime cuando éstos pueden ser inevitables a pesar de haberse adoptado una asistencia correcta.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito registrado el 13 de septiembre de 2004 y dirigido a la Consejería de Sanidad y Consumo de esta Administración regional, D. F. S. S., diciendo comparecer en nombre de D. F. y D. E. N. M., expresó que la madre de éstas, D. D. M. O., acudió el día 23 de septiembre de 2000 al servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena por sufrir un fuerte dolor dorsal irradiado a epigastrio e hipocondrio derecho. Durante su estancia presentó vómito de color oscuro, se implantó sonda nasogástrica y se instaura tratamiento, con colocación de vía, de analgésicos-anti-inflamatorios. Se le practicaron dos hemogramas, uno a las 10.40 y otro a las 15.47 horas, apreciándose en este último un aumento significativo de leucocitos, a pesar de lo cual no se vuelve a hacer control posterior. A las 19.34 se la traslada a planta, controlándose por última vez la tensión en Urgencias con valores de 125/95 y, en planta, de 110/60. Se pauta tratamiento en planta con mantenimiento de vía, protectores gástricos, espasmolíticos, analgésicos y dieta absoluta, sin embargo sorprendentemente no se pide analítica desde las 15.47 horas, falleciendo la paciente a las 24.00 tras vómito hemático con pérdida de conciencia súbita. Las reclamantes consideran que hubo un anormal funcionamiento del servicio público, porque no se adoptaron ciertas medidas diagnóstico-terapéuticas, como una endoscopia urgente y nuevas analíticas, a la vista de la importante caída de tensión apreciada desde su último control en urgencias y luego en la planta, del vómito oscuro y melenas padecidos durante su estancia en el Hospital.

Por ello, solicitan una indemnización de 300.000 euros, proponiendo prueba documental y pericial (ratificación del informe pericial presentado y solicitud de informe del Jefe de Servicio de Endoscopia de la Arrixaca), adjuntando a su reclamación fotocopia del Libro de Familia, copia de una parte de la historia clínica correspondiente a la asistencia sanitaria de referencia prestada en el citado Hospital, informe de alta de fecha 7 de noviembre de 2000, por fallecimiento de la paciente, informe médico de 2 de abril de 2003, encargado por las reclamantes, informes médico-forenses de fechas 30 de junio de 2002 y 3 de noviembre de 2003, emitidos en el seno de las Diligencias Previas nº 35/01 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 6 de Cartagena y Auto de

dicho Juzgado de fecha 2 de febrero de 2004, acordando el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones.

Del informe médico de 2 de abril de 2003 citado, elaborado por especialistas en valoración del daño corporal y discapacidades, se destacan sus conclusiones:

“1.- La paciente Ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell el 23-9-2000, presentando un cuadro compatible clínicamente con hemorragia digestiva Alta (Vómitos oscuros y melenas). Se le practicaron como pruebas complementarias Rx y Analíticas de sangre (última a las 15h 47’). Ingresó en planta a las 19h 34’. Se aprecia caída de Tensión Arterial (de 125/95 a 110/60). No se adoptó medida Diagnóstico-terapéutica alguna (realización de endoscopia, nuevas analíticas, etc).

2.- La fatal evolución de la paciente, con fallecimiento tras 15 horas de ingreso en el Hospital Santa María del Rosell sin realización de pruebas complementarias indicadas (Endoscopia Urgente), resulta totalmente desproporcionada con el cuadro clínico presentado a su ingreso (compatible con Hemorragia Digestiva Alta en una paciente estable hasta las 18h 25’).”

Del informe forense de 30 de junio de 2002 se destaca lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa no hubo compromiso hemodinámico de la enferma, siendo su hematocrito y sobre todo su presión arterial normales, no hallándose en ningún momento en situación clínica crítica durante su estancia en el área de Urgencias, con unos datos hemodinámicos graves que hubiesen determinado una endoscopia precoz o posible intervención quirúrgica, por lo que fue ingresada en planta para posteriores estudios y exploraciones durante su estancia hospitalaria.”

Por su parte, el informe forense de 3 de noviembre de 2003 expresa lo siguiente:

“Se trata de una mujer de 60 años, diabética, hipertensa, fumadora, operada de vesícula y apéndice que acude a urgencias con dolor torácico en región dorsal, con palidez y náuseas, también rectorragia y vómito oscuro.

El dolor torácico tiene múltiples causas. La exploración clínica, analítica, radiografía y electrocardiograma son pruebas complementarias que permiten hacer una valoración de urgencias. La exploración, el electrocardiograma y las enzimas en este caso no confirman una urgencia cardíaca. La analítica y tensión arterial no indican deterioro hemodinámico. El tacto rectal en digestivo es negativo. Se procede a sondar con sonda nasogástrica a la paciente saliendo un contenido marrón oscuro, que no indica sangrado digestivo activo.

Hay leucocitosis. Abdomen blando y depresible no doloroso a la exploración. La radiografía presenta una imagen de dilatación gástrica. La dilatación gástrica es el diagnóstico provisional de ingreso en planta.

Descartado el riesgo vital para la paciente, se ingresa para observación y estudio y se mantiene correctamente con sueros glucosado y fisiológico, omeprazol con inhibidor de la secreción ácida gástrica para evitar el sangrado, primperán como antiemético, buscapina y nolutil y dieta absoluta.

El mismo día de ingreso por la noche de forma brusca hace una parada cardíaca que no responde a maniobras de reanimación por lo que fallece a las 1 horas del día siguiente.

A pesar del fatal desenlace de la paciente la muerte súbita no se puede atribuir a la falta de asistencia o actuación imprudente de los médicos que la han atendido. Considerando que se ha actuado conforme a la lex artis y que la muerte era imprevisible.

En ocasiones se produce el fallecimiento súbito de un paciente en estudio, siendo la necropsia clínica, un medio de analizar las causas de la muerte”. (En el caso, a pesar de recabarse la autorización familiar, no consta que se realizase autopsia).

SEGUNDO.- Por el Director del Servicio Murciano de Salud se dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que se notificó a las partes interesadas. Asimismo se solicitó del Hospital Sta. María del Rosell copia de la historia clínica e informes de los profesionales que atendieron a la madre de las reclamantes.

TERCERO.- Mediante oficio de 29 de octubre de 2004, el Director Gerente del Hospital Sta. María del Rosell remitió copia de la historia clínica, así como informe del Coordinador de Urgencias de dicho Hospital, de 27 de octubre de 2004, según el cual:

“La paciente D. D. M. O. ingresa el día 23 de septiembre del año 2000, consultando por dolor en región dorsal del tórax, pasando de modo inmediato desde el reconocimiento de triage a encamamiento, donde es asistida por el Dr. E. P. a los 7 minutos desde su llegada a nuestro Servicio. Tras la anamnesis y exploración se pauta analgesia y se solicitan pruebas complementarias: hemograma, bioquímica y electrocardiograma.

A las 15 horas, tras observar vómito de aspecto oscuro, se pone sonda nasogástrica, a través de la cual sale contenido retencionista, y se cursa nueva analítica, en la que no se comprueba caída de hematocrito ni de la hemoglobina, la paciente se mantiene hemodinámicamente estable y tras instaurar tratamiento con omeprazol en perfusión pasa a unidad de hospitalización en el turno de tarde.

Según protocolos de actuación en casos de sospecha de hemorragia digestiva, no hay indicación de realizar endoscopia urgente al permanecer la paciente hemodinámicamente estable, no existir sangrado activo y no comprobarse caída del hematocrito.

En suma, considero que la asistencia recibida por la paciente fue la correcta por parte del Servicio de Urgencias”.

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 27 de julio de 2005, que concluye así:

“1. La Hemorragia digestiva es una de las causas más frecuentes de consulta en urgencias. Su mortalidad es muy variable según las causas, aunque se establece entre el 5 y el 20%.

2. El diagnóstico de Hemorragia digestiva se realizó adecuadamente, el tratamiento indicado y los controles efectuados se ajustaron en todo momento a los protocolos aconsejados.

3. La situación de parada cardiorrespiratoria por hemorragia masiva no podía predecirse ni prevenirse, no existe método diagnóstico para identificar cuándo se desarrollará esta complicación en un paciente sin factores de riesgo.

4. Se evidencia que la asistencia sanitaria recibida en todo momento fue la adecuada, ajustándose a la sintomatología y protocolos establecidos, no existiendo indicación para realizar el estudio endoscópico de forma urgente”.

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, la compañía aseguradora del SMS presentó un dictamen de fecha 26 de septiembre, elaborado por tres Especialistas en Medicina Interna, que formulan las siguientes conclusiones:

“1. D. D. M. O. consultó en el Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell por un cuadro de dolor torácico, que por su presentación, sintomatología acompañante y factores de riesgo cardiovascular asociado, orientaba a la presencia de una enfermedad coronaria.

2. De forma correcta y siguiendo los protocolos de manejo de Urgencias se realizó un electrocardiograma y unos análisis que permitieron descartar la presencia de un infarto agudo de miocardio, realizándose tratamiento sintomático de cuadro doloroso.

3. Estando en el Servicio de Urgencias presenta un cuadro compatible clínicamente, y en atención a las pruebas de imagen, con un cuadro de gastroparesia e íleo adinámico o funcional, siendo tratado de forma correcta mediante la colocación de una sonda nasogástrica.

4. Con posterioridad aparecen dos datos (melenas en el tacto rectal y un episodio de rectorragia de escasa cuantía), que establecen la sospecha diagnóstica de hemorragia de origen digestivo.

5. Con los datos de los que dispusieron los clínicos no quedaba claro ni el origen de la hemorragia (alta o baja), ni el tiempo de evolución de la misma, aunque sí estaba claro que se trataba de una hemorragia menor o leve, sin repercusión en los parámetros hemodinámicos ni analíticos, ni datos de sangrado activo en ese momento.

6. La decisión de iniciar tratamiento como si se tratara de una hemorragia digestiva alta es correcta, iniciando terapia con inhibidores de la secreción ácida del estómago del tipo inhibidores de la bomba de protones a dosis elevada.

7. Incluso en el caso de asumir que nos encontramos ante una hemorragia digestiva alta aguda, las circunstancias que concurren en el caso hacen que no exista indicación de práctica inmediata de la gastroscopia, recomendando los diversos autores consultados su práctica en las primeras 24 horas (endoscopia precoz).

8. La paciente falleció como consecuencia de un episodio brusco de sangrado masivo que apareció a las pocas horas de establecer la sospecha diagnóstica de hemorragia digestiva, no permitiendo la realización de nuevos estudios complementarios a la enferma.

9. La práctica de la endoscopia de forma inmediata, como señalan los peritos de parte, no se encontraba indicada en este caso y no se puede afirmar con rotundidad que hubiera evitado la evolución posterior de la paciente”.

SEXTO.- El 10 de noviembre de 2005 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe la necesaria relación de causalidad entre el daño por el que se reclama indemnización (el fallecimiento de la madre de las reclamantes) y la asistencia pública sanitaria prestada a la misma, al no acreditarse la existencia de mala praxis médica o infracción de la “*lex artis ad hoc*” en el tratamiento dispensado a la paciente

SÉPTIMO.- Con fecha de registro en Correos del 10 de noviembre de 2005, y del 15 siguiente en el registro general de la Consejería consultante, las reclamantes formulan

alegaciones sobre el indicado dictamen médico, rechazando sus conclusiones, afirmando entre otras consideraciones que *“todos los protocolos médicos indican, como consta en nuestro informe, que una paciente con dolores localizados donde los tenía la fallecida, con melenas y vómito oscuro, ha de hacerse una endoscopia tan pronto esté estabilizada, cosa que no se hizo y ello a pesar de estar estabilizada. (...) De haberse hecho una endoscopia, casi con seguridad no se hubiera producido la muerte, recordemos que la endoscopia también es curativa. (...) Que no es permisible en pleno siglo XXI que una persona fallezca de una hemorragia digestiva estando 24 horas en Urgencias de un Hospital. (...) Que la fallecida estuvo increíblemente más de 9 horas sin hacerle un hematocrito”*.

Además, solicitan que se pida informe a los autores del dictamen aportado por la aseguradora del SMS sobre si *“con toda probabilidad se hubiera evitado el fallecimiento en caso de haber hecho una endoscopia cuando la paciente estaba estabilizada”*.

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.

I. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, se considera cumplido en lo sustancial 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 en el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

II. No obstante, se advierte la falta de acreditación de la representación que el firmante del escrito de reclamación (el letrado compareciente) dijo tener conferida de las interesadas, las señoras N. M., pues no obra en dicho escrito (ni en ningún otro posterior) la rúbrica de éstas, ni cualquier otra forma de apoderamiento, al efecto de poder considerar acreditada dicha representación conforme a lo dispuesto en el artículo 33.3 LPAC. Por ello, previamente a la resolución del procedimiento es necesario que las interesadas ratifiquen 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.

III. Por lo que se refiere a algunas pruebas solicitadas por las reclamantes (informe del Jefe de Servicio de endoscopia del Hospital Virgen de la Arrixaca y ampliación del informe médico presentado por la aseguradora del SMS), debe decirse que la controversia planteada no se refiere al acaecimiento de hechos (que no se discuten), es decir, no se trata de una controversia fáctica, sino de valoración (científica) de hechos no discutidos, cuestión propia de un juicio pericial en el que los funcionarios correspondientes y los pe-

ritos de la citada aseguradora ya han emitido su parecer, frente al cual el reclamante puede aportar su propio dictamen pericial (una ampliación del que presentó en su momento), o solicitar la emisión de uno elaborado por perito independiente (lo que no hizo).

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama: falta de acreditación.

De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a resarcir los daños efectivos e individualizables que, causados a los particulares por el funcionamiento de sus servicios públicos, aquéllos no tengan el deber jurídico de soportar.

En el caso que nos ocupa, el daño por el que se reclama (el fallecimiento de la madre de las reclamantes) no puede considerarse causado por el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales en forma de una actuación diagnóstica o terapéutica no ajustada a la “*lex artis ad hoc*”, como viene exigiendo reiterada jurisprudencia (citada en la propuesta de resolución dictaminada) para poder estimar la responsabilidad administrativa en casos como el que es objeto del presente procedimiento.

Así, los informes de la Inspección Médica y de la compañía aseguradora del SMS ponen de manifiesto que las actuaciones diagnósticas y terapéuticas que fueron adoptándose a la vista de la evolución de la paciente han de considerarse correctas, empleándose los medios y los conocimientos disponibles en cada momento, única obligación que cabe exigir a la actuación sanitaria, y no una obligación de resultados, máxime cuando éstos pueden ser inevitables a pesar de haberse adoptado una asistencia correcta en los términos y parámetros antes indicados.

En este sentido, además del cualificado parecer (por su objetiva posición imparcial) de los facultativos forenses informantes en el seno de las actuaciones penales reseñadas en los antecedentes, merecen destacarse algunas observaciones contenidas en los informes de la Inspección Médica y de los facultativos de la compañía aseguradora del SMS que no han sido desvirtuadas pericialmente por las reclamantes, y que se refieren a la esencial cuestión de determinar si la realización de la endoscopia debía revestir carácter urgente o, por el contrario, simplemente “*precoz*” (dentro de las 24 horas siguientes al momento en que debiera considerarse indicada dicha prueba).

Así, el informe de la Inspección Médica de 27-7-05 expresa lo siguiente:

“La realización de una endoscopia para localizar la zona de sangrado, realizar el diagnóstico etiológico e incluso la posibilidad de tratamiento “in situ” de las lesiones, debe realizarse lo más precozmente posible (de forma ideal en las primeras 6 horas y nunca después de 24 horas).

Debe realizarse una endoscopia de urgencia en pacientes:

- Inestables hemodinámicamente a pesar de medidas de reanimación.*
- Que requieran aporte continuo de volumen para mantener la hemodinámica y con tendencia a la hipotensión.*
- Que presenten signos de sangrado activo externo (nuevas hematemesis o rectorragias).*

– Con elementos clínicos que hagan dudar de que el sangrado se detenga espontáneamente (paciente que ingresa con gran hipotensión o en shock, con hematemesis y rectorragias simultáneas o con otras patologías asociadas).

Ninguna de estas situaciones coincidía en ningún momento con el estado y evolución clínica de D. D. M..

Ningún síntoma ni signo clínico hacía sospechar la posibilidad de parada cardiorespiratoria brusca por hemorragia masiva.”

Por su parte, el dictamen de los peritos de la aseguradora del SMS señala lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa la sospecha de hemorragia digestiva se establece por la aparición de rectorragia, y la presencia en el tacto rectal de melenas. La clínica, la ausencia de anemia y de ascenso de urea en los análisis realizados con unas 5 horas de diferencia, así como la ausencia de datos de mala perfusión y/o hipotensión arterial, establecían dudas sobre el diagnóstico de hemorragia digestiva activa, su tiempo de evolución y su localización inicial, pero no ofrecían dudas sobre que en caso de tratarse de una hemorragia digestiva era de intensidad leve-moderada.

Una vez establecido el diagnóstico de sospecha de hemorragia digestiva y pese a las dudas sobre su origen se asumió con buen criterio que el mismo se situaba en el tracto digestivo alto, pues en caso de tratarse de una hemorragia digestiva baja no se requiere tratamiento específico. Se inició de forma correcta tratamiento con inhibidores de la bomba de protones, no cumpliéndose los criterios (que serían los que definirían la HDA como de alto riesgo) que hacen aconsejable la realización de una gastroscopia inmediata, debiendo realizarse la misma pero en un plazo de 24 horas.

Apenas 12 horas después de haberse establecido la sospecha diagnóstica de hemorragia digestiva, la paciente presenta un claro episodio de sangrado digestivo alto (hematemesis) con deterioro hemodinámico brusco y parada cardiorespiratoria inmediata, que no responde a las maniobras de resucitación. Esta evolución resulta absolutamente imprevisible dada la comprobación de la estabilidad hemodinámica y la ausencia de datos de sangrado activo (en el aspirado gástrico y en los análisis) de la enferma a lo largo de las horas que se la asistió en el Hospital. Se trata por tanto de un episodio de sangrado masivo, como lo constata la versión dada por la propia familia de la enferma al referir que se produjo un deterioro brusco de la situación de la paciente, que resultó como ya hemos señalado imprevisible.

El estudio endoscópico en casos como el de la paciente podía demorarse hasta 24 horas, no pudiendo llegarse a realizar en este caso al fallecer la paciente de forma brusca en el contexto de un episodio severo de hemorragia.”

El mismo informe, en lo que se refiere a la evolución de la tensión arterial de la paciente, afirma lo siguiente:

“La tensión arterial de la paciente se mantuvo en todo momento en niveles normales. Se trata de un parámetro que se modifica por diversas circunstancias y con variaciones a lo largo del día. En un mismo paciente tres tomas de tensión realizadas de forma consecutiva no arrojarán el mismo resultado. No se puede por tanto compartir la afirmación de que se debería haber adoptado alguna medida diagnóstico-terapéutica ante el

descenso de las cifras de tensión arterial señalado por los peritos. Debemos recordarles que en su mismo informe se recoge una tensión arterial de 120/80 (cifra que en la copia aportada para el análisis del caso nos parece más 120/60) a las 15:30 y una de 125/95 (que en nuestro criterio parece ser más bien 130/95) a las 18:25, no significando ese ascenso (como el descenso posterior) un cambio relevante en el análisis del caso.”

En consecuencia, al no concurrir los requisitos legales necesarios para imputar el daño por el que se reclama a la actuación sanitaria pública, procede desestimar la reclamación que se dictamina.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe subsanarse el defecto en la acreditación de la representación de las reclamantes, en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Una vez cumplimentado lo anterior y subsanada, en su caso, dicha deficiencia, procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen, por no haberse acreditado la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama. En este sentido, y sin perjuicio de lo indicado en la Conclusión anterior, la propuesta dictaminada se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 110/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. S. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. J. J. S., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 26/06/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 111/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. P. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 26/06/06

Extracto de Doctrina

De conformidad con el artículo 76.3 LPAC, la cumplimentación por los interesados de trámites procesales fuera del plazo establecido, será admitida y producirá sus efectos legales, si se lleva a cabo antes o dentro del día en que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de febrero de 2004, D. J. L. P. L. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial con base en los siguientes hechos. El 19 de febrero de 2003 es intervenido de vasectomía en el Hospital “Morales Meseguer” de Murcia. A la fecha de la reclamación (un año después) manifiesta seguir sintiendo dolor testicular, refractario al tratamiento, y que su esposa está embarazada de 30 semanas. Según refiere el reclamante, está a la espera de recibir “*copia del historial médico con especial relevancia a la copia del consentimiento informado*”.

Solicita una indemnización de 50.000 euros.

A los folios 5 a 11 del expediente, consta la siguiente documentación:

a) Informe de quirófano, que consigna en el apartado “tratamiento y duración”, entre otras indicaciones, la de “*control analítico de fertilidad dentro de dos meses*”.

b) Informe de ecografía, de fecha 27 de enero de 2004, cuyo único hallazgo significativo es “*punta hernia inguinal izquierda. Pequeñas adenopatías en cadena inguinal derecha*”.

c) Ecografía de escroto, realizada el 19 de diciembre de 2003, sin hallazgos clínicos.

d) Historia clínica urológica inicial que, a 19 de noviembre de 2003 hace constar:

- Embarazo de 18 semanas.

- Espermograma realizado el 10 de octubre de 2003, con resultado de azoospermia.

A 20 de diciembre del mismo año, se anota un nuevo espermograma con idéntico resultado de azoospermia.

SEGUNDO.- Consta asimismo informe del Jefe de Sección de Urología del Hospital, del siguiente tenor literal:

“1. En el Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer, con respecto a la vasectomía, se informa sistemáticamente de las ventajas, inconvenientes, riesgos, necesidad de controles con azoospermia y posibilidad de recanalización futura.

2. Los dolores postoperatorios tras la vasectomía son posibles y con frecuencia auto-limitados en el tiempo aunque a veces pueden persistir durante largos periodos. No obstante, el hecho de que en la ecografía no se aprecie ningún granuloma y que se detecte una pequeña punta hemiarria obliga a considerar, además, otras posibilidades.

3. Por último, el paciente claramente está informado de que debe hacerse un control a los dos meses de la intervención (véase Informe de la Cirugía) para comprobar la azoospermia y el éxito de la intervención. Lógicamente, mientras tanto, deben emplear los métodos anticonceptivos pertinentes. El hecho de que los dos seminogramas que se hacen constar en la Historia Clínica (10-10-2003 y diciembre 2003) hablan de azoospermia, confirman el éxito de la intervención y hacen imposible la fecundación con semen suyo desde la primera fecha disponible (10-10-2003). Por tanto, en caso de que la fecundación se haya producido antes de comprobarlo implica una falta de cumplimiento de las mínimas normas de prudencia ya que aun en el supuesto de que se le hubiese programado una cita con demora para la realización del seminograma de control, esto no exime de la necesidad de mantener las precauciones anticonceptivas hasta la constatación de la azoospermia”.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación por la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS), encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

La incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, con expediente número 312/04, es comunicada a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Aseguradora del SMS.

CUARTO.- Ante la ausencia en la historia clínica de documento de consentimiento informado, la instructora solicita informe al Director Gerente del Hospital Morales Mesguer acerca de la información facilitada al paciente.

En respuesta al informe solicitado, el referido Director Gerente contesta que:

“1. Las reclamaciones presentadas por Responsabilidad Patrimonial con motivo de la asistencia prestada en el Servicio de Urología de este Centro, (concretamente realización de Vasectomías), Expedientes 464/02, 124/04 y 312/04, se han incoado por supuesto funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria.

2. La recanalización espontánea en la intervención de vasectomías es un riesgo posible de la propia cirugía, sin relación necesaria causa-efecto con la concurrencia de una supuesta mala praxis en la realización de la misma (que no se imputa en ninguna de las 3 reclamaciones).

3. Sin perjuicio de lo anterior, se hace constar que, tras requerir la información oportuna al Servicio de Urología de este Centro, se ha reconocido que el período en el que se realizaron las vasectomías con presunta recanalización y que han motivado las reclamaciones referidas anteriormente, coinciden en el tiempo con la elaboración de nuevos modelos de consentimiento informado para dicha intervención quirúrgica, su aprobación por la Comisión de Historias Clínicas de este Centro y su posterior remisión al Servicio de Reprografía del Hospital para su utilización por el Servicio.

4-No obstante lo referido en el punto anterior, se tiene constancia de que es una práctica habitual en el Servicio de Urología y por todos los Facultativos que están adscritos al mismo Informar en la 1ª Consulta donde se elabora la Propuesta de Interven-

ción para Vasectomía, de las ventajas, inconvenientes, riesgos, necesidad de control de azoospermia (hecho que se indica en todos los Informes de Alta tras la intervención quirúrgica) y posibilidad de recanalización futura. Esta información se recuerda también en la 2ª Consulta realizada a los 3 meses de la intervención una vez se ha constatado la azoospermia en el seminograma de control. En este último caso, que es el habitual, se confirma el éxito de la intervención pero también, y concretamente, la posibilidad de recanalización tardía, y dado que es un riesgo muy bajo (< 1/1000), no se recomiendan controles periódicos posteriores por parte del Sistema Nacional de Salud”.

QUINTO.- Con fecha 29 de diciembre de 2004 se requiere al reclamante que aporte prueba de paternidad sobre el hijo concebido por su esposa.

SEXTO.- Solicitado Informe a la Inspección Médica, concluye con las siguientes afirmaciones:

“2. El dolor referido, por las pruebas realizadas puede tener un origen distinto a la propia intervención.

3. Según estudios realizados el 10 % de los pacientes vasectomizados tardaran más de 5 meses en lograr la azoospermia.

4. La actuación médica fue correcta, se le solicitó control de seminograma para controlar la efectividad de la intervención quirúrgica, es obligado prolongar la utilización del método contraceptivo habitual hasta confirmar la esterilidad.

5. Atendiendo a la fecha de gestación, la fecundación se produjo en el mes de julio, a los cinco meses de la vasectomía, antes de comprobar la ausencia de espermatozoides en el seminograma.

6. La intervención quirúrgica fue correcta y la esterilidad se confirma en los controles realizados el 10/10/03 y en diciembre del 2003 con el resultado de azoospermia.

7. El reclamante no atendió a las recomendaciones de control analítico de fertilidad postvasectomía a los dos meses de la intervención”.

La Inspección Médica termina su informe formulando propuesta desestimatoria de la reclamación.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a las partes, sólo la Aseguradora del SMS presenta informe médico que concluye:

“1. Al paciente se le realizó una vasectomía bilateral el 19-2-03 para planificación familiar.

2. Acudió a la consulta externa de Urología el 1-11-03 alegando dolor testicular y embarazo de su mujer de 18 semanas.

3. En el espermograma del 10-10-03 no existían espermatozoides (azoospermia), resultado que se comprobó con un nuevo espermograma en diciembre del mismo año.

4. El dolor testicular crónico es una complicación infrecuente de la vasectomía que se produce en el 0,05-3% de los casos. Antes de hacer este diagnóstico es necesario descartar otras patologías, sobre todo la hernia inguinal. En una ecografía realizada el 27-1-04 se diagnosticó de punta de hernia inguinal izquierda.

5. Si el paciente no se hubiera realizado un espermiograma antes del mes de Julio del 2003 o el resultado de éste no hubiera sido la azoospermia, el embarazo sería debido a incumplimiento por parte del paciente de las recomendaciones médicas habituales en estos casos.

6. La actuación de todos los profesionales implicados en este caso fue totalmente correcta, ajustándose al “estado del arte” de la medicina y cumpliendo en todo momento con la “Lex Artis ad hoc”.

7. Remitido este informe al reclamante para permitirle formular alegaciones, no hizo uso del trámite.

OCTAVO.- Con fecha 19 de mayo de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que el reclamante no ha acreditado ser padre del hijo concebido por su esposa tras la realización de la vasectomía, y ello a pesar de estimar no probado que la Administración sanitaria cumpliera con su deber de informar al paciente acerca de los cuidados y precauciones postoperatorias.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se dispuso la remisión del expediente en solicitud de consulta, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 24 de mayo de 2006.

NOVENO.- Con fecha 8 de junio siguiente, la Consejería consultante remite al Consejo Jurídico informe pericial aportado por el reclamante, que acredita su paternidad sobre el hijo concebido por su esposa meses después de serle practicada la vasectomía de la que deriva la reclamación.

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 para reclamar, legitimación y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta en el plazo de un año desde la manifestación del efecto lesivo (artículo 142.5 LPAC) generado por el hecho al que se anuda el daño, identificado por el reclamante como el dolor testicular secundario a la intervención y la concepción de su hijo, el cual, a la fecha de la reclamación, todavía no ha nacido.

El reclamante, en tanto que paciente sometido a una vasectomía que califica de ineficaz y padre del niño concebido como consecuencia de la, a su criterio, inadecuada asistencia médica recibida en un hospital dependiente de la Administración, ostenta la

condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración Regional a través del SMS, Ente al que se encuentra adscrito el centro sanitario donde se efectuó la intervención y del que depende el Servicio de Urología, encargado de su realización y seguimiento posterior.

Respecto a 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.

Ello no obstante, la tardía aportación al procedimiento del informe acreditativo de la paternidad del reclamante sobre el niño concebido por su esposa meses después de haberse sometido a la esterilización, exige una consideración específica acerca de la incidencia de este documento sobre el procedimiento.

TERCERA.- La práctica extemporánea de la prueba de paternidad. Efectos.

La instructora requirió al interesado la aportación de dicha prueba el 29 de diciembre de 2004 (fecha de notificación del requerimiento a su representación letrada), otorgándole el plazo de un mes para su práctica. Transcurrido dicho plazo sin constar actuación probatoria alguna por parte del interesado, la instrucción del procedimiento sigue su curso y, el 19 de mayo de 2006, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, con el único fundamento de no haber acreditado la referida paternidad. En esa misma fecha, la parte actora presenta en el Registro de la Delegación del Gobierno de Murcia el informe de las pruebas biológicas que afirman su paternidad, aunque no será recibido en la Consejería de Sanidad hasta el 26 de mayo siguiente. Constituye, por tanto, un supuesto de prueba practicada con posterioridad al transcurso del plazo concedido al efecto por la Administración, aunque no por ello carece de efectos en el procedimiento.

En efecto, de conformidad con el artículo 76.3 LPAC, la cumplimentación por los interesados de trámites procesales fuera del plazo establecido, será admitida y producirá sus efectos legales, si se llevara a cabo antes o dentro del día en que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo. Comoquiera que no consta en el expediente que la instrucción comunicara al interesado dicho transcurso del plazo, la prueba presentada ha de ser admitida. Ello determina, a su vez, que la propuesta de resolución formulada pierda su fundamento, pues aquélla se basa única y exclusivamente en la ausencia de acreditación de la paternidad.

Adviértase, además que, de dictarse la resolución del procedimiento en los términos en que se expresa la propuesta, sería extremadamente vulnerable frente a una eventual impugnación en vía jurisdiccional, donde el interesado podría fácilmente probar su paternidad.

Por otra parte, de la lectura de la reclamación se desprende que el interesado imputa a la atención sanitaria recibida tanto el dolor testicular que soporta desde la intervención de vasectomía como la ineficacia de ésta, puesta de manifiesto por la concepción de un hijo tras su realización. De estas alegaciones puede deducirse que la reclamación se basa en la incorrecta realización de la vasectomía, sin que el reclamante llegue a concretar otra alegación, meramente insinuada en su solicitud inicial, como es la relativa al con-

sentimiento informado, respecto del cual se limita a indicar que se está “a la espera de recibir la documental instada (...), en la que solicitábamos copia del historial médico con especial relevancia a la copia del consentimiento informado”. Dicha manifestación no será luego concretada a lo largo del procedimiento, ni siquiera con ocasión del trámite de audiencia conferido al reclamante.

A pesar de ello, la propuesta de resolución sometida a consulta del Consejo Jurídico afirma expresamente que la Administración no ha podido demostrar que la actividad informadora, que le era debida hacia el paciente, se haya llevado a cabo.

Debe recordarse al respecto que el artículo 89 LPAC exige la congruencia de las resoluciones con las peticiones efectuadas por los interesados (apartado 2), sin perjuicio de la obligación que incumbe a la Administración de resolver cuestiones que, sin ser planteadas por ellos, derivan del procedimiento. De la aplicación del precepto al supuesto sometido a consulta se desprenden dos irregularidades de la propuesta de resolución formulada, a saber:

a) La congruencia exige que la propuesta de resolución se pronuncie acerca de uno de los daños que, siendo independiente de la prueba de su paternidad, el interesado imputa a la intervención, como es el dolor testicular secundario a la operación. Sin embargo, la propuesta guarda silencio acerca de este extremo.

b) La obligación de resolver cuestiones que, sin ser planteadas por los interesados, derivan del procedimiento, impone a la instrucción pronunciarse, en la propuesta de resolución, sobre la ausencia del documento de consentimiento informado previo a la intervención de vasectomía, así como sobre la información terapéutica o asistencial facilitada al paciente tras la operación, pues la propia instructora suscita la cuestión.

En virtud de lo expuesto, el Consejo Jurídico considera procedente que por la instrucción se formule nueva propuesta de resolución, en la que, teniendo por probada la paternidad del reclamante, examine la concurrencia o no de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En particular, debe establecer si el daño sufrido por el paciente es antijurídico y si existe o no nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios sanitarios, a cuyo efecto, y dado que la instrucción ha entrado a considerar la eventual presencia de una infracción del deber de información al paciente, la nueva propuesta de resolución habrá de pronunciarse sobre dicho extremo.

Del mismo modo, la nueva propuesta de resolución habrá de ser congruente con la reclamación, para lo cual deberá resolver no sólo acerca de la concepción de un hijo tras la vasectomía, sino también en relación con el dolor testicular secundario a dicha intervención.

CUARTA.- Nuevas actuaciones instructoras.

Según se desprende del informe elaborado por el Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer y que consta a los folios 20 y 21 del expediente, es en la primera consulta, al elaborar la propuesta de intervención de vasectomía, cuando se informa al paciente de las ventajas, inconvenientes, riesgos, necesidad de control de azoospermia y posibilidad de recanalización futura. Sin embargo, el primer documento que consta en la historia clínica anexa al expediente es el informe de quirófano, inmediatamente posterior a haberse realizado la vasectomía, sin que conste documentación alguna referida a la atención médica previa a aquélla.

Se sugiere, en consecuencia, que se complete la instrucción mediante la aportación al procedimiento de los documentos que, obrando en la historia clínica del paciente, vengan referidos a las consultas preoperatorias.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, debiendo ser formulada una nueva de conformidad con lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Procede completar la instrucción en los términos señalados en la Consideración Cuarta.

TERCERA.- Una vez realizadas las actuaciones indicadas en las conclusiones precedentes, la nueva propuesta de resolución y el expediente completo habrán de ser remitidos al Consejo Jurídico para Dictamen sobre el fondo del asunto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 112/06.- Revisión de oficio del acto administrativo dictado el 19 de noviembre de 2004, por el órgano colegiado constituido para la selección de los alumnos-trabajadores del Taller de Empleo “Casa de la Juventud” de Albudeite.

Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 26/06/06

Extracto de Doctrina

La suspensión del procedimiento de revisión de oficio, durante el periodo que media entre la petición de informe a un órgano de la Administración y la recepción del mismo, que no podrá exceder de tres meses, puede aplicarse en el caso de que los informes solicitados sean preceptivos y determinantes (artículo 42.5,c LPAC), como concurre en el presente Dictamen, pero no en aquellos supuestos en los que, aunque el informe sea preceptivo, no sea determinante como recoge literalmente el precepto aludido.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de junio de 2003, el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Albudeite solicita del Servicio Regional de Empleo y Formación la aprobación del proyecto taller de empleo “C. J.” con la finalidad de obtener la subvención correspondiente, acompañando a tales efectos la documentación que obra en los folios 2 a 229. Actualiza dicha petición por escrito de 10 de octubre de 2004.

Previamente el Pleno de la Corporación, en sesión celebrada el 13 de marzo de 2003, había acordado solicitar dicho taller, con una duración de 12 meses, cuyo objeto de actuación sería la rehabilitación de un local municipal para la casa de la juventud de Albudeite en las especialidades formativas de albañilería, recuperación de espacios degradados y servicio de ayuda a domicilio.

Dicho programa de formación y empleo está financiado por el Fondo Social Europeo, Dirección General del Servicio Regional de Empleo y Formación, y el Ayuntamiento de Albudeite.

SEGUNDO.- Por escrito de 4 de octubre de 2004, el Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación comunica al Alcalde de Albudeite que la comisión de valoración ha informado favorablemente la viabilidad del proyecto con 20 trabajadores y una duración de 12 meses (de 16 de diciembre de 2004 a 15 de diciembre de 2005), reiterándole la necesidad de que se agilicen los procedimientos de manera que el taller de empleo se inicie, como máximo, el 1 de diciembre del año en curso.

TERCERO.- El 21 de octubre de 2004 (folio 243) fue constituido el “grupo de trabajo mixto”, entre el Ayuntamiento y el Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF en adelante), órgano colegiado encargado del proceso de selección de personal del taller “C. J.” de Albudeite, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 14 de noviembre de 2001, que desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establecen el Programa de Taller de Empleo y las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho programa.

El grupo queda constituido de la siguiente manera:

A) Por parte del SEF:

Presidente: D. A. A. F..

Suplente: D. A. O. V..

B) Por parte del Ayuntamiento de Albudeite.

Vocal 1: D. L. F. P..

Suplente: D. A. I. P..

Vocal 2: D. F. P. P..

Suplente: D. J. M. G..

Secretario: D. A. G. G.

En dicho acto de constitución se aprobaron las bases que regirán el proceso de selección (folios 269 a 276) y se aprueba el inicio del mismo.

CUARTO.- Por acuerdo del grupo de trabajo mixto, de 4 de noviembre de 2004, se acuerda elaborar la lista de admitidos y excluidos en el proceso de selección para contratar al director y a tres monitores (folios 284 a 286). Con posterioridad, el 10 de noviembre de 2004, se resuelven las reclamaciones presentadas por la exclusión, haciéndose constar: *“Antes de proceder al estudio de las siguientes instancias, pertenecientes a D. J. G. S. y D. P. M. G., el Vocal 2, D. J. M. G. manifiesta que se abstendrá de la deliberación y resolución de las referidas solicitudes”*.

QUINTO.- El 18 de noviembre de 2004, el Director General de Servicio Regional de Empleo y Formación concede al Ayuntamiento de Albudeite una subvención por importe de 346.372,80 euros para gastos de formación y funcionamiento, y para salarios de alumnos-trabajadores. Por Resolución del mismo órgano, de 27 de diciembre de 2004, se reconoce la obligación y se propone el pago anticipado de 172.246,40 euros correspondiente a la primera fase del taller.

SEXTO.- El 19 de noviembre de 2004, el grupo de trabajo mixto selecciona a los 20 alumnos que se relacionan en el acta obrante en los folios 291 y 292, siendo éste el acto cuya revisión se propone al igual que, el 23 de noviembre de 2004, selecciona a los monitores de albañilería, de recuperación de espacios degradados, y de ayuda a domicilio, así como al director del taller (folios 293 a 295). Con posterioridad, el grupo de trabajo se reúne el 2 de diciembre de 2004 (folios 311 a 313) para estudiar las reclamaciones efectuadas al proceso de selección de los alumnos-trabajadores (en número de tres), que son desestimadas.

También figura la aprobación de las nuevas bases reguladoras del proceso de selección de monitor de restauración de espacios degradados al quedar vacante en la primera selección (folios 279 a 283).

SÉPTIMO.- Consta el inicio del taller de empleo, según certificación de la secretaria-interventora del Ayuntamiento de Albudeite de 20 de diciembre de 2004, y la conformidad del coordinador de la escuela taller de 15 de diciembre de 2004, a su vez presidente del grupo mixto de selección, a todos los datos, documentos y certificados aportados por el Ente promotor (folio 318).

OCTAVO.- Con fecha 21 de enero de 2005, el portavoz del grupo municipal del Partido Popular de Albudeite presenta escrito ante el Servicio Regional de Empleo y Formación denunciando varias irregularidades en el proceso de selección, entre las que cita: en los seleccionados figuran varias personas que tienen parentesco con los miembros del grupo de trabajo mixto, y la circunstancia de que repitan este taller nueve personas que ya han efectuado el mismo. Solicita finalmente que se suspenda el taller de empleo mientras se averiguan y se subsanan todas las anomalías. Asimismo aporta fotocopia de diversas reclamaciones respecto a la selección de los alumnos del taller, presentadas ante el Ayuntamiento de Albudeite: una de 26 de noviembre y, las restantes (salvo una), en impreso normalizado, el 12 de enero de 2005 (en número de diez).

NOVENO.- Con fecha 5 de abril de 2005 (registro de entrada), el presidente del grupo mixto de selección se dirige al Ayuntamiento de Albudeite solicitando certificación del secretario de la Corporación de la publicación de los resultados de la selección en el tablón de anuncios, plazo de exposición, contenido de la publicación, documento original de las puntuaciones obtenidas por los candidatos a alumnos, y reclamaciones originales al proceso selectivo. En su contestación, el Alcalde de la Corporación remite

la documentación solicitada por escrito del mismo día, así como copia de la oferta de empleo. Con posterioridad, el 11 de abril de 2005, el presidente convoca a los miembros del equipo municipal, que forman parte del grupo mixto de selección, para una reunión a celebrar el 15 del mismo mes con el siguiente orden del día:

1. Constitución del grupo de trabajo mixto de selección y, en su caso, abstención de los miembros en los que concurra causa.

2. Análisis de las reclamaciones planteadas y revisión de las valoraciones de otros candidatos.

3. Otras cuestiones relacionadas con el proceso selectivo.

Los convocados remiten un escrito el 14 de abril de 2005 (por fax), en el que manifiestan que los puntos citados en el orden del día ya fueron resueltos por el órgano colegiado, acompañando un informe del asesor jurídico del Ayuntamiento, emitido a solicitud del Alcalde, que concluye en la improcedencia de la convocatoria del grupo mixto sobre cuestiones que ya fueron resueltas, como el análisis de las reclamaciones y las valoraciones de los candidatos.

DÉCIMO.- Previa propuesta del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación de 9 de junio de 2005, la Presidenta del citado organismo resuelve el 1 de julio de 2005 iniciar de oficio el procedimiento de revisión del acuerdo adoptado por el grupo mixto, de 19 de noviembre de 2004, por el que se aprueba la relación de alumnos trabajadores admitidos y excluidos, al considerar -de confirmarse que dos vocales (D. A. I. P. y D. J. M. G.) tenían relación de parentesco con dos de los alumnos seleccionados (M. Z. I., sobrina del primero, y D. F. C. N., cuñada del segundo)-, que su falta de abstención habría afectado al procedimiento para la formación de la voluntad del órgano colegiado, toda vez que de haberse abstenido ambos concejales no existiría el necesario quórum para considerar válidamente constituido aquél, en aplicación del artículo 26 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y concurriría el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 62.1.e) de la citada Ley, *“al haberse conculcado las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*.

Al mismo tiempo se remite escrito al encargado del Registro Civil de Albudeite a los efectos de que expida las certificaciones literales de las actas de nacimiento y matrimonio necesarias para acreditar o desmentir de forma indubitada el parentesco de los miembros del órgano colegiado y las dos alumnas seleccionadas, otorgando también un trámite de audiencia a los interesados, según consta en los folios 594 a 601.

UNDÉCIMO.- Con fecha 12 de julio de 2005 se acuerda reconocer la obligación y proponer el pago anticipado al Ayuntamiento interesado correspondiente a la 2ª fase del Taller de Empleo por importe de 174.146,40 euros.

DUODÉCIMO.- El 20 de julio de 2005, el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Albudeite presenta alegaciones al procedimiento de revisión de oficio (folios 889 a 899), en las que manifiesta, además de desconocer los supuestos vínculos de parentesco que se alegan, que no se puede pretender la invalidación de todo un procedimiento selectivo por la posible existencia de una causa de abstención, sin tener en cuenta si ha sido o no determinante en la elección, pues la evaluación que se pretende declarar nula debe probarse arbitraria o injusta por falta de imparcialidad en las decisiones de cualquiera

de los componentes del tribunal calificador, y ello mediante cualquiera de los medios existentes al alcance de los interesados.

Entiende que desde la perspectiva del Ayuntamiento resulta improcedente pretender la revocación de todo un procedimiento selectivo tan sólo con fundamento en una posible causa de abstención de cualquiera de sus miembros, sin entrar a considerar la relevancia que tuvo en la selección final, conculcando principios jurídicos administrativos (conservación de los actos administrativos y discrecionalidad técnica de los tribunales) con afectación a terceros que se verían perjudicados en sus derechos. Añade que hasta el momento no se ha discutido las puntuaciones otorgadas a los dos seleccionados supuestamente vinculados a los miembros del grupo mixto, indicando a este respecto que el Ayuntamiento ha remitido al SEF el documento original de las puntuaciones obtenidas por los candidatos a alumnos trabajadores, donde se especifica el concepto por el que se le asigna cada puntuación.

Solicita que se declare ajustado a derecho la totalidad del procedimiento de selección, que se abra un periodo probatorio y que se practique la testifical del presidente del grupo mixto, tendente a acreditar que es errónea la afirmación de la resolución de iniciación del procedimiento de revisión de que las reclamaciones habían sido ocultadas al Presidente, por cuanto consta en el expediente una certificación del secretario del grupo mixto, con su visto bueno, que detalla las reclamaciones que se efectuaron.

DECIMOPRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2006, la Presidenta del Servicio Regional de Empleo y Formación dicta resolución declarando la caducidad del procedimiento de revisión de oficio por el transcurso de los tres meses desde que se inició, sin que se haya adoptado resolución, conforme a lo previsto en el artículo 102.5 LPAC.

DECIMOSEGUNDO.- Al día siguiente, por el mismo órgano se dicta resolución iniciando nuevamente el procedimiento de revisión de oficio, otorgando un nuevo trámite de audiencia al Ayuntamiento de Albudeite, cuyo Alcalde, en representación de la Corporación, vuelve a presentar un escrito de alegaciones el 17 de marzo de 2006, reiterando sus argumentaciones, y haciendo especial hincapié en las siguientes:

-Resulta imprescindible para invalidar todo un procedimiento que se determine si esta causa ha sido o no determinante del fallo del grupo mixto, es decir, qué puntuación se entiende incorrecta, o qué candidato fue favorecido por la intervención de los miembros del grupo mixto que supuestamente incurrían en causa de abstención, reiterando que debe probarse arbitraria o injusta por falta de imparcialidad en las decisiones de cualquiera de los componentes.

-La evaluación de los alumnos se ajustó a los parámetros de las bases reguladoras del proceso de selección que se publicaron en su día.

-En el presente supuesto no se ha probado que fuera la participación y puntuación asignada por los miembros del tribunal, que presuntamente incurrieron en la causa de abstención, la que produjo el resultado final.

Asimismo reitera la solicitud de apertura de un periodo probatorio y que se practique la testifical del presidente del grupo mixto de trabajo.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 24 de marzo de 2006, se recaba el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma sobre la propuesta de

revisión, así como se acuerda la suspensión del plazo para resolver entre el tiempo que medie entre la petición del referido informe y su recepción, y la notificación al interesado, aunque ésta no consta en el expediente.

DECIMOCUARTO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe el 17 de abril de 2006 en el sentido de que procede declarar la nulidad del acto administrativo dictado el 19 de noviembre de 2004, en virtud del cual se aprueba la relación de alumnos trabajadores admitidos y excluidos.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 8 de mayo de 2006, la Presidenta del Servicio Regional de Empleo y Formación recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo. Previamente, por Orden del mismo órgano de 26 de abril de 2006, se había acordado la solicitud del Dictamen conjuntamente con la suspensión del plazo máximo legal de resolución, siendo notificado al Ayuntamiento según folios 1.007 y siguientes del expediente.

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 por vicios de nulidad de pleno derecho, según establece el artículo 102.1 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 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ)

Aunque el Dictamen haya sido solicitado por el órgano consultante en su condición de Presidenta del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF), se cumple lo preceptuado en la LCJ sobre la habilitación para recabarlo, en tanto en cuanto concurre en dicho órgano la condición de Consejera, de acuerdo con lo establecido por el artículo 43 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.

En cuanto a la propuesta de Orden que se somete a Dictamen, se entiende la obrante en los folios 971 a 979, que data de 27 de marzo de 2006, aunque la Orden de 26 de abril de 2006, por la que se acuerda someter el expediente al Consejo Jurídico, hace referencia a la propuesta de 23 de marzo, considerándose que dicha referencia pueda deberse a un error material en la fecha indicada.

SEGUNDA.- Naturaleza del grupo mixto de selección y la revisión de sus actos: órgano competente.

Dado que el acto que se pretende revisar, de 19 de noviembre de 2004, procede de un órgano denominado “grupo de trabajo mixto”, formado entre la Administración regional y el Ayuntamiento beneficiario, que se constituyó para la selección de los alumnos-trabajadores, director y monitores del taller de empleo “C. J.” de Albudeite, resulta procedente entrar a considerar, en primer lugar, la naturaleza jurídica de dicho grupo de trabajo y su integración administrativa.

Por Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, se estableció el programa de talleres de empleo, de carácter mixto de empleo y formación, con la finalidad de mejorar la ocupación de los desempleados de 25 años o más, facilitando así su posterior inserción en el mercado de trabajo. Durante el desarrollo de los talleres de empleo, que tienen una duración máxima de un año, los trabajadores participantes reciben formación profesional ocupacional.

La Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 14 de noviembre de 2001, por la que se desarrolló el citado Real Decreto, recoge el procedimiento de selección de los alumnos y docentes, así como el procedimiento para la concesión de la correspondiente subvención. A dicha Orden ministerial se remitió la convocatoria de subvenciones que efectuó la Administración regional, a través de la Orden de 27 de abril de 2004 (artículo 37) de la entonces Consejería de Trabajo, Consumo y Política Social, una vez asumidas las competencias de gestión y control de los talleres de empleo, según detalla el RD 468/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, empleo y formación. Dichas competencias fueron asignadas al SEF creado por Ley regional 9/2002, de 11 de noviembre.

Por tanto, remitida la convocatoria regional de subvenciones de los talleres de empleo correspondiente al año 2004 a la precitada Orden de 14 de noviembre de 2001 (en lo sucesivo Orden de 2001), conviene destacar lo preceptuado acerca del procedimiento de selección de los alumnos-trabajadores participantes. El artículo 7 de la citada Orden establece lo siguiente:

“1. La selección de los alumnos trabajadores de los Talleres de Empleo, así como la del Director, docentes y personal de apoyo de los mismos, será efectuada por un grupo de trabajo mixto que se constituirá para tal fin entre la entidad promotora y la Dirección Provincial del INEM, presidido por la persona que ésta designe. Este grupo podrá establecer o completar sus propias normas de funcionamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El grupo de trabajo determinará los criterios para la realización de la selección, de acuerdo con lo establecido en esta Orden y normas que la desarrollen, procurando la mayor adaptabilidad de los seleccionados a las especialidades y a las particulares circunstancias de dificultad de las mismas y levantará acta por duplicado de la constitución del grupo mixto y de la determinación de los criterios de selección.

Finalizado el proceso de selección, el grupo de trabajo preparará la relación de seleccionados como alumnos trabajadores, personal directivo, docente y de apoyo, y levantará acta por duplicado de las actuaciones, trasladando un ejemplar a la entidad promotora, para su cumplimiento y otro a la Dirección Provincial del INEM, para su constancia.

2. La selección de los alumnos trabajadores será precedida, en todo caso, de la tramitación de oferta de actividad o de empleo por la correspondiente oficina de empleo. Los candidatos deberán cumplir los siguientes requisitos mínimos:

a) Tener veinticinco o más años.

b) Ser desempleados, entendiéndose como tales a los demandantes de empleo no ocupados, registrados en los Servicios Públicos de Empleo y que estén disponibles para el empleo.

c) Cumplir los requisitos establecidos en la normativa de aplicación para formalizar un contrato para la formación.

Además, y teniendo en cuenta la adaptabilidad a la oferta de puestos a desempeñar, se considerarán los beneficiarios, los colectivos prioritarios y criterios de selección que se determinen por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y por el INEM, de acuerdo con lo que establezcan las directrices de empleo europeas, en el marco de la estrategia europea de empleo.

Los alumnos trabajadores seleccionados para el Taller de Empleo deberán mantener los requisitos de selección a la fecha de su incorporación.

3. Para la selección del personal directivo, docente y de apoyo, el grupo mixto establecerá el procedimiento de selección a seguir, utilizándose preferentemente oferta de empleo tramitada por la oficina de empleo, o bien convocatoria pública o ambas. Asimismo, se podrán tener en cuenta a personas incluidas previamente en ficheros de expertos existentes en las Direcciones Provinciales del INEM.

4. Cualquiera que sea el sistema de selección utilizado, se seguirán los criterios y procedimientos establecidos por el INEM para la cobertura de ofertas de empleo, por lo que no será de aplicación la normativa establecida para los procedimientos de selección de personal de las distintas Administraciones Públicas, aun cuando la entidad promotora sea un Organismo Público. En este último caso, el personal y alumnos trabajadores seleccionados no se considerarán incluidos en las correspondientes plantillas o relaciones de puestos de trabajo, por lo que no será precisa oferta de empleo público previa.

5. Las incidencias y reclamaciones que se pudieran suscitar derivadas de los procesos de selección serán resueltas por el grupo mixto, sin que quepa ulterior recurso en vía administrativa”.

De lo expuesto podemos extraer las siguientes características del grupo mixto de selección:

1ª) Los miembros proceden de la entidad promotora del taller (en este caso del Ayuntamiento de Albudeite) y de la Dirección del INEM (sustituida por el SEF tras la asunción de competencias por la Administración regional), a quien corresponde designar a la persona que preside el grupo. No se establece el número de miembros, si bien, dado el carácter colegial del órgano, sólo concurre dicho carácter a partir de la presencia de tres miembros (STS, Sala 3ª, de 19 de febrero de 2001). A este respecto la actual Orden de subvenciones para Escuelas de Taller correspondiente al año 2006 (artículo 20) contempla, además del Presidente, tres vocales.

Conforme a la normativa entonces en vigor se constituyó el grupo mixto del taller “C. J.” con la composición que se detalla en el Antecedente Tercero, formada por el Presidente (miembro designado por SEF), dos vocales (con sus correspondientes sustitutos) y el secretario (sin voto), designados por el Ayuntamiento beneficiario.

2ª) El grupo mixto de selección estaba facultado para establecer o completar sus propias normas de funcionamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.2 LPAC, al que se remite la Orden de 2001, al tratarse de un órgano colegiado compuesto por representantes de distintas Administraciones, así como para la fijación de los criterios para la realización de la selección, como así se materializó en las bases de la convocatoria,

que fueron aprobadas en su sesión constitutiva de 21 de octubre de 2004 (folios 269 a 276). De las citadas bases se extrae que los alumnos-trabajadores serían seleccionados mediante la presentación de oferta en la Oficina de Empleo, de acuerdo con el baremo que figura en la bases cuarta a quinta, y para el personal docente mediante convocatoria pública en un diario de mayor circulación y en los tablones de anuncios en los locales del Ayuntamiento y SEF, según consta en los folios 237 a 240, aplicando los criterios de valoración que figuran en las bases séptima a décima.

3ª) Quedaría por determinar en qué Administración se incardina dicho grupo mixto de selección a efectos de considerar el órgano competente para la revisión de oficio de sus acuerdos.

La Orden de 2001 únicamente establece que las incidencias y reclamaciones que se pudieran suscitar derivadas de los procesos de selección serían resueltas por el grupo mixto, sin que quepa ulterior recurso en vía administrativa; por otra parte, el artículo 22.2, párrafo segundo, LPAC establece que dichos órganos colegiados quedaran integrados en la Administración que corresponda, aunque sin participar en su estructura jerárquica. Por lo tanto podemos sostener fundadamente que dicho grupo mixto, aunque no se incardine jerárquicamente en la estructura administrativa, se integraría, por sus funciones, en la Administración regional, que asumió las competencias de gestión y control de los talleres de empleo (artículo 3.1 de la Ley 9/2002), como corrobora que su constitución se prevea en las convocatorias de subvenciones que efectúa la Administración regional. A la misma solución conduce la aplicación de lo dispuesto en el artículo 114 LPAC, cuando establece, en relación con los tribunales y órganos de selección no adscritos, que se considerarán dependientes del órgano que nombró al Presidente, y, en el presente supuesto, la Orden precitada establece que el grupo mixto de selección estará presidido por la persona que designe el SEF (artículo 7.1).

La anterior consideración nos conduce a sostener la competencia de la Presidenta del SEF para resolver el presente procedimiento de revisión de oficio, según le reconoce el artículo 24.1 de la Ley 9/2002, en relación con el 102 LPAC y 33, c) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de las Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

TERCERA.- Sobre el procedimiento seguido.

En cuanto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC, que establece que se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del título VI de dicha Ley. No obstante, la apertura de un periodo probatorio, como solicitaba el Ayuntamiento, hubiera permitido esclarecer determinadas cuestiones que, en opinión del Consejo Jurídico, no han quedado definitivamente resueltas en el procedimiento; por ejemplo, si en la publicación del acta de los seleccionados en el tablón de anuncios, durante los días 24 de noviembre al 1 de diciembre, figuraba o no un plazo de reclamación puesto que la certificación del secretario del grupo mixto, con el visto bueno del presidente, hace referencia a que se presentaron tres dentro del plazo de reclamación; o, por el contrario, si dicho anuncio se remitió a las bases de la convocatoria, que únicamente especificaba el plazo de dos días para subsanar los motivos de exclusión para el proceso de selección del personal (Novena, párrafo tercero). Con esta finalidad también hubiera sido valioso disponer del testimonio del presidente del grupo, designado por el SEF, cuya testifical la propuso reiteradamente

el Ayuntamiento, puesto que si bien su parecer no puede cambiar la relación de parentesco entre dos alumnos seleccionados y dos miembros del grupo mixto, según sostiene la propuesta de Orden para rechazarla (folio 975), su testimonio hubiera permitido conocer la incidencia que en la selección de los mismos tuvo la participación de tales vocales, concretamente en las valoraciones asignadas.

Por último, conviene recordar que la suspensión del procedimiento de revisión de oficio, durante el periodo que media entre la petición de informe a un órgano de la Administración y la recepción del mismo, que no podrá exceder de tres meses, puede aplicarse en el caso de que los informes solicitados sean preceptivos y determinantes (artículo 42.5.c LPAC), como concurre en el presente Dictamen, pero no en aquellos supuestos en los que, aunque el informe sea preceptivo, no sea determinante como recoge literalmente el precepto aludido. Así lo indicamos en nuestro Dictamen núm. 114/2004: *“no obstante, cabe apuntar la improcedencia de la suspensión del plazo máximo de tres meses para notificar la resolución del procedimiento (artículo 102.5) que acordó la Consejería con fundamento en la solicitud del informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos (Antecedente Noveno), pues, como ya ha señalado este Consejo, tal informe no tiene el carácter “determinante” que, con carácter acumulativo a la condición de preceptividad, establece el artículo 42.5, c) LPAC para que la solicitud de informes pueda surtir el mencionado efecto interruptivo. Siendo ello así, el único trámite hábil a estos efectos es la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico”*. Por ello, iniciado de oficio el presente procedimiento el 28 de febrero de 2006 y suspendido el referido plazo el 26 de abril siguiente, a esa fecha queda un mes aproximadamente para la finalización del plazo legal que dispondrá la Consejería consultante para intentar la notificación a los interesados de la resolución del procedimiento, plazo que habrá de computarse desde el día siguiente al de recepción del presente Dictamen.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos para la declaración de nulidad de pleno derecho.

La propuesta de Orden del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación, de 27 de marzo de 2006, considera que el acuerdo del grupo mixto de 19 de noviembre de 2004, por el que se aprueba la lista de candidatos admitidos como alumnos y como reservas para el taller de empleo “C. J.” de Albudeite, incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho, al haberse conculcado las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado (artículo 62.1.e LPAC).

Conviene recordar que la revisión de oficio en vía administrativa de los actos nulos viene prevista en el artículo 102 LPAC; sus presupuestos son que se trate de actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa y que concurren alguno de los supuestos de nulidad previsto en el artículo 62.1 de la misma Ley. Dichas previsiones legales son completadas por el artículo 106 LPAC, que recoge los límites al ejercicio de las facultades de revisión: *“las facultades de revisión 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”*.

Procede, en consecuencia, determinar la concurrencia de los requisitos anteriormente señalados, siguiendo para ello la sistemática de la propuesta de Orden elevada, sobre la cuestión de fondo (Fundamento de Derecho Sexto):

1) Acto administrativo que se revisa y agotamiento de la vía administrativa.

El acto que se pretende revisar es el adoptado por el grupo mixto, en su sesión de 19 de noviembre 2004, por el que se determinaba la lista de candidatos admitidos y los que se encontraban en situación de reserva, por si renunciaban los primeros; sin embargo, carece de sentido que la propuesta de revisión se contraiga al listado provisional y no se extienda al posterior acuerdo del grupo mixto, de 2 de diciembre de 2004 (folios 311 al 313), que constituye el acto definitivo, por el que se aprueban los resultados de los seleccionados, tras examinar las tres reclamaciones presentadas durante el periodo que estuvo expuesto en el tablón de anuncios (según la certificación del secretario del grupo mixto, con el visto bueno del presidente, fueron presentadas tres los días 25 y 26 de noviembre).

Es el acuerdo de 2 de diciembre de 2004 el definitivo y, por tanto, el susceptible de ser revisado a tenor de lo indicado en el artículo 102.1 LPAC (“los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa”). Respecto a las reclamaciones presentadas con posterioridad a dicha fecha, que no fueron resueltas expresamente por el grupo mixto -debido a la negativa a reunirse por parte de los vocales, tras la convocatoria efectuada por el presidente del grupo para el 15 de abril de 2005, siendo poco entendible dicha actitud desde un punto de vista jurídico, pues de considerar extemporáneas las reclamaciones podían haberse resuelto en tal sentido, e incluso dicha sesión hubiera permitido a los concejales recusados haber aclarado las imputaciones sobre su relación de parentesco, dando también la posibilidad a que constituyera el grupo mixto con vocales no incurso en causas de abstención-, han de entenderse tácitamente desestimadas por el transcurso de los tres meses, a tenor de lo establecido en el artículo 42.3 LPAC, sin que quepa ulterior recurso en vía administrativa, según lo previsto en el artículo 7.5 de la Orden de 2001 (“las incidencias y reclamaciones que se pudieran suscitar derivadas de los procesos de selección serán resueltas por el grupo mixto, sin que quepa ulterior recurso en vía administrativa”), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 109, c) LPAC sobre los actos que ponen fin a la vía administrativa (“las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico”).

2) Concurrencia de las causas de abstención.

El artículo 28.1 LPAC establece que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas en quienes se den alguna de las circunstancias que se enumeran en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento; entre ellas se cita el tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, o de afinidad dentro del segundo con cualquiera de los interesados (artículo 28.2,c). En el mismo sentido, el artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) establece que los miembros de las Corporaciones Locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones públicas.

Las causas de abstención tienen por finalidad impedir la actuación en un determinado procedimiento administrativo de una autoridad o funcionario en quien concurra alguna circunstancia que afecte a las garantías de imparcialidad y objetividad.

Se puede afirmar que hay elementos probatorios suficientes de que dos de los alumnos seleccionados (M. Z. I. y F. C. N.), de un total de 20, tenían relación de parentesco

con dos miembros del grupo mixto: D. A. I. P. (primo hermano de la primera) y D. J. M. G. (cuñado de la segunda), a través de los certificados de nacimiento en el primer caso (son nietos ambos de A. y M.), y en el segundo, aunque el Registro Civil no haya expedido las certificaciones de matrimonio de ambos al desconocerse la fecha de matrimonio de cada uno, se recoge en la propuesta de Orden que tal relación de parentesco es pública y notoria en el municipio, sin que tal presunción haya sido destruida por los afectados, ni cuestionada en los escritos de alegaciones presentados por el Ayuntamiento durante el procedimiento, teniendo en cuenta el principio de facilidad probatoria, al ser los dos miembros citados concejales integrantes de la Corporación local.

Por tanto, al concurrir la relación de parentesco dentro del cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad, respectivamente, ambos concejales (vocal 1 y 2 suplentes) debían de haberse abstenido de intervenir en el acto de selección de los alumnos-trabajadores, aunque los participantes procedieran de la oferta tramitada por la oficina de empleo de Mula, por cuanto correspondía al grupo mixto constituido aprobar una lista con los seleccionados y reservas, atendiendo al baremo recogido en las bases. Sin embargo, ambos miembros figuran en las actas correspondientes a las sesiones de 19 de noviembre y 2 de diciembre de 2004, por las que se seleccionaron como alumnos-trabajadores a dos personas con las que tenían relación de parentesco en los referidos grados.

También se dice en la propuesta de Orden que, al menos, diez de los alumnos seleccionados realizaron el Taller de Empleo anterior que se celebró en la localidad del 19 de noviembre de 2001 a 18 de noviembre de 2002. Sin embargo, tal repetición no se ha probado como una irregularidad, a tenor de los informes obrantes en el expediente como el del Servicio Jurídico del SEF, de 5 de abril de 2005, que señala que dicha denuncia no puede tener acogida, pues lo hacen en especialidades distintas a las que realizaron en los años 2001-2002. Por otra parte, también se constata que a diferencia de la Orden anterior de 9 de marzo de 1999, que establecía como criterio de preferencia el no haber participado en otro taller de empleo, la aplicable a dicha convocatoria (Orden de 2001) no recoge expresamente tal criterio.

3)Efectos.

Apreciada la causa de abstención, debe ponderarse sus efectos sobre el resultado de la selección, y en tal sentido el artículo 28.3 LPAC únicamente establece que dicha intervención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar (artículo 28.5 de la misma Ley). Más clarificador es el artículo 182 del Real Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, que establece que la actuación de los miembros en que concurran los motivos de abstención, cuando haya sido determinante, implicará la invalidez de los actos en que los hayan intervenido. Para determinar el alcance de la invalidez y si el acto de selección de los alumnos está incurso en un vicio de nulidad de pleno derecho, por haberse prescindido de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, o anulabilidad, por infracción del ordenamiento jurídico (artículos 62.1,c y 63 LPAC), se ha de considerar las circunstancias concurrentes, partiendo de las dos tenidas en cuenta por el órgano proponente para motivar la nulidad de pleno derecho:

1ª) En el acta no figuran las puntuaciones otorgadas por el grupo mixto de trabajo a cada uno de los candidatos, sino tan sólo el listado de los seleccionados y los reservas, de

lo que parece deducir la ausencia de motivación; sin embargo, sí consta en el expediente la valoración que se efectuó a cada uno de los alumnos en los folios 379 a 381, por lo que estaríamos ante un defecto formal no invalidante de la selección efectuada.

2ª) El segundo motivo que se esgrime, de mayor trascendencia, es que la no abstención de los dos miembros del grupo mixto de trabajo ha afectado al procedimiento para la formación de la voluntad del órgano colegiado, toda vez que, de haberse abstenido ambos concejales, no existiría el necesario quórum para considerar válidamente constituido aquél, haciendo referencia a diversas sentencias del Tribunal Supremo, y entendiendo conculcada una regla esencial para la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Concurre causa de nulidad por vulneración de las normas para la formación de la voluntad de los órganos colegiados cuando la regla de la que se ha prescindido tiene carácter esencial, considerándose tales las que regulan las siguientes fases: convocatoria, quórum de asistencia, deliberación y votación. En la valoración de esta causa la doctrina insiste en que dicha infracción no es meramente formal, ya que implica una infracción del elemento subjetivo del acto, y que para su aplicación no es necesario que se prescinda de todos los trámites esenciales para la formación de la voluntad colegiada, bastando que concurra una vulneración que tenga relevancia decisiva sobre voluntad colegial.

En el presente supuesto, más que el incumplimiento de la normativa de constitución se produce el de la de adopción de acuerdos, pues de haberse abstenido los dos vocales incursos, como era procedente, sólo se habría aprobado la lista de seleccionados con el voto del Presidente (el secretario no tiene derecho a voto), cuando el artículo 26.1 LPAC establece que para la toma de acuerdos se requiere la presencia del Presidente, y la de la mitad, al menos, de sus miembros, al no haberse establecido por dicho órgano un régimen específico de funcionamiento. Pero dicho incumplimiento del necesario *quórum* sólo sería predicable si se hubiera votado el acuerdo de los alumnos seleccionados de forma conjunta, como parece desprenderse de las actas, y no en el supuesto de que se hubiera votado individualmente para cada solicitante, pues en este último caso sí se habría adoptado por la mayoría de los votos, con independencia de la participación del miembro que debía de haberse abstenido por su relación de parentesco.

Por lo tanto, de haberse abstenido dos de los miembros no se podía haber aprobado conjuntamente la lista de seleccionados entre los que se encontraban los dos familiares, por lo que su intervención en este supuesto sí fue determinante o relevante para la adopción del acuerdo en el aspecto cuantitativo, que es un criterio utilizado por el Tribunal Supremo para reconocer la nulidad de pleno derecho (por todas, sentencias de la Sala 3ª, de 25 de febrero de 1995 y de 16 de diciembre de 1999). También los Tribunales Superiores de Justicia, como el de la Rioja (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 23 de octubre de 2000) y de Madrid (Sentencia de la Sección 6ª, de 30 de enero de 1999). En el mismo sentido el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 671/1996, y el Consejo Jurídico Consultivo Valenciano, en su Dictamen núm. 207/2004.

Sin embargo, no puede entenderse viciado de nulidad de pleno derecho el acto de selección respecto a los restantes alumnos que no tenían relación de parentesco, sin que se haya acreditado en el expediente ninguna irregularidad en su elección.

Pero reconocida dicha la nulidad parcial ¿Qué efectos concretos produciría?

Del examen del expediente se concluye que el taller de empleo, que tenía una duración anual, concluyó el 15 de diciembre de 2005, habiéndose abonado la subvención al Ayuntamiento beneficiario (Antecedentes Quinto y Undécimo), con informes previos favorables del presidente del grupo mixto, de fecha 15 de diciembre de 2004 (folio 317) y 28 de junio de 2005 (folio 415). Por otra parte, la propuesta de revisión que se eleva al Consejo Jurídico no se extiende a la resolución por la que se otorga la subvención, a tenor de las actuaciones obrantes en el expediente.

La celebración del taller implica que los alumnos-trabajadores seleccionados han realizado sus tareas, habiéndoseles abonado los salarios correspondientes. Por otra parte, no se ha probado en el procedimiento que las dos alumnas afectadas no tuvieran la puntuación asignada por el grupo mixto para su elección, y tampoco que a los no seleccionados les correspondiera mayor puntuación, aspectos que competía probar al órgano proponente por el principio de facilidad probatoria, sin que haya realizado actividad instructora a este respecto, cuando se tenía incluso la posibilidad de recabar el informe del presidente del grupo mixto, en su condición de personal dependiente del SEF.

Las anteriores circunstancias conducen a este Consejo Jurídico a considerar los límites al ejercicio del derecho de revisión previstos en el artículo 106 LPAC: “Las facultades de revisión 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”. Este es el caso que contemplamos, al igual que lo hicimos en nuestros Dictámenes 84/00 y 132/05, puesto que el acto de selección que se pretende revisar ya se materializó, finalizando el taller y los alumnos elegidos realizaron sus tareas, que en todo caso deben ser compensadas, sin que la instrucción del expediente haya acreditado que los alumnos que se encontraban en la reserva tuvieran más puntuación que los seleccionados. También por resultar contrario al principio de buena fe respecto a los alumnos no afectados por la relación de parentesco.

Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar por parte de los vocales en los que concurría la causa de abstención en los términos establecidos en el artículo 28.5 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se aprecia la causa de abstención por parte de los dos vocales intervinientes en el acto de selección de los alumnos trabajadores (con la observación sobre el acto susceptible de revisión), con los efectos que se recogen en la Consideración Cuarta.

SEGUNDA.- Concurren las circunstancias para la aplicación de los límites del artículo 106 LPAC, por las razones que se recogen en la Consideración Cuarta, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar conforme a lo previsto en el artículo 28.5 de la misma Ley.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 113/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante : Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 26/06/06****Extracto de Doctrina**

Como ha manifestado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos, el núm. 99/2004), la comprobación por la policía a posteriori del accidente de la presencia de un bache, no constituye elemento de juicio suficiente para acreditar la relación de causalidad entre su existencia y los daños por los que se reclama la indemnización.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 4 de febrero de 2004, D. J. M. P. P. presenta escrito donde expone que el día 3 de enero de 2002, sobre las 19 horas, cuando circulaba con su automóvil Citroën Xsara, matrícula X, por la carretera Cañada de la Horta en Cieza, se vio sorprendido por un fuerte golpe en la rueda delantera derecha debido a que la había introducido en un bache existente en la calzada y que en ese momento estaba cubierto de agua. Indica que ese mismo día compareció ante la Policía Local de Cieza poniendo en su conocimiento los hechos ocurridos. Posteriormente, el día 15 de enero de 2002, formuló reclamación ante el Excmo. Ayuntamiento de Cieza, al creer que el vial en el que se produjo el accidente pertenecía a dicha entidad local. Sin embargo, mediante resolución de 31 de octubre de 2002, la citada Corporación Local procedió a desestimar su reclamación basándose para ello en la titularidad autonómica de la vía. Finaliza solicitando que la Administración autonómica se haga cargo de la indemnización que le corresponde por el accidente descrito.

Une a su escrito copia de los siguientes documentos:

- a) Ficha técnica y permiso de circulación del vehículo.
- b) Comparecencias ante la Policía Local de Cieza.
- c) Informes de la Policía Local en los que se recoge el resultado de la inspección ocular del lugar del accidente, y se describe el estado que presentaba la rueda averiada.
- d) Factura de la reparación.
- e) Reclamación presentada ante el Ayuntamiento de Cieza, así como de la resolución de la Comisión de Gobierno recaída en el expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por dicha Corporación Local.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de marzo de 2004 la instructora dirige escrito al interesado por el que le requiere para que mejore la solicitud mediante la aportación de copia compulsada de diversa documentación (DNI y permiso de conducir del reclamante, permiso de circulación 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 el punto exacto en el que ocurrieron los hechos y el sentido de la circulación que llevaba el vehículo, al tiempo que se le insta para que acredite la realidad del suceso mediante testigos de los hechos alegados o atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes.

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 14 de abril de 2004, de la siguiente documentación:

- a) Fotocopia compulsada de su documento nacional de identidad.
- b) Fotocopia compulsada de la documentación acompañada en su momento a la reclamación.
- c) Fotocopia compulsada del permiso de circulación y póliza de seguro correspondientes al automóvil siniestrado.
- d) Declaración de no haber percibido indemnización alguna como consecuencia de los hechos denunciados.
- e) Certificación bancaria indicando su código de cuenta cliente.

Finaliza su escrito solicitando una indemnización de 436,89 euros, por la reparación de la rueda de su vehículo.

TERCERO.- 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 5.700 euros.
- La cantidad reclamada de 436,89 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 informes del Inspector de Conservación y del Jefe de Sección también de Conservación, ambos del Sector de Jumilla, destacándose, a los efectos que aquí nos ocupa, los siguientes extremos:

- La vía en la que se produjo el siniestro pertenece a la red de carreteras de titularidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, aunque los servicios de conservación de carreteras no han *“actuado en ella hasta mediados del año 2003”*, sin que tampoco se haya *“tenido conocimiento de avisos o quejas por deficiencias o necesidades”*.

- En cuanto a la realidad o certeza del evento denunciado se señala que *“que es difícil tener constancia cuando han pasado desde los hechos dos años y tres meses. No obstante, personado en el lugar el día 12 de abril observo que aproximadamente en el lugar donde se indica en el escrito existe un bache parchado por la Brigada de esta Dirección General recientemente (la semana pasada), y que coincide -el bache- con una*

zanja paralela a la calzada a 2,70 metros del eje de la carretera, y donde “duerme” el agua junto a la baldosa al no tener salida ni imbornal”.

- El tramo de la carretera en el que presumiblemente ocurrió el accidente presenta, en la fecha de emisión de los informes (abril 2004), un firme en buen estado, iluminación mediante farolas y una correcta señalización.

- Se destaca lo difícil que resulta admitir que pudiera existir en la vía un socavón de 20 cms. de profundidad, ya que el espesor de la capa de aglomerado en ese punto no es superior a 8 cms.

- Se indica la conveniencia de establecer quién abrió la zanja ya que, al parecer, el socavón que presumiblemente produjo el accidente podría ser el que coincide con las obras de apertura de la zanja.

Se acompañan varias fotos de la carretera en las que se observa la zanja y el bache parchado.

QUINTO.- Con fecha 23 de marzo de 2004 la instructora solicita del Ayuntamiento de Cieza la remisión del expediente 2002/0316, tramitado por la citada entidad local por lo mismos hechos objeto del presente Dictamen, requerimiento que fue atendido mediante escrito de 28 de junio de 2004 al que adjunta el citado expediente, en el que figuran incorporados diversos documentos de entre los cuales cabe destacar los siguientes:

a) Comparecencia del reclamante ante la Policía Local de Cieza a las 19:40 horas del día del accidente, en la que se hace constar *“que a las 19 horas, cuando circulaba por la c/ Cañada de la Horta con su vehículo Citroën Xsara matrícula de X., y al llegar a la altura de las casas de Migaseca donde hay una carpintería, ha sentido un fuerte golpe en la rueda delantera derecha, y que al ver que su vehículo le hacía extraños en la dirección, ha parado a la altura de la discoteca Class, observando que tenía la rueda delantera derecha reventada y la llanta abollada.*

Que se ha desplazado al taller de neumáticos Lucas para que se la sustituyera.

Que al volver a pasar por la zona ha visto que en el lugar hay un agujero en la calzada cubierto por el agua de las lluvias, desplazándose seguidamente hasta estas dependencias para exponerlo, por el peligro y por los daños que al parecer dicho socavón le había producido.

b) Nueva comparecencia que se produce a las 21:55 horas del mismo día, en la que el reclamante manifiesta *“que al indicar el lugar donde se han producido los daños en su vehículo X., se ha equivocado, precisándose que el socavón que le ha ocasionado los daños se encuentra en Cañada de la Horta, frente al nº 39 y frente a las antiguas naves de Penalva”.*

c) Informe del agente núm. 019-27 de la Policía Local de Cieza sobre los daños que presenta la rueda del vehículo siniestrado. Afirma *“que la cubierta presenta rotura en uno de los bordes de la misma, indicando el propietario que el mecánico le ha dicho que quedado inservible, así como también se aprecia que la llanta está un poco deformada en uno de sus bordes”.*

d) Informe del Cabo de la Policía Local de Cieza (núm. de identificación 019.14), en el que se recoge el resultado de la inspección ocular del lugar en el que, según el reclamante, ocurrió el accidente. En él se señala que personados en dicho lugar el citado

Cabo, acompañado del Agente de la misma plantilla, con número de identificación profesional 019.20, observan que *“en la Cl. Cañada de la Horta, n° 39 (Carretera de Madrid) a un metro aproximado del bordillo de la acera, tomando el sentido de circulación dirección a Madrid, hay un socavón, de forma rectangular, de unos 0,90 por 0,30 y de profundidad 0,20 metros aproximadamente, con perfiles puntiagudos. Alrededor del socavón hay trozos de asfalto. Que en el momento de la inspección, la calzada se encontraba mojada y el socavón lleno de agua. La visibilidad es reducida, ya que se encontraba a la salida de una curva sin visibilidad. La iluminación de la calzada es suficiente (alumbrado artificial con farolas eléctricas)”*.

e) Resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cieza desestimando la reclamación, dado que la vía pública en la que se produjeron los hechos es de titularidad autonómica.

SEXTO.- Con fecha 23 de noviembre de 2004 la instructora dirige escrito a la Policía Local de Cieza, solicitando aclaración sobre la aparente contradicción entre las fechas que se hacen constar en las dos comparecencias realizadas por el reclamante; interesando, además, información sobre los siguientes extremos:

- Situación y dimensión del socavón.
- Limitación de velocidad en la vía donde se produjo el accidente.
- Correspondencia entre los daños causados al vehículo y el socavón, con indicación de si atendida la entidad de los mismos, el mencionado obstáculo fue abordado a la velocidad limitada en la zona o, por el contrario, era necesaria una velocidad superior para originar tales daños.
- Posibilidad de percibir el obstáculo con antelación suficiente, teniendo en cuenta las características de la vía, la iluminación en la calzada y el límite de velocidad permitida en la zona.

Tras reiterar el escrito en dos ocasiones (el 23 de noviembre de 2004 y 21 de marzo de 2005), el día 15 de septiembre de 2005 tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito del Sargento Jefe de la Policía Local de Cieza, en el que se ponen de manifiesto las siguientes cuestiones:

1. *“La situación del socavón queda reflejada en el documento con el título, DILIGENCIA INFORME DEL LUGAR DONDE PRESUNTAMENTE SE PRODUJERON LOS DAÑOS, donde igualmente están reseñadas las dimensiones del obstáculo, la visibilidad, etc.*

2. *Respecto al límite de velocidad de la vía donde ocurrió el hecho, no consta en el expediente si bien de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Circulación “la velocidad máxima que no deberán rebasar los vehículos en vías urbanas y travesías se establece, con carácter general, en 50 kilómetros por hora” (Art° 50 -apdo. 1).*

3. *Según consta en el parte de servicio de fecha jueves 3 de enero de 2002 de 14 a 22 horas, a las 19:38 horas del día de la fecha, comparece en las dependencias policiales D. J. M. P. P., y se le toma comparecencia por los daños que manifiesta haber sufrido su vehículo matrícula X., en Cañada de la Horta frente al n° 39 (se adjunta copia).*

Respecto a la comparecencia de fecha 4 de enero a las 19:40 horas, existe un error

ya que la fecha se corresponde con la del día 3 de enero, momento en el que ocurrió el accidente y donde consta por primera vez el lugar en el que D. J. M. P. P., según manifiesta al Agente, sintió el golpe en la rueda delantera de su vehículo (se adjunta copia).

Siendo las 21:55 horas del mismo día (3 de enero), el reseñado se presenta nuevamente en las dependencias policiales y manifiesta que se había equivocado en indicar el lugar donde se había producido los daños en su vehículo, extendiéndose nueva comparencia cuya copia se adjunta”.

SÉPTIMO.- Concedido trámite de audiencia, el interesado envía escrito al que une declaración de D. F. J. M. M., al que identifica como testigo del accidente, con el ruego de su inclusión y toma en consideración. En el escrito suscrito por el Sr. M., al que se acompaña fotocopia sin compulsar de su DNI, se pone de manifiesto lo siguiente:

“Que el día 3 de enero de 2002, circulaba con su vehículo por la calle Cañada de la Horta de Cieza.

Que vio como el vehículo que circulaba delante, Citroën Xsara matrícula X, hacía una maniobra extraña, incluso invadiendo el carril contrario, volviendo de nuevo al carril y parando fuera de la calzada.

Que ante esta maniobra frenó rápidamente, parando su vehículo en el arcén, se acercó para ver lo que había sucedido, informándole el conductor que había notado un fuerte golpe en su parte delantera derecha y había perdido el control del vehículo.

Que pudieron comprobar que la rueda delantera derecha estaba reventada así como la llanta rota.

Que inspeccionada la carretera vieron que había un socavón en la misma cubierto por el agua de lluvia.

Y para que surta los efectos oportunos ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de la Región de Murcia, por el expediente de reclamación patrimonial n° rp-05-04, que se sigue en dicha Consejería, firma la presente en Cieza a quince de noviembre de 2005”.

OCTAVO.- 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.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 8 de marzo 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. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en el Sr. P. P., como propietario de automóvil siniestrado, circunstancia que ha quedado acreditada con la fotocopia compulsada del permiso de circulación que obra en el expediente.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el siniestro de titularidad regional, corresponde a la Administración Regional.

La reclamación se ha presentado dentro de plazo pues, aunque el accidente se produjo el 3 de enero de 2002, y la acción se planteó ante la Administración Regional el 4 de febrero de 2004, el plazo quedó interrumpido al haber interpuesto el interesado reclamación ante el Ayuntamiento de Cieza el día 15 de enero de 2002 (doce días después del accidente), cuya falta de competencia para conocer la misma (por no ser titular de la vía) fue resuelta el 21 de octubre de 2003 y notificada mediante escrito fechado el siguiente día 31 (folio 66 del expediente), en el que figura estampado un “recibí” firmado por la madre del reclamante, en el que no se puede apreciar con claridad el día, aunque sí el mes (noviembre) y el año (2003). La excesiva tardanza en resolver por parte de la Corporación Local no debe ir en perjuicio del reclamante, cuya solicitud no cabría entender como extemporánea, dado que el plazo de prescripción quedó interrumpido al formular su reclamación ante el Ayuntamiento. En este mismo sentido ya nos pronunciamos en el Dictamen 36/1999 en supuesto similar al presente.

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) Una vez más es necesario reiterar el inadecuado uso que la instructora realiza del trámite de mejora de la solicitud en orden a requerir al interesado la aportación al expediente de documentos o datos que aquélla considera necesarios para una adecuada resolución de la solicitud. La doctrina de este Consejo Jurídico es sobradamente conocida por la Consejería consultante, pues ha sido expuesta en numerosos Dictámenes evacuados a solicitud suya, cuyos razonamientos al respecto cabe dar aquí por reproducidos.

3ª) El reclamante con ocasión del trámite de audiencia propone prueba consistente en que se incorpore al expediente declaración del Sr. M. M., en el que éste manifiesta haber presenciado el accidente origen del procedimiento de responsabilidad que nos ocupa. 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 el 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 no se hizo eco de ella. Propuesta la prueba, el órgano instructor, a tenor de lo establecido en el artículo 80 LPAC, viene obligado bien a abrir un período extraordinario de prueba, bien a rechazarla mediante resolución motivada, cuando considere que es manifiestamente improcedente o innecesaria. Desde una perspectiva formal ninguna de estas dos circunstancias se produce. No obstante, resulta evidente que la instructora incorpora la declaración del Sr. M. M. al procedimiento, ya que la propuesta de resolución contiene argumentos tendentes a desmontar el valor probatorio de la declaración del Sr. M. M., al detectarse contradicciones con las manifestaciones del propio interesado. Una adecuada instrucción hubiera exigido citar al testigo para que acreditara fehacientemente su personalidad (la fotocopia del DNI que se acompaña no aparece compulsada) y ratificara su declaración. No obstante, esta defectuosa actividad instructora carece de relevancia en orden a un correcto enjuiciamiento de los hechos, puesto que a lo largo de la tramitación del expediente se ha desplegado una actividad probatoria (incluida la valoración de la declaración del Sr. M.) que acredita una realidad fáctica diferente a la expuesta por el interesado.

4ª) Sugerida por la Dirección General de Carreteras la posibilidad de que el socavón origen del accidente pudiera deberse a la existencia de una zanja presumiblemente abierta para la instalación de un servicio municipal, lo que nos situaría en un posible supuesto de responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas contemplado en el artículo 140.2 LPAC y, más concretamente, del Ayuntamiento de Cieza (titular de la hipotética obra consistente en la apertura de la zanja) y de la Administración regional (titular de la vía y, por tanto, responsable de su mantenimiento), hubiera exigido también, desde la óptica de una adecuada instrucción, que se hubiera oficiado a la citada Corporación Local para que informara sobre la existencia de obras municipales en la fecha y en la zona donde se produjo el accidente, y, para el caso de que su respuesta fuese afirmativa, formulase las alegaciones que estimara procedente en relación con su coparticipación en el hecho causante.

No obstante, al figurar incorporado al expediente el informe evacuado por la Policía Local de Cieza en el que, tras la inspección ocular del lugar de accidente llevada a cabo escasas horas después de ocurrir el siniestro, no se menciona la existencia de obra o zanja alguna, se puede admitir que, de haberse producido éstas, lo fueran en el amplio período de tiempo que ha mediado entre la fecha del accidente (enero de 2002) y la del informe del Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras (abril de 2004).

TERCERA.- La relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño alegado.

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 3^a, 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.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

1) Daño en sus bienes, real, concreto y susceptible de evaluación económica.

El interesado ha acreditado la existencia de daños en el vehículo de su propiedad, y lo ha hecho a través de dos medios: uno, mediante el informe de la Policía Local en el que se describen los desperfectos que presenta la rueda que les exhibe el reclamante, y otro, con la factura de un taller de reparación, expedida el 9 de enero de 2003, en concepto de reparación de llanta y cubierta. De la diferencia observada entre la fecha de reparación indicada por el reclamante (3 de enero) y la de la factura (9 de enero) no puede concluirse, como parece apuntar la instructora en su propuesta de resolución, que la reparación se efectuase este último día 9, ya que es fácil pensar que el servicio (e incluso el pago) se produjeran en un momento determinado (el del accidente) y la factura se extendiera en otro posterior.

2) Existencia del bache en la vía donde se alega sufrido el accidente.

También considera el Consejo Jurídico que ha quedado constatado el hecho de la existencia del bache de considerables dimensiones al que se refería el reclamante. Al respecto se señala que si bien aparecen incorporados al expediente datos e informes aparentemente contradictorios, habría que estar a lo indicado por la Policía Local y, por ende, tener como cierta la presencia de dicho socavón. En efecto, este informe se emite después de haber procedido a una inspección ocular del lugar tan sólo tres horas después de la que el reclamante señala que se produjo el siniestro, y en ese momento se comprueba que *“a un metro aproximado del bordillo de la acera, tomando el sentido de circulación dirección a Madrid, hay un socavón, de forma rectangular, de unos 0,90 por 0,30 y de profundidad 0,20 metros aproximadamente”*. Sin embargo, el informe de los técnicos de la Dirección General de Carreteras se evacua dos años y cuatro meses después, y, por lo tanto, se basa en hipótesis y conjeturas que no consiguen enervar la fuerza probatoria del primer informe.

3) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

Sin embargo, el reclamante no ha podido probar que la causa de los daños alegados se encuentre en la denunciada existencia del socavón en la calzada y, por tanto, sea imputable al servicio de conservación de carreteras, sin que exista ningún dato verificado que relacione los daños alegados con dicho socavón, pues, como ha manifestado este

Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos, el núm. 99/2004), la comprobación por la policía *a posteriori* del accidente de la presencia de un bache, no constituye elemento de juicio suficiente para acreditar la relación de causalidad entre su existencia y los daños por los que se reclama la indemnización.

A lo anterior se suman una serie de circunstancias que abundan en la falta de acreditación de la necesaria relación de causalidad entre la omisión del deber de conservación de las carreteras por parte de la Administración regional y el evento lesivo:

a) El interesado incurre en una serie de contradicciones tanto a la hora de narrar lo sucedido, como de indicar el sitio exacto en el que se produjo el siniestro (llega al punto de rectificar el lugar que había señalado en su primera comparecencia, mediante una segunda que se produce tan sólo dos horas después de la primera).

b) En ningún momento (comparecencias ante la Policía Local o escritos de reclamación formulados ante el Ayuntamiento de Cieza y ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte) alude el reclamante a la existencia de otra u otras personas que hubiesen presenciado el siniestro. Es más, como acertadamente indica la instructora en su propuesta de resolución, cuando se le requiere expresamente para que indique si hubo testigos, proporcionando, en caso afirmativo, sus nombres y direcciones, nada informa sobre ello en su escrito de comparecencia (folio 53). Sin embargo, con posterioridad, aporta la declaración de una persona que presuntamente ha presenciado los hechos, pero cuya versión de los mismos difiere de la mantenida por el interesado en su reclamación y en su comparecencia ante la Policía Local de Cieza.

c) El reclamante no procede a comunicar el siniestro a la Guardia Civil o a la Policía Local inmediatamente de ocurrir los hechos y antes de mover su vehículo. La conveniencia de este comportamiento no constituye, en el estado actual de facilidad de las comunicaciones, una carga excesiva (así lo afirma el Consejo Jurídico en un supuesto similar al presente, en su Dictamen núm. 148/2004). Frente a esta omisión, será necesario que concurran otras circunstancias de muy especial consistencia que lleven a la convicción de la ocurrencia del accidente tal y como lo relata el reclamante, y que aquél es causa eficiente de los daños por los que reclama, sin que, en el caso que nos ocupa, las circunstancias alegadas por el reclamante sean indicios lo suficientemente concluyentes para tener por cumplidamente acreditados los hechos en que basa su pretensión.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en tanto no se ha acreditado el nexo causal entre el daño alegado y el servicio público regional de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá

DICTAMEN 114/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. S. S., en nombre y representación de su hija menor de edad A. L. S., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/07/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen num. 24.

DICTAMEN 115/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. T. M. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. S. M., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 03/07/06

Extracto de Doctrina

Los hechos guardan necesaria relación causal con el servicio público docente en el supuesto de que el daño sufrido por el menor se produjera como consecuencia de una agresión intencionada de un condiscípulo en el transcurso de una pelea que se produce dentro del horario lectivo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 6 de junio de 2003, la Directora del Colegio Público “Sagrado Corazón de Jesús” de Lorca remite comunicación de accidente escolar ocurrido el 20 de mayo anterior, al alumno J. S. M., durante el recreo, sufriendo rotura del incisivo superior derecho y daños en incisivo superior izquierdo. Describe lo ocurrido del modo siguiente:

“Durante el periodo de recreo durante la realización de actividades lúdicas sufrió una caída, según manifiesta el alumno, provocada por un empujón de un compañero ocasionándole los mencionados daños”.

En el apartado observaciones anota que, en todo momento, el recreo estuvo atendido por las dos profesoras de guardia y que el recinto es de dimensiones reducidas.

SEGUNDO.- D. T. M. G., madre del menor, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial el 20 de junio de 2003 (registro de entrada), en impreso normalizado, acompañando un informe médico y un presupuesto de dos odontólogos, de 22 de mayo de 2003, desglosado en las siguientes partidas:

- Restauraciones: 45 euros cada una.
- Desvitalización de incisivo: 98 euros cada uno
- Corona cerámica (cuando cumpla los años): 240 euros.

TERCERO.- Con fecha 5 de febrero de 2004, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, siéndole notificada la resolución a la reclamante.

CUARTO.- De la misma fecha es la petición a la interesada para que acredite la representación del menor accidentado mediante fotocopia compulsada del Libro de Familia, siendo cumplimentado el 17 de febrero de 2004.

QUINTO.- El 3 de octubre de 2005 el instructor solicita informe al Director del Centro Escolar sobre los hechos ocurridos, quien manifiesta lo siguiente (folio 16):

“Que el día veinte de mayo de dos mil tres J. S. M., alumno de este centro, nacido el nueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres y que cursaba estudios de 5º nivel de Educación Primaria sufrió una caída provocada por empujón de un compañero a las once horas quince minutos en el patio del recreo, en presencia de los profesores de guardia D.. G. R. L. y D.. M. C. R., ocasionándole rotura del incisivo superior derecho y daños en incisivo superior izquierdo que eran piezas definitivas y tener que proceder a su reconstrucción (...)

Por parte de la Dirección del Centro, una vez realizadas las pertinentes indagaciones, se indicó que en todo momento el recreo estuvo atendido por las personas mencionadas y que el recinto era de dimensiones reducidas”.

SEXTO.- Con fecha 10 de octubre de 2005 se dirige oficio a la interesada, comunicándole la apertura del trámite de audiencia al objeto de que pudiera examinar el expediente y formular alegaciones, presentando las siguientes:

“1º. El curso en el que esto sucedió era 4º de Educación Primaria y no 5º de Educación Primaria.

2º. En el momento en que los hechos ocurrieron, los profesores que estaban de guardia ese día, no se acercaron al niño (mi hijo).

3º. Mi hijo fue el que comunicó a la directora que le habían roto una de las palas y que le dolía mucho la boca. Después la directora lo llevó a los aseos para curarlo y le dijo que habría sido jugando, y el contestó que no, que había sido A. M. A. M..

4º. A mí se me informó de lo sucedido cuando fui a recogerlo a las dos.

5º. El niño me explicó que él se había caído y al incorporarse el otro niño anteriormente citado se sentó en su cabeza y esta dio con la boca y la barbilla en el suelo.

6º. *Estando en clase el niño A. M. reconoció ante los compañeros que él lo había hecho.*

Por consiguiente ruego tengan en cuenta que a consecuencia de un empujón, es imposible que se produzcan los daños que describen los odontólogos Dr. J. L. G. U. y D.. M. E. L. B., en su informe”.

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de febrero de 2006, se acuerda por el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura el cambio de instructor del expediente, que es notificado a la interesada el 27 siguiente.

OCTAVO.- Con fecha 5 de abril de 2006 (notificada el 10 siguiente), se le otorga un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, según consta en los folios 30 a 32 del expediente.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 16 de mayo de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no existir nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

DÉCIMO.- Con fecha 24 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 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, sin que se aprecien carencias formales esenciales. No obstante, sí debe llamarse la atención acerca de la amplísima superación del plazo máximo que para resolver y notificar este tipo de procedimientos señala el artículo 13.3 RRP, sin que del expediente se deduzcan elementos o factores que pudieran justificar esa excesiva dilación en resolver.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, y ha sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, 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 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.

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 falta de conformidad del Consejo Jurídico con la propuesta desestimatoria formulada por la instructora. En efecto, se afirma por ésta que los daños se producen de forma accidental, *“mientras los alumnos se encontraban en el recreo cuando un compañero del lesionado le dio un empujón tal y como se desprende del informe emitido por el Director del centro, por tanto, la actuación administrativa es indiferente a la producción de daño (...)*. También se afirma que el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre daños producidos por agresiones, declarando que no se consideran indemnizables los daños derivados de zancadillas, sin que la reclamante haya probado la versión de los hechos que relata.

Ciertamente el Consejo de Estado se ha manifestado en este sentido en varios Dictámenes (1.581/2001 y 1.327/2003, entre otros), pero en ellos aparece una circunstancia común que se concreta en el hecho de que dicha acción se produce de forma involuntaria cuando los menores se encuentran inmersos en actividades lúdicas o físicas, tales como recreo o clase de educación física, y, por lo tanto, carecen de carácter agresivo. Cuando las características que rodean al hecho varían, también lo hace el criterio del Consejo de Estado, que ha admitido la existencia de relación de causalidad cuando el daño se produce como consecuencia de una agresión física por parte de un compañero de clase (por todos Dictámenes núms. 934/2004 y 945/2001).

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa el alumno accidentado, de corta edad (10 años), sufrió un daño como consecuencia de un empujón de un compañero durante el

recreo, según recoge la Directora del centro, quien no concreta las circunstancias en que se produjo el accidente escolar, pese a ser requerido para ello por el instructor del expediente aunque tardíamente (dos años después de que ocurriera). Por el contrario, la reclamante, madre del menor, aporta una serie de circunstancias en el escrito de alegaciones, de 20 de octubre de 2005 (folio 25), que evidencian que el daño se pudo producir en el seno de una agresión unilateral “*el niño me explicó que él se había caído y al incorporarse el otro niño anteriormente citado se sentó en su cabeza y esta dio con la boca y la barbilla en el suelo*”, señalando que a consecuencia de un empujón es imposible que se produzcan los daños que describen los odontólogos. Aporta el nombre del compañero causante del daño, manifestando que éste reconoció ante los compañeros su autoría. A lo anterior añade que los profesores que estaban de guardia no se acercaron al niño, y que fue su hijo quien le comunicó a la Directora del centro que le habían roto una de las palas y que le dolía mucho la boca, llevándole a los aseos para curarle, diciéndole también quien había sido el causante.

Sin embargo, el órgano instructor, en lugar de comprobar la versión de los hechos dada por la progenitora, no realiza actividad instructora complementaria y se limita a recoger en la propuesta de resolución, formulada seis meses después, que la reclamante no prueba tales afirmaciones, olvidando que es al instructor a quien compete realizar los actos de instrucción que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como prescribe la LPAC en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio, como señalamos en la Memoria correspondiente al año 1999.

Trascurridos tres años desde la presentación de la reclamación, y más, desde de la producción de hechos, teniendo en cuenta la pasividad de la instrucción para determinar las circunstancias concurrentes, el Consejo Jurídico, a la hora de resolver, ha de valorar la distribución de la carga de la prueba y hasta dónde ha llegado la diligencia probatoria de cada una de las partes en función de sus posibilidades (artículo 217.6 LEC), y en el presente caso correspondía al centro escolar aclarar las circunstancias en las que se produjo el accidente y cuestionar, en su caso, la versión dada por la reclamante. Tampoco se aclara por el centro escolar la razón por la que las dos profesoras de guardia no acudieron en auxilio del menor, si es que se percataron de lo sucedido, cuando el recinto es de dimensiones reducidas, según el informe de la Directora, a quien acudió el menor accidentado de acuerdo con lo indicado por la reclamante.

Estos antecedentes evidencian una ausencia probatoria de la Administración que conducen a la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haber demostrado una actitud activa en acreditar los fundamentos de que su actuación fue adecuada al estándar admisible de funcionamiento del servicio (Memoria, ya citada, correspondiente al año 1999).

A mayor abundamiento, se trata de daños que se producen dentro del horario lectivo y que el alumno no está obligado a soportar, de conformidad con lo previsto en el artículo 141.1 LPAC.

El Consejo Jurídico se ha pronunciado en tal sentido en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 126/2004), al estimar que concurren los requisitos legalmente establecidos para considerar que los hechos guardan necesaria relación causal con el servicio público docente, en el supuesto de que el daño sufrido por el menor se produjera como

consecuencia de una agresión intencionada de un discípulo en el transcurso de una pelea que se produce dentro del horario lectivo.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

La reclamante ha aportado un presupuesto inicial de dos odontólogos, que se ha desglosado en el Antecedente Primero, aunque en realidad no concreta a la fecha de la reclamación el *quantum* indemnizatorio (se habla de cada una de las restauraciones, pero, por ejemplo, no especifica cuántas son las realizadas al menor), correspondiendo su probanza a quien reclama, que debería haber aportado la documentación acreditativa de los gastos efectivamente desembolsados.

En ausencia de ello, se ha de acudir al informe médico que acompaña, del cual se infiere, de las tres partidas reclamadas, que al alumno se le ha realizado la restauración coronaria respecto a la fractura del incisivo central superior izquierdo, cuantificada en 45 euros en el presupuesto. Respecto a las que en el futuro deba practicarle hasta que el menor alcance los 18-20 años, el informe las considera, en el momento de su emisión, como hipotéticos, desprovistos de certeza, y por tanto no se puede sostener la efectividad del daño, como exige el artículo 139.2 LPAC. Lo mismo ocurre con las dos restantes partidas, puesto que la desvitalización de algún incisivo (98 euros cada uno) las considera como no descartables aunque (sic) “a la fecha de hoy no apreciamos complicación pulpar por el trauma”. En el mismo sentido tampoco se puede hablar de efectividad del daño respecto a la corona cerámica (240 euros), que se prevé cuando cumpla el menor los años.

Por otra parte, respecto a la fisura horizontal en el incisivo central superior derecho, el informe únicamente manifiesta que puede tener consecuencias en el tiempo, pero sin mayor concreción.

A la vista de lo expuesto, la reclamante, a quien incumbía, sólo ha acreditado en el expediente, hasta el momento, los 45 euros correspondiente a la restauración (sin perjuicio de la actualización que corresponda conforme al artículo 141.3 LPAC) ya que, en el caso de los daños futuros, se consideran daños desprovistos de certeza lo que no excluye que sean reclamados en su momento si fueran efectivos (artículo 139.1 LPAC), pues la acción queda abierta hasta que se concrete el alcance de la secuela, según indicamos en nuestros Dictámenes núms. 73/2002 y 15/2006.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, por cuanto concurren razones para apreciar la responsabilidad de la administración ante su pasividad probatoria.

SEGUNDA.- Los gastos efectivamente acreditados ascienden a 45 euros (Consideración Cuarta), sin perjuicio, para el caso de daños continuados, de los que puedan ser reclamados cuando sean efectivos por las razones que se recogen también en la precitada Consideración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 116/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. M. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 03/07/06

Extracto de Doctrina

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, poniendo de relieve la jurisprudencia el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 1999).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2004, las hermanas D. J. y D. E. M. O. presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (en adelante SMS), por la muerte de su madre, D. I. O. H., que imputan a la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Según las reclamantes, su madre, de 67 años de edad, sintió un dolor torácico el 27 de enero de 2003, por lo que acudió al Hospital "F. C." donde fue atendida por el Dr. F. M.-B., especialista de pulmón y corazón, quien solicitó un ecocardiograma que le fue practicado el 25 de abril de 2003.

El 4 de noviembre de 2003 la Sra. O. se despierta con intenso dolor precordial irradiado a MSI (miembro superior izquierdo) y cuello, con cortejo vegetativo e inicialmente disnea, cediendo en 30 minutos con CFN (Cafinitrina). Durante las horas siguientes, recurrencia en varias ocasiones del dolor (quedando leves molestias entre las crisis), por lo que acude al H. C.. En el ECG se objetiva descenso de S-T en cara anterior, Rx de tórax con imágenes de insuficiencia cardiaca y elevación de CPK (Creatinfosfoquinasa) y Troponina T, decidiendo el traslado a Hospital General Universitario de Murcia, previa consulta, con el diagnóstico de IAM (Infarto Agudo de Miocardio).

Tras el tratamiento la paciente se normaliza, aunque al retirar nitroglicerina reaparece el dolor anginoso, por lo que se solicita cateterismo cardiaco preferente, en el que se objetiva lesión severa de tres vasos (DA lesión ostial 90%, DA media 85%, Cx proximal 80%, CD distal 90%, 1ª diagonal 80%), con posibilidad de revascularización quirúrgica, por lo que se presenta en sesión de cirugía cardiovascular el 13 de noviembre de 2003, decidiendo revascularización con mamaria a DA (descendente anterior).

El 16 de noviembre es alta en el Servicio de Medicina Intensiva del Hospital General Universitario con los siguientes diagnósticos: IAM posteroinferior, Insuficiencia cardiaca Killip II-III, FEVI (fracción de eyección del ventrículo izquierdo) deprimida (30%), Angor postinfarto con cambios ECG y lesión severa de tres vasos.

Trasladada al Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, es intervenida el 17 de noviembre, realizándose By-pass aortocoronario de safena a DA media, con CEC (circulación extracorpórea) durante 38 minutos.

A partir de la intervención la evolución fue mala, con insuficiencia cardiaca refractaria a tratamiento con aminos presoras, vasodilatadores y balón de contrapulsación intraaórtico, complicándose con sepsis y dehiscencia esternal, falleciendo el 24 de noviembre de 2003.

Para las reclamantes, la enferma presentaba tres factores de riesgo cardiacos conocidos: Diabetes tipo II, hipertensión y 67 años de edad, que en enero de 2003 ya tenía una enfermedad coronaria (el dolor anginoso es el síntoma más característico de la cardiopatía isquémica y es manifestación de la isquemia miocárdica).

A la paciente se le practicó una ecocardiografía como prueba complementaria, pero para valorar la extensión y severidad de la isquemia miocárdica y establecer un pronóstico con vistas a la toma de las decisiones terapéuticas pertinentes, se le debió de practicar una prueba de esfuerzo, y en caso de dificultades técnicas (como problemas ortopédicos o de adaptación, como podría ser el caso de una paciente intervenida de rodilla), la realización de estudios de perfusión con técnicas de cardiología nuclear o ECO de estrés.

“La realización de dichas pruebas en los primeros meses de 2003, habría evidenciado que padecía una cardiopatía isquémica y aconsejado la decisión de tratamiento de revascularización mediante angioplastia (dado que en ese momento la fracción de eyección ventricular era del 62%), lo cual hubiera podido evitar la aparición de la cardiopatía isquémica aguda en noviembre de 2003”.

De lo expuesto, las reclamantes deducen que la enferma no fue atendida correctamente por parte del facultativo que la asistió en C., ya que:

“- Padecía una cardiopatía isquémica en enero de 2003.

- Lo indicado, conforme a la guía de práctica clínica de la Sociedad Española de Cardiología, hubiese sido la realización de pruebas complementarias para valorar la extensión y severidad de la isquemia miocárdica y establecer un pronóstico con vistas a la toma de las decisiones terapéuticas pertinentes, contemplando otras opciones distintas al tratamiento conservador, tales como la revascularización mediante angioplastia.

De haberse utilizado estos medios diagnósticos y detectada la presencia de lesión vascular coronaria y como consecuencia de ello haber realizado las oportunas decisiones terapéuticas de revascularización, se hubiera podido evitar la aparición de la cardiopatía isquémica aguda en noviembre de 2003 y como consecuencia el fallecimiento de D. I. O. H.”.

En consecuencia, consideran que los servicios sanitarios no adecuaron su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad, que deben regir la actividad de los servicios del sistema de salud, tal y como dispone el artículo 7 de la Ley General de Sanidad, por lo que solicitan ser indemnizadas con 78.993 euros, en aplicación del sistema para la valoración de los perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incrementadas las cantidades resultantes en un 50%.

Acompaña a la reclamación la siguiente documentación:

- Poder de representación procesal otorgado por las reclamantes a favor de Procuradores y Letrado.

- Informe del Dr. D. F. M.-B., de fecha 11 de diciembre de 2003.

- Informe de Ecocardiografía de 25 de abril de 2003.

- Informe de alta en el Servicio de Medicina Intensiva del Hospital General Universitario, de 16 de noviembre de 2003.

- Informe de alta por *exitus* del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, de 24 de noviembre de 2003.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución de la Directora 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 tres Hospitales (F. C., General Universitario y Virgen de la Arrixaca) en los que fue atendida e informe de los profesionales que la asistieron.

- Por parte del Hospital General Universitario, se remite historia clínica e informe del Dr. P. S., quien se limita a ratificar el de alta en el Servicio de Cuidados Intensivos, de fecha 16 de noviembre de 2003.

- La Fundación H. C. remite asimismo copia de la historia clínica e informe del Dr. D. F. M.-B., que se expresa en los siguientes términos:

“Atendí a dicha paciente, el 27 de enero de 2003, en el Centro de Especialidades ubicado en la Fundación H. C.. La paciente de 67 años de edad relataba clínica de dolor en la zona anterior del cuello y en precordio, el dolor aparecía al andar y también en reposo.

Como antecedentes personales tenía diabetes mellitus e hipertensión arterial. Además una intervención quirúrgica el 7 de octubre de 2002 de artroplastia total de sustitución de rodilla izquierda. Se le realizó un electrocardiograma, que mostró ritmo sinusal y bloqueo completo de la rama izquierda del haz de His. Ante esta clínica y el hallazgo electrocardiográfico, se prescribió a la paciente: Adiro 100, un comprimido cada 24 horas. Dermatrans 10, un parche de 8 a 24 horas y Cafinitrina si presentaba dolor torácico. Además se le recomendó que acudiera al Servicio de Urgencias de la Fundación H. C. si presentaba dolor torácico y no desaparecía con la toma de Cafinitrina. Se desistió de realizar ergometría por la presencia de bloqueo de rama izquierda, que hace no valorable dicha prueba diagnóstica y por cierta incapacidad funcional de la paciente. Se optó por pedir un ecocardiograma que demostró una fracción de eyección del ventrículo izquierdo de 0.62 y por tanto buena función ventricular izquierda, sin alteraciones de la movilidad parietal sistólica.

Como la paciente presentaba crisis esporádicas de dolor torácico que se controlaban con Cafinitrina, y dado que el rendimiento del ventrículo izquierdo es el factor predictivo más potente de supervivencia a largo plazo de los pacientes con coronariopatía, se optó por continuar el tratamiento médico descrito, añadiendo Cardiser Retard 120, una cápsula cada 12 horas y recomendándole a la paciente revisiones periódicas en la consulta.”

- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remitió copia de la historia e informe del Dr. C. M. que manifiesta:

“la paciente presentaba cardiopatía isquémica confirmada con cateterismo cardíaco de fecha 11-11-2003 indicando la posibilidad de revascularización exclusivamente de la DA (descendente anterior). Fue presentada en sesión médico-quirúrgica siendo aceptada para dicho procedimiento.

El día 17-11-2003 se realiza bajo anestesia general y sin isquemia cardiaca By-pass aortocoronario a arteria DA. El proceso quirúrgico tal y como se refleja en el informe quirúrgico al respecto no presentó incidencia alguna digna de mención”.

CUARTO.- Las interesadas interponen recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación, seguido ante la Sala de dicho orden del Tribunal Superior de Justicia de Murcia como Procedimiento Ordinario número 473/2005. Consta en el expediente providencia dictada por la referida Sala el 31 de octubre de 2005, por la que se requiere al SMS la remisión del expediente administrativo y el emplazamiento de los interesados.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 18 de enero de 2006, con las siguientes conclusiones:

“ 1. La asistencia prestada a D. I. O. H. fue adecuada a su situación clínica valorada individualmente.

2. Existía una cardiopatía isquémica valorada con pruebas de funcionalidad cardiaca y tratada conforme a las recomendaciones actuales de la medicina basada en la evidencia.

3. No era preciso evidenciar la existencia de cardiopatía isquémica mediante la realización de pruebas. La realización de éstas habrían aconsejado, o no, la realización de angioplastia.

4. No existe evidencia de que la angioplastia reduzca el riesgo completo de IAM o muerte con angina inestable”.

El informe propone la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, comparece un representante de las reclamantes, que retira copia de diversa documentación obrante en el expediente. Ni éstas ni la compañía de seguros del SMS presentan alegaciones ni documento alguno en el plazo concedido al efecto.

SÉPTIMO.- El 26 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.

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 15 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, 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 las hijas de la fallecida, quienes se consideran perjudicadas 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.

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien es cierto que la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en el H. C., cuya forma jurídica es fundacional, ello no es obstáculo para trasladar la responsabilidad a la entidad titular del servicio sanitario que en dicho centro se presta, el SMS, siendo la Fundación H. C. una vía descentralizada de prestación del servicio asistencial público, asignado por la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia al referido Ente Público (artículos 23 y 24).

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.

Las reclamantes sitúan la inadecuada asistencia sanitaria prestada a su madre en la decisión del Dr. F. M.-B., quien ante la cardiopatía isquémica que presentaba la paciente en enero de 2003, se limita a practicar una ecocardiografía, cuando lo indicado, según la guía de práctica clínica de la Sociedad Española de Cardiología, habría sido la realización de otras pruebas complementarias, para valorar la extensión y severidad de la isquemia miocárdica y establecer un pronóstico en orden a la toma de las decisiones terapéuticas pertinentes. Entre éstas, y como opciones distintas al tratamiento conservador instaurado, apuntan la procedencia de una revascularización mediante angioplastia, lo que habría evitado la cardiopatía isquémica aguda en noviembre de 2003 y la consecuente muerte de la enferma. Afirman, además, que de haberse efectuado la referida revascularización, el pronóstico habría sido muy favorable, dada la situación que presentaba la paciente en abril de 2003, fecha en que se realiza la ecocardiografía, pues todavía no había sufrido un infarto, conservando el ventrículo una buena función sistólica (fracción de eyección del 62%).

En consecuencia, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, pues su antijuridicidad y el nexo causal entre aquél y el funcionamiento de los servicios públicos vendrían determinados, según las reclamantes, por la instauración de un inicial tratamiento conservador y el consiguiente retraso en efectuar una revascularización que, de haberse llevado a efecto antes, hubiera evitado la muerte de la paciente. Todo ello, a su vez, vino causado por la no realización de pruebas complementarias (prueba de esfuerzo, estudios de perfusión con técnicas de cardiología nuclear o ECO de estrés) en los primeros meses de 2003.

La determinación, por tanto, de si la realización de las pruebas complementarias habría llevado a tomar una decisión diferente de la que se tomó, sustituyendo el tratamiento conservador por una revascularización, y si la temprana realización de ésta habría evitado la muerte de la paciente, 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)-, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial, poniendo de relieve la jurisprudencia el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, 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 las dolencias que presenta la paciente y la tórpida evolución de la enfermedad hasta su muerte, pues si bien ello permite considerar acreditado el daño, no prueba que éste derive de las asistencia prestada ni de la supuesta tardanza en efectuar la revascularización.

Ante la mínima actividad probatoria de las reclamantes, quienes se limitan a proponer prueba documental, consistente en las historias clínicas de los tres hospitales donde fue atendida su madre en el curso de su enfermedad, las únicas valoraciones técnicas de la asistencia prestada por los facultativos intervinientes vienen constituidas por el informe de la Inspección Sanitaria.

De acuerdo con éste, y contrariamente a lo afirmado por las reclamantes, el ecocardiograma realizado fue útil para valorar la extensión y severidad de la isquemia miocárdica. Se desistió de realizar una ergometría por la existencia tanto de un bloqueo completo de la rama izquierda (que hace no valorable dicha prueba diagnóstica) como cierta incapacidad funcional de la paciente. Para prescribir otros procedimientos diagnósticos, continúa el informe, se valoró el rendimiento del ventrículo izquierdo y el buen control de la clínica con el tratamiento médico, decidiendo mantener el tratamiento conservador con revisiones periódicas en consulta.

Frente a la alegación de que la realización de pruebas habría evidenciado que padecía una cardiopatía isquémica y aconsejado la angioplastia, lo que habría evitado la cardiopatía isquémica aguda en noviembre de 2003, la Inspección afirma que *“ya existía un diagnóstico clínico de cardiopatía isquémica, y aun sabiendo que la angioplastia transluminal percutánea es más efectiva para aliviar la angina de pecho y la isquemia*

miocárdica, en comparación con el tratamiento médico, hay que tener igualmente en cuenta que se asocia con un riesgo aumentado de IAM durante y después del procedimiento, emergencias que requieren bypass y repetición del procedimiento por reestenosis. Los ensayos, además, no han encontrado evidencia de que la angioplastia reduzca el riesgo completo de IAM o muerte en pacientes con angina inestable”.

De las referidas consideraciones cabe inferir que: a) las pruebas pretendidas por las reclamantes no habrían ayudado en la determinación del diagnóstico de cardiopatía isquémica, que ya se había alcanzado con la ecocardiografía practicada; y b) tampoco se acredita que, de haberse realizado las pruebas complementarias, el tratamiento habría sido necesariamente distinto, pues al momento de instaurarse el conservador se desecharon alternativas terapéuticas más agresivas en atención a la relación riesgo-beneficio que presentaban uno y otras, considerando, además, que no existen evidencias científicas de que la realización de la angioplastia en un momento temprano de la enfermedad hubiera evitado la muerte de la paciente, tal y como concluye el informe de la Inspección Médica, según el cual, la asistencia prestada a la enferma fue adecuada a su situación clínica valorada individualmente.

Frente a dichas conclusiones médicas las reclamantes únicamente oponen la prueba documental, consistente en la historia clínica existente en cada uno de los tres hospitales en que su madre fue atendida. 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 de la 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 desgraciado fallecimiento de la madre 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, 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 117/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. M. T., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 10/07/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 118/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. I. M. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 10/07/06

Extracto de Doctrina

Los resultados lesivos no pueden atribuirse a la Administración sanitaria cuando son consecuencia de la evolución de las propias patologías que presenta el paciente (Dictamen núm. 81/2006 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 6 de mayo de 2004, D. I. M. G. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria recibida en el Servicio de Urgencias de Atención Primaria (SUAP) de Archena y en el Hospital Morales Meseguer, durante los días 16 y 17 de mayo de 2003. Expone lo siguiente:

En fecha 16 de mayo de 2003, tras realizar un esfuerzo, sintió malestar epigástrico, náuseas, vómitos y sudoración, acudiendo a Servicio de Urgencias de Archena donde le diagnosticaron epigastralgia.

Al día siguiente, a las 4 de la madrugada, al persistir las molestias, se dirigió al Hospital Morales Meseguer de Murcia, donde le realizaron una exploración física y analítica que resultó normal, y se le dio alta médica a las 7 de la mañana del mismo día, al desaparecerle la clínica momentáneamente.

Al volver a aparecer el mismo malestar, se dirigió de nuevo al SUAP de Archena, donde se le realizó un electrocardiograma, observando un ascenso de S.T. en cara inferior, y se le remitió al Hospital Universitario Morales Meseguer de Murcia, donde confirman los hallazgos electrocardiográficos y el movimiento enzimático propio de un infarto de miocardio de 24 horas de evolución, por lo que ingresó en la UCI.

El 24 de mayo se le realizó un estudio coronariográfico y, tras un periodo de observación, se le envía a planta para continuar tratamiento.

Imputa al servicio sanitario público que, ante la sintomatología que presentaba, se le tenía que haber hecho desde el primer momento un electrocardiograma (ECG) que le hubiera detectado con antelación el infarto de miocardio, lo que hubiese minorado sus efectos, e incluso prevenirlo. A results de la asistencia recibida manifiesta que tiene que llevar una vida sedentaria, que no requiera esfuerzos, debiendo seguir un régimen estricto, presentando una disfunción de VI severa, y coronariografía con lesión en CD media que no es posible revascularizar.

Solicita una indemnización total de 40.000 euros, por los daños ocasionados por dicha asistencia (30.000 euros), y por los morales que le produjo dicha actuación (10.000 euros).

SEGUNDO.- Por la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó resolución de admisión a trámite, que fue notificada a las partes interesadas, entre ellas a la aseguradora del ente público a través de la correduría de seguros.

Admitida a trámite la reclamación, se requirió al interesado para que subsanara la solicitud inicial, aportando la proposición de prueba, y concretando los medios de los que pretendía valerse y, mediante escrito de 1 de junio de 2006, propuso la testifical de D. C. L. G..

Al mismo tiempo el órgano instructor solicitó a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia (SUAP de Archena), y al Hospital Universitario Morales Meseguer, copia de la historia clínica del reclamante, e informes de los facultativos que le atendieron.

TERCERO.- Desde la Gerencia de Atención Primaria de Murcia se remitió copia de la historia clínica del reclamante (folios 19 a 35), acompañada de un oficio de la Coordinadora Médico del Centro de Salud de Archena, que concluye:

“A la vista del cuadro clínico que presentaba el paciente en el momento de ser atendido en el SUAP no se podía suponer de modo explícito que se tratara de un infarto agudo de miocardio”.

Dicho cuadro clínico es descrito en el informe elaborado por el facultativo que asistió al reclamante (folio 20), que también se acompaña, en el que se expone lo siguiente:

“Motivo de la consulta: se encuentra mareado. Antecedentes personales: tratamiento con antidiabéticos orales, roname, sin otro tratamiento ni alergias médicas conocidas.

Exploración: paciente que presenta mareos. B.E.G. no fatiga. T.A. 105/65. Glucemia: 331 mg/dl. Acp: Mvn. Eupneico. No disnea, no fatiga, no-dolor torácico, no-opresión precordial, no-cuadro vegetativo. Diagnóstico: cuadro mareo.

Tratamiento: se le inyecta 8 U.I de Actrapid (insulina), más Orfidal sublingual.

A continuación se remite a su domicilio con la recomendación de volver al SUAP si continúa con el proceso”.

CUARTO.- Consta la historia clínica del reclamante en el Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia (folios 39 a 163). También se indica por el Director Gerente del citado Hospital, cuando remite el historial, que se acompaña un informe del Jefe de Servicio de Urgencias, de 27 de julio de 2004, que no obra en el expediente, aunque sí es reproducido en el resumen de actuaciones y en la propuesta de resolución.

QUINTO.- Solicitado informe a Inspección Médica, ésta tras valorar la historia clínica y documentación contenida en el expediente, concluye en el siguiente juicio clínico (folios 167 a 173):

“Se constata que D. I. M. G. acudió en tres ocasiones a los Servicios de Urgencias, refiriendo mareos, dolor abdominal y vómitos. El Hospital Morales Meseguer refirió en enfermedad actual, pirosis y trasgresión dietética.

En las exploraciones realizadas no se observó ningún signo sugestivo de cardiopatía isquémica: buen estado general, auscultación cardiopulmonar normal, movimientos respiratorios normales, cifras de PA dentro de la normalidad, no cortejo vegetativo, a excepción de hiperglucemia.

No se apreció la semiología típica de cardiopatía isquémica: palidez, diaforesis, angustia, ni dificultad respiratoria, ni reconoció en la anamnesis dolor u opresión precordial, o irradiación del dolor epigástrico, o inicio de la sintomatología “tras esfuerzo”, que refirió por primera vez, ya al ingreso en la UCI del Hospital Morales Meseguer.

La mejoría de la sintomatología, tras la administración de los tratamientos instaurados, no obligó a plantearse otras posibilidades diagnósticas a los profesionales implicados.

Por el hecho de tener 50 años o padecer factores de riesgo de cardiopatía isquémica, no es obligada la realización de un ECG en una primera asistencia de la sintomatología referida.

Las normas que regulan el funcionamiento de los Servicios de Urgencia establecen que se prestará la asistencia sanitaria necesaria para atender la urgencia que ha llevado al enfermo a acudir al mismo, y los medios diagnósticos a emplear, siempre estarán en función del cuadro clínico del paciente.

No es tampoco cierto que “a resultas de la asistencia recibida tengo que llevar una vida sedentaria, que no requiere esfuerzo, periódicamente tengo que llevar a cabo revisiones médicas y debo seguir un régimen estricto”. Si bien es cierto que tiene que llevar a cabo revisiones médicas, en éstas se incide sobre el control de los factores de riesgo: tabaco, Hta, dislipemias, hiperglucemia, y sedentarismo, que no son precisamente consecuencia de la asistencia recibida, sino más bien causa de la patología padecida, y en todo caso patologías previas conocidas (...).

Solo resta considerar la mejoría de la FE basal (50%) en el ecocardiograma de stress realizado el 23 de febrero de 2004 en el Hospital Morales Meseguer, con respecto al anterior estudio”.

Concluye en que la asistencia médica prestada fue correcta, a la vista de la información clínica recibida.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes en el procedimiento, se comunica en el mismo oficio al reclamante la improcedencia de practicar la prueba testifical solicitada, por considerarla innecesaria al suponer una ratificación de lo ya manifestado en su escrito inicial. No consta en el expediente que las partes interesadas hayan presentado alegación alguna durante este trámite.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 10 de mayo de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos del nexo causal y la antijuricidad del daño, al considerar que la actuación de la Administración sanitaria ha sido conforme al criterio de la *lex artis*.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

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

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

La reclamación fue interpuesta por el propio paciente, es decir por quien sufrió el daño que imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el error del diagnóstico inicial (SUAP de Archena y Hospital Morales Meseguer).

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- El procedimiento y los medios de prueba.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP.

En cuanto a los medios de prueba, el Consejo Jurídico reitera la necesidad de las que las imputaciones de los reclamantes vayan acompañadas de los correspondientes medios probatorios, sobre todo cuando se cuestiona el tratamiento dispensado por los profesionales de la medicina pública (por todos, nuestro Dictamen núm. 29/2006). En el presente supuesto, el reclamante se ha limitado a proponer, como documental, la historia clínica y, como testifical, la declaración de D. C. L. G., sobre los distintos pasos que han tenido que realizar hasta ser diagnosticado de su enfermedad, si bien esta última ha sido desestimada por el órgano instructor por innecesaria, coincidiendo en esta apreciación el Consejo Jurídico, pues no se discute en este procedimiento los distintos pasos dados hasta el diagnóstico de la enfermedad (ni tan siquiera los hechos ocurridos), sino si concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial y, en este aspecto, los informes médicos obrantes en el expediente (sobre todo el de la Inspección Médica), no han sido rebatidos o cuestionados por el reclamante tras el pertinente trámite de audiencia.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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, habiendoprecisado 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).

Por ello, cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente (Dictamen núm. 160/2005), el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente. 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.- Actuación anómala que se imputa al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

El reclamante imputa a los servicios públicos sanitarios que no le realizaran un seguimiento adecuado para detectar lo antes posible el infarto de miocardio sufrido, porque ante las dolencias que presentaba (dolor epigástrico, sudoración, náuseas y vómitos), unido a los factores de riesgo (antecedentes de hipertensión arterial, fumador importante y edad), tenían que haberle practicado un electrocardiograma desde el primer momento.

Sin embargo, la actuación médica ha de ser analizada a la vista del cuadro clínico que presentaba el paciente en el momento de ser atendido, como recoge con detalle el informe de la Inspección Médica, y que se comprueba en la propia historia clínica, propuesta como documental por el reclamante:

1º. Cuando el paciente acude el 16 de mayo de 2003, a las 19,53 horas, al SUAP de Archena manifiesta, como motivo de la consulta, que se encuentra “mareado” (folio 22, correspondiente al parte del servicio de urgencias). En antecedentes se refleja diabetes y en tratamiento con roname (antidiabéticos orales). Se le realiza una exploración con el siguiente resultado que se anota (folios 20 y 22):

“BEG. No fatiga. TA (105/65). Glucemia: 331 mg/dl.

ACP: MVN. Eupneico. No disnea, fatiga, no dolor torácico, no presión precordial, no cuadro vegetativo.

Diagnóstico: cuadro de mareo.

Tratamiento: se le inyectan 8 U.I. de Actrapid (insulina), más orfidal sublingual”.

Se le envió a su domicilio con la recomendación de volver al SUAP si no mejoraba.

2º. Al no remitir el malestar general (así se dice en el escrito de reclamación), el paciente acude a las 4,47 horas del día siguiente al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer (folio 160). Refiere dolor abdominal, vómitos y mareos. Tras la exploración física, analítica básica de sangre, diagnostican “*Epigastralgia. Hiperglucemia*”, y administran insulina, que normaliza la hiperglucemia, ranitidina y primperán IV, desapareciendo la clínica. En el parte del Servicio de Urgencias se anota, entre otras observaciones: pirosis y trasgresión dietética (...) dolor epigástrico (...). El propio paciente, en los hechos que fundamenta su reclamación, reconoce que le desapareció la clínica del modo siguiente: “*El día 17 de mayo de 2003, a las 4 de la madrugada, acudo a Urgencias del Hospital Morales Meseguer donde me realizan exploración física, que es normal a excepción del dolor epigástrico, y analítica que es normal, sin enzimas cardíacas. Al suministrarme ranitidina y primperán, y me desaparece la clínica momentáneamente, y me dan de alta a las 7 de la mañana*”.

3º. Unas horas más tarde comienza a sentirse mal, no tolera líquidos y vomita en dos ocasiones, acudiendo de nuevo sobre las 19,00 horas del mismo día al SUAP de Archena donde, tras la realización de un ECG, observan el ascenso del segmento ST, derivando al paciente al Hospital Morales Meseguer, donde confirman los hallazgos electrocardiográficos y detectan las alteraciones enzimáticas propias de un infarto de 24 horas de evolución. El enfermo se encuentra estable y asintomático, y previa consulta se decide su traslado a la UCI, permaneciendo allí 48 horas (folio 149), pasando a planta, donde es dado de alta el día 26 de mayo (folio 147).

A la vista de dichas actuaciones médicas, no contradichas por el reclamante, la Inspección Médica (folio 171) concluye de forma clara e indubitada que en las dos primeras exploraciones, a las que el reclamante achaca un funcionamiento anómalo, no se observó ningún signo sugestivo de cardiopatía isquémica: auscultación cardiopulmonar normal, movimientos respiratorios normales, cifras de PA dentro de la normalidad, sin cortejo vegetativo, etc., a excepción de hiperglucemia (conocida y habitual). Añade que no se apreció la semiología típica de cardiopatía isquémica: palidez, diaforosis, dificultad respiratoria, ni reconoció el paciente, en la anamnesis, dolor o presión precordial, o irradiación del dolor epigástrico, o inicio de la sintomatología “tras esfuerzo”, que refirió por primera vez ya al ingreso en la UCI del Hospital Morales Meseguer. Por otra parte, concluye que la mejoría (en un primer momento) de la sintomatología tras la administración de los tratamientos instaurados, no obligó a plantearse otras posibilidades diagnósticas de los profesionales implicados.

Frente al juicio técnico contenido en el informe de la Inspección Médica sobre la corrección de la asistencia médica prestada en función de los síntomas que presentaba el paciente, el reclamante imputa como infracción de la *lex artis* que no se le hubiera realizado un ECG desde el primer momento, a lo que responde la Inspección Médica que los medios diagnósticos a emplear están en función del cuadro clínico que presenta el paciente, y en las dos primeras exploraciones no se observó ningún signo sugestivo de cardiopatía isquémica, como se explica anteriormente.

De dicha imputación (falta de realización del electrocardiograma), el reclamante sustenta el nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado pues, en su opinión, con un diagnóstico precoz podría haberse prevenido, o reducido, los efectos del infarto, a resultas del cual tiene que llevar una vida sedentaria, que no requiere esfuerzo, realizar revisiones y seguir un régimen estricto.

Sin embargo, los resultados lesivos no pueden atribuirse a la Administración sanitaria cuando son consecuencia de la evolución de las propias patologías que presenta el paciente (Dictamen núm. 81/2006 del Consejo Jurídico) y, a este respecto, la Inspección Médica recoge los diversos factores de riesgo que son causa de la patología del paciente y no de la actuación sanitaria: tabaco, Hta, dislipemias, sedentarismo, hiperglucemia y, en este punto, destaca las frecuentes alusiones al incumplimiento, tanto de la dieta como de la recomendación de andar una hora diaria que aparece en las revisiones de las consultas externas, incluso durante el ingreso en el Hospital Morales Meseguer como queda reflejado en los controles de enfermería (folio 172 del Informe de la Inspección Médica).

Por otra parte, en relación con las secuelas alegadas, la Inspección Médica destaca la mejoría de la FE basal (50%) en el electrocardiograma de Stress realizado el 23 de febrero de 2004 en el Hospital Morales Meseguer, así como del expediente se desprende que el paciente fue dado de alta para incorporarse a su trabajo habitual en la misma fecha (folio 137, correspondiente a consulta externa).

En consecuencia, frente al juicio técnico contenido en el informe de la Inspección Médica, las manifestaciones vertidas por el reclamante sobre la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño alegado, no deja de ser una afirmación de parte que no está justificada en parecer médico alguno (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005), correspondiendo al reclamante la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), sin que quepa, por tanto, entender acreditados ni la existencia

de nexos causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni la antijuridicidad del daño. A mayor abundamiento, la STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005 señala: *“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 sin que se aprecie que en el caso, a la vista de la pericial practicada, resulte previsible en la primera visita hospitalaria al centro sanitario y en la posterior al servicio de urgencias hospitalario la apreciación de una sintomatología que permanecía larvada (...) y que no fue manifestada sino días después (...)*.

Finalmente, respecto al *quantum* indemnizatorio reclamado, no se justifica la cantidad solicitada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución al no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA.- Tampoco se justifica la cuantía indemnizatoria reclamada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 119/06.- Proyecto de Decreto por el que se regulan las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia.

Consultante : Consejero de Presidencia

Fecha: 10/07/06

Extracto de Doctrina

No se advierte impedimento alguno para que, por vía reglamentaria, se establezcan prescripciones de orden organizativo de las federaciones en desarrollo de las previsiones que, en dicha materia, contiene la LDMU y en orden a garantizar la consecución del interés general de que son depositarias. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de respetar un ámbito de organización propio de cada federación, advirtiendo ya que determinados preceptos del Proyecto incurren en concretas y singulares extralimitaciones reglamentarias que serán puestas de manifiesto con ocasión del estudio particular de cada uno de ellos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2004, la Dirección General de Deportes, adscrita a la Consejería de Presidencia, remite a la Secretaría General de ésta un primer borrador de “Decreto por el que se regula el funcionamiento de las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia”.

El 3 de enero de 2005, el Servicio Jurídico de la referida Consejería emite informe en el que, tras dejar constancia de la peculiar naturaleza jurídica de las federaciones deportivas como asociaciones de carácter privado a las que se atribuyen funciones públicas de índole administrativa, y afirmar la existencia de competencia material suficiente de la Comunidad Autónoma para establecer su regulación, efectúa observaciones tanto de índole general como particular. Entre las primeras, destaca la improcedencia de regular el régimen electoral de las federaciones, al considerar esta materia como de derecho privado y ajena, por tanto, a la competencia autonómica en materia de promoción del deporte en que se fundamenta el Proyecto. Del mismo modo, considera que exceden del ámbito de intervención propio de la Comunidad Autónoma en materia deportiva determinadas prescripciones en materia de organización interna de las federaciones, y pone de manifiesto la ausencia de desarrollo de concretos extremos del régimen federativo que la Ley expresamente remite a su regulación reglamentaria.

SEGUNDO.- Como consecuencia de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería, se elabora un segundo borrador del texto que sólo parcialmente asume las observaciones realizadas. Es de destacar que este borrador cuenta con 90 artículos frente a los 48 del primer borrador.

Carece el expediente de la valoración que por el centro directivo impulsor del Proyecto se realiza acerca de las observaciones efectuadas por la unidad jurídica y que determina la modificación, adición o supresión de preceptos.

TERCERO.- Consta en el expediente un escrito remitido por el Director General de Deportes a las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia, a través del cual pone en conocimiento de éstas el borrador elaborado, con la invitación expresa a efectuar observaciones al mismo.

Únicamente la Federación de Caza contesta efectuando observaciones a tres cuestiones (intervención de la Administración en las asambleas de las federaciones; edad mínima para ser titular del derecho a voto en los procesos electorales federativos; y alcance de las auditorías que la Administración deportiva puede efectuar sobre la gestión de las federaciones).

Al folio 111 del expediente consta acta de la sesión celebrada por un grupo de trabajo constituido entre la Dirección General de Deportes y las Federaciones Deportivas de la Región, a fin de posibilitar la participación activa de éstas en la elaboración del Proyecto. Según dicho documento, únicamente se formulan dos observaciones de carácter puntual (requisitos para la obtención de licencias y obligaciones contables de las federaciones).

CUARTO.- Con fecha 4 de julio de 2005, el Servicio Jurídico de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo emite informe sobre el Borrador, efectuando diversas observaciones que sólo en parte serán incorporadas al texto.

QUINTO.- El Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia informa favorablemente el texto en su sesión de 13 de julio de 2005.

SEXTO.- Al folio 136 del expediente consta un tercer borrador del texto, que en esta versión cuenta con 98 artículos, es decir, 8 más que la anterior. Carece este texto de explicación o argumentación alguna acerca de las modificaciones introducidas.

SÉPTIMO.- El 5 de agosto de 2005, el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia emite informe acerca del procedimiento de elaboración reglamentaria, advirtiendo las siguientes irregularidades: ausencia de propuesta suscrita por el Director General de Deportes y dirigida al Consejero de Presidencia; debida separación entre memoria justificativa y estudio económico de la norma; y falta de acreditación del cumplimiento del trámite de audiencia.

El 15 de septiembre de 2005, el Director General de Deportes remite el Proyecto a la Secretaría General de la Consejería de Presidencia para su tramitación, acompañado de la siguiente documentación:

a) Propuesta efectuada por el Director General de Deportes para la tramitación del Decreto de Federaciones Deportivas.

b) Memoria justificativa de la oportunidad de la norma, que fundamenta en la creciente importancia del deporte tanto en la sociedad como en el desarrollo personal del individuo. Considerando la relevancia que tienen las Federaciones Deportivas en el desarrollo y práctica del deporte y el hecho de que aquéllas se financian fundamentalmente con fondos públicos, la memoria considera evidente la necesidad de su regulación, procediendo al desarrollo reglamentario de la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (en adelante LDMU). Con ello se persigue dotar de un marco regulador único para todas las Federaciones Deportivas, que permita homogeneizar su régimen jurídico, al tiempo que se da cumplimiento a las numerosas remisiones reglamentarias efectuadas por la Ley.

Repasa el documento, asimismo, las determinaciones normativas propuestas, efectuando una síntesis de ellas, aunque sin explicar la justificación técnica de cada una.

c) Estudio económico de la norma, según el cual ésta no tendrá incidencia alguna sobre el gasto público.

d) Informe sobre el impacto por razón de género, que concluye afirmando la positiva influencia de la futura norma *“en la consecución del objetivo perseguido de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y conseguir la efectiva igualdad entre ambos”*.

OCTAVO.- Con fecha 10 de octubre de 2005, la Secretaria General de la Consejería de Presidencia remite el texto del Proyecto a las restantes Consejerías y a la Secretaría de Comunicación Audiovisual y de los Servicios de la Presidencia, recabando sus observaciones.

Únicamente formula observaciones el Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua. La de Economía y Hacienda manifiesta su conformidad con el mismo, como también lo hace la de Turismo, Comercio y Consumo. Y la de Sanidad, por su parte, no formula objeciones al Proyecto.

NOVENO.- El 14 de octubre siguiente, el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia procede a emitir un nuevo informe que, de manera exhaustiva y detallada, analiza el Proyecto, efectuando numerosas consideraciones acerca de su contenido, que sólo de manera parcial han sido trasladadas a la versión definitiva del texto.

DÉCIMO.- Con fecha 22 de noviembre, la Dirección General de Deportes emite informe en el que, tras relatar la tramitación seguida por el Proyecto, niega que regular la organización y funcionamiento interno de las federaciones y su régimen electoral constituya una injerencia en el ámbito privado propio de dichas asociaciones, como señala el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia.

Se redacta una nueva versión del texto (que ya alcanza los 100 artículos, una Disposición Adicional, una Transitoria, una Derogatoria y dos Finales) y se somete al Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia, siendo informado favorablemente en sesión de 23 de noviembre, según consta en el expediente por medio de certificación de su Secretario.

UNDÉCIMO.- Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta contesta poniendo de manifiesto la necesidad de formalizar un nuevo trámite de audiencia a las federaciones deportivas de la Región de Murcia, pues el texto primigenio que aquéllas conocieron ha sufrido importantes alteraciones, tanto cualitativas como cuantitativas. Asimismo, se indica la omisión del trámite consistente en el informe jurídico de la Vicesecretaría.

DUODÉCIMO.- El 22 de diciembre de 2005 se subsana la omisión relativa al informe jurídico de Vicesecretaría de la Consejería de Presidencia, siendo asimismo informado el Proyecto por la Dirección de los Servicios Jurídicos con fecha 6 de febrero de 2006.

En su informe la referida Dirección alcanza las siguientes conclusiones:

- La conveniencia de ofrecer un nuevo trámite de audiencia a las federaciones deportivas sobre la base del último borrador, debiendo hacer extensivo dicho trámite al Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia, en lo tocante a ese concreto aspecto.

- Sugiere una revisión general del texto para reducir las reproducciones de preceptos de la LDMU.

- Propugna la limitación del régimen disciplinario a los contenidos para los que existe una clara habilitación legal, a saber, los procedimientos disciplinarios, el establecimiento de un sistema de recursos internos en materia disciplinaria y de un sistema cerrado de infracciones y sanciones que respete los principios y criterios generales establecidos en la LDMU. Ello no obstante, pone de manifiesto la existencia de normas reglamentarias reguladoras de procedimientos disciplinarios, contenidas en el Decreto 71/2001, de 11 de octubre, que aprueba el Reglamento del Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia, a las que podría remitirse el Proyecto sometido a consulta, sin perjuicio de establecer aquellas peculiaridades que vinieran exigidas por razón de la concreta modalidad deportiva o tipo de competición correspondiente a cada federación, estimando como ubicación más apropiada para tal regulación los estatutos o reglamentos federativos.

- Deberían introducirse las modificaciones apuntadas respecto de preceptos concretos del Proyecto.

DECIMOTERCERO.- Como consecuencia de las observaciones formuladas, se procede a elaborar un nuevo borrador, el quinto, el cual es remitido por la Dirección General de Deportes a todas las federaciones deportivas de la Región de Murcia y al

Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia, concediendo un plazo de 10 días para formular observaciones al mismo.

No consta que las federaciones hayan efectuado sugerencias al Proyecto, a diferencia del Comité de Disciplina Deportiva, que informa favorablemente el texto, si bien formula observaciones a cinco preceptos reglamentarios. Dado que no se ha incorporado al expediente el acta de la sesión del referido órgano, se desconoce el alcance de dichas observaciones, aunque la Vicesecretaría de la Consejería de Presidencia, en informe de 27 de marzo de 2006, califica tales sugerencias como “de carácter gramatical y de expresión jurídica, pero sin afectar al contenido sustancial”.

Como también consta en el referido informe de Vicesecretaría, se procede a elaborar un sexto borrador, que califica como definitivo.

Este texto, autorizado con la firma del Consejero de Presidencia y que constituye el objeto de la consulta al Consejo Jurídico, consta de una parte expositiva innominada, 82 artículos divididos en ocho títulos, una Disposición Adicional, una Transitoria, una Derogatoria y dos Finales.

Constan asimismo en el expediente un extracto de secretaría y la propuesta de acuerdo aprobatorio del Proyecto como Decreto, que eleva el Consejero de Presidencia al Consejo de Gobierno.

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 LDMU.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación legislativa.

La Constitución Española (CE), en su artículo 43.3, impone a los poderes públicos el deber de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. No existe en el texto constitucional una expresa reserva competencial en la materia a favor del Estado, siendo los Estatutos de Autonomía los que, al amparo del artículo 148.1.19ª CE, han venido efectuando atribuciones explícitas a las diversas Comunidades Autónomas (el artículo 10. Uno, 17 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de “*promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio*”).

Ello no obstante, la natural limitación territorial del ejercicio de las competencias regionales, la realidad fáctica y social que alumbra la existencia de fenómenos deportivos de dimensión supraautonómica (estatal o internacional), la necesidad de establecer una coordinación o una gestión afectante a intereses que son propios del deporte español en su conjunto, y la incidencia sobre el deporte de diversos títulos competenciales (educación, investigación, sanidad y legislación mercantil), avalan la actuación estatal en la materia, como el propio Tribunal Constitucional ha venido a sancionar en diversas ocasiones.

Fruto de esta atípica atribución competencial al Estado es la Ley 10/1990, de 17 de octubre, del Deporte (en adelante LD). Su Disposición Adicional segunda declara como básicos determinados preceptos de la Ley en materia de enseñanza escolar y de deportistas de alto nivel, al tiempo que la Disposición Adicional cuarta.¹ otorga naturaleza básica al Título IX de la Ley, en materia de prevención de la violencia en los espectáculos deportivos. El resto de la Ley será de aplicación general en todo el territorio nacional, salvo determinados preceptos en materia de clubes deportivos e instalaciones deportivas, que únicamente tendrán eficacia en tanto no exista regulación específica de las Comunidades Autónomas (Disposición Adicional primera y cuarta.²).

Es evidente que la eficacia de una norma queda esencialmente delimitada por la competencia en virtud de la cual se dicta, por lo que la manifestación legal expresa de aplicación general en todo el territorio nacional no puede ser entendida sino con el límite de las competencias autonómicas en la materia. En consecuencia, a excepción de los preceptos declarados básicos, el resto de la LD no condiciona o limita la potestad normativa autonómica en materia de deporte, cuyo fundamento se encuentra en la específica atribución competencial estatutaria.

Las previsiones estatutarias tienen una primera manifestación en la Ley regional 4/1993, de 16 de julio, del Deporte de la Región de Murcia, que fue derogada por la vigente LDMU. Su artículo 3, letra e) declara como principio general de actuación de la Comunidad Autónoma el de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la práctica del deporte, por constituir una actividad de interés general, de acuerdo con diversas líneas de actuación, entre las que cita “*el fomento y la regulación del asociacionismo deportivo reconocido como tal a los efectos previstos en la presente Ley*”.

Manifestación del fenómeno asociativo en el deporte son las federaciones deportivas, definidas en la propia LDMU (artículo 38) como “*entidades privadas, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica y patrimonio propio, plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que, inscritas como tales en el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia, promueven, practican o contribuyen al desarrollo de una modalidad deportiva dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración; integradas por los clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros y otros colectivos interesados*”. Este precepto encabeza el Capítulo II (de las federaciones deportivas) del Título V (entidades deportivas) de la LDMU y en él se establecen numerosas previsiones de desarrollo reglamentario, unas de tipo general, como la contenida en el apartado 2 del artículo 38 que sujeta el régimen jurídico de las federaciones, entre otras disposiciones, a las de desarrollo de la LDMU, y otras particulares que remiten a la regulación reglamentaria numerosos aspectos de dicho régimen. Entre estas últimas, las siguientes:

- Las condiciones y requisitos para el reconocimiento de federaciones de minusválidos, así como su estructuración y organización territorial (art. 39.2).
- Régimen documental (art. 40.2, j).
- Porcentaje de representatividad, en la Asamblea General de cada federación, de los diversos estamentos de su modalidad deportiva (art. 40.3, a).

- Desarrollo de los criterios que servirán de base para la constitución de las federaciones deportivas (art. 42.1)

- Número mínimo de clubes promotores de la federación de nueva constitución (art. 42.2, a).

- Determinación de los términos en que se ha de elegir a los deportistas integrantes de las selecciones autonómicas (art. 44.1, g).

- Forma de llevar a cabo la Dirección General de Deportes las medidas cautelares previstas en la LDMU para garantizar el efectivo cumplimiento por las federaciones de las funciones públicas encomendadas (art. 48.1).

Junto a estas previsiones contenidas en el Capítulo destinado específicamente a la regulación de las federaciones deportivas, es posible encontrar otras remisiones reglamentarias a materias que son objeto de desarrollo en el Proyecto sometido a consulta. Así:

- En materia de licencias federativas, la contenida en el artículo 63 LDMU para la determinación de las condiciones en que la participación en las competiciones deportivas de carácter oficial quedará condicionada a la posesión de dicha licencia; la fijación del plazo máximo para otorgar la licencia solicitada (art. 64.2); indemnización para supuestos de pérdidas anatómicas y funcionales en el marco del seguro anejo a la licencia federativa (art. 65, a); condiciones económicas y procedimentales atinentes a la tramitación y expedición de las licencias federativas (art. 66.2).

- En materia de disciplina deportiva sujeta ciertas previsiones de los estatutos de las federaciones a lo que dispongan la LDMU y sus disposiciones de desarrollo.

- En la sucesión de regulaciones legales en materia de deporte, las Disposiciones Transitorias tercera y cuarta de la LDMU remiten al reglamento la determinación de los plazos de adaptación de las federaciones a lo en ella dispuesto.

Finalmente, la Disposición Final segunda de la Ley faculta, con carácter general, al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo.

TERCERA.- Alcance de la regulación proyectada.

1. Afirmada y delimitada la competencia normativa de la Comunidad Autónoma en materia de deporte, procede ahora determinar cuál ha de ser el alcance de dicha regulación, teniendo en cuenta la peculiar naturaleza de las federaciones deportivas, singularmente su base asociativa privada y la publicación de que son objeto al ejercer, por delegación de las Administraciones Públicas, determinadas funciones en cuyo ejercicio actúan como agente de aquéllas.

La cuestión planteada ha generado posiciones opuestas en la tramitación del expediente. En efecto, el Servicio Jurídico de la Consejería proponente estima que la normación reglamentaria de las federaciones no debe ir más allá de su vertiente pública, que identifica con el ejercicio de las funciones de tal carácter que tienen delegadas, dejando a la regulación propia de cada entidad, a través de sus estatutos y reglamentos, el establecimiento de sus reglas de organización interna, el régimen electoral y las que disciplinen las relaciones domésticas entre la federación y sus miembros o asociados.

Por el contrario, la Dirección General de Deportes estima que procede regular los aspectos organizativos internos y electorales como vía para garantizar los principios democráticos y representativos que, de conformidad con el artículo 40 LDMU, deben inspirar la regulación propia de cada federación. Justifica además dicha intervención pública en que con ello no se pretende establecer un régimen jurídico general aplicable a toda asociación que se constituya con objeto deportivo, sino establecer normas a las que habrán de ajustarse aquellas asociaciones que pretendan ser reconocidas como federaciones deportivas y a los solos efectos de la Ley del Deporte.

La extensión del alcance de la intervención pública en la determinación del régimen de las federaciones deportivas deriva de la naturaleza jurídica de éstas. Como ya se adelantó, constituyen “*asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo*”. En la caracterización de estas entidades deportivas la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985 marca un hito fundamental, pues además de afirmar lo que son en los términos expuestos, intenta esclarecer qué no son. En este sentido, de un lado les niega el carácter de Corporación de Derecho Público y, de otro, matiza respecto de las federaciones la aplicación del artículo 22 CE, regulador del derecho de asociación, al señalar que éste “*se refiere a un género, la asociación, dentro del cual caben modalidades específicas: debiendo añadirse (...) que el derecho de asociación reconocido en el mencionado precepto no comprende el de constituir asociaciones con objeto de ejercer funciones públicas con carácter administrativo*”. En consecuencia, “*la configuración de las federaciones españolas como un tipo de asociaciones a las que la Ley atribuye el ejercicio de funciones públicas, justifica que se exijan determinados requisitos para su constitución, dado que no se trata de asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 CE*”, afirmando, asimismo, que “*cuando el Estado utiliza la vía asociativa para atribuir a un determinado tipo de asociaciones el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo en un determinado sector de la vida social, puede limitar el número de asociaciones a las que atribuye el ejercicio de tales funciones, pues corresponde al Estado organizar tal ejercicio de la forma más conveniente para la consecución del interés general*”.

La consideración de la federación deportiva como asociación de configuración legal, exige acudir a la Ley para conocer sus verdaderos contornos. Ahora bien esa referencia legal no viene constituida únicamente por la LDMU, pues también incide en la figura federativa la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en adelante LODA). En efecto, la federación deportiva presenta una doble naturaleza o condición. Por una parte es asociación y, en tanto que lo es, debe respetar el contenido esencial del derecho de asociación en los términos concretados en la LODA. Pero, además, es federación deportiva, condición que alcanza la asociación tras su inscripción en el registro sectorial correspondiente (Registro de Entidades Deportivas) y consiguiente reconocimiento administrativo. A partir de estos actos, la mera asociación pasa a convertirse en una entidad que, sin perder su base asociativa, queda sometida a un régimen peculiar (artículo 1.3 LODA), diferente del establecido con carácter general por la normativa sobre asociaciones, la cual pasa a ser aplicable con carácter meramente supletorio respecto de aquél (Disposición Final segunda LODA).

En cualquier caso, aceptada la posibilidad de establecer en la Ley determinadas condiciones o requisitos, cuyo cumplimiento deviene necesario para poder considerar federación deportiva a una asociación, que en tanto no los reúna no pasará de ser mera

asociación, la cuestión estriba en delimitar la intensidad de la intervención pública sobre la organización y funcionamiento de las asociaciones. Atendida su base privada, es tradicional la doctrina que aboga por limitar las injerencias públicas al máximo, de forma que el intervencionismo administrativo únicamente alcance al ámbito de las funciones públicas delegadas, es decir, al establecimiento de las condiciones que garanticen su adecuado cumplimiento y la consecución de los fines de interés general para que se conceden. Ahora bien, atendida la caracterización de las federaciones deportivas como asociaciones de configuración legal, será la propia Ley específica, la LDMU, la que determine el nivel de penetración pública en el régimen organizativo y de funcionamiento de las federaciones, marcando así la pauta del desarrollo reglamentario posterior.

En este sentido, el artículo 40 LDMU remite la regulación de la estructura interna y funcionamiento de las federaciones deportivas de la Región de Murcia a lo que dispongan sus estatutos y reglamentos, con respeto a los principios democráticos y representativos, disponiendo así un ámbito doméstico de autonormación que, sin embargo, no puede ser ilimitado, dados los fines de interés general que tienen encomendados las federaciones. Por ello, al tiempo que la propia Ley ya aborda ciertas cuestiones organizativas (el artículo 40.3 efectúa una mínima regulación de la Asamblea General y el Presidente.), el artículo 38.2 LDMU dispone que las federaciones se regirán por ella, por las disposiciones que la desarrollen, por sus estatutos y reglamentos, y por los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos, de donde cabe afirmar que los estatutos y reglamentos federativos, si bien constituyen “fuentes” de la regulación orgánica de las federaciones, se encuentran subordinados no sólo a la LDMU, sino también a las disposiciones que, como el Proyecto sometido a consulta, la desarrollan. Así lo sostiene la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, con ocasión de diversas demandas que pretendían la nulidad del ya derogado Real Decreto 643/1984, de 28 de febrero, sobre estructuras federativas deportivas, al afirmar que *“si los Estatutos suponen una cierta capacidad de autonormación para las organizaciones de base privada, -lo cual es bastante habitual en nuestro derecho-, no es menos cierto que su alcance y eficacia general ha de estar limitado por el ordenamiento estatal, exista o no remisión explícita a tal principio, pues como apunta la doctrina «la eficacia externa de los Estatutos no depende ya de la sola voluntad del grupo social que hace surgir la norma, ni tampoco de la finalidad de la misma, sino precisamente de una voluntad que se presenta como distinta y superior a ella», esto es, del reconocimiento de que la norma en cuestión pueda hacer el ordenamiento estatal general en cuanto Ordenamiento preeminente”*(STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 1988).

Corolario necesario de dicha preeminencia legal y reglamentaria es el sometimiento de los estatutos y reglamentos federativos al preceptivo trámite de su aprobación por la Administración deportiva como condición de su eficacia, según ordena el artículo 43 LDMU. Este trámite, además, no puede ser entendido como una mera cuestión ritual, de eficacia meramente formal, pues dicha aprobación, en el caso de los estatutos, es un requisito para la constitución misma de la federación (artículo 42.2, b LDMU).

Conclusión de lo dicho hasta ahora es que, *prima facie* y con carácter general, no se advierte impedimento alguno para que, por vía reglamentaria, se establezcan prescripciones de orden organizativo de las federaciones en desarrollo de las previsiones que, en dicha materia, contiene la LDMU y en orden a garantizar la consecución del interés general de que son depositarias. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de respetar un ámbito de organización propio de cada federación, advirtiendo ya que determinados preceptos del

Proyecto incurren en concretas y singulares extralimitaciones reglamentarias que serán puestas de manifiesto con ocasión del estudio particular de cada uno de ellos.

2. Otro extremo que ha suscitado polémica en la tramitación del Proyecto es la posibilidad de regular en éste el régimen electoral de las federaciones deportivas, al considerar que tal materia pertenece al ámbito interno de las federaciones, a su esfera privada. Esta consideración ha tenido su reflejo en la jurisprudencia que se ha visto enfrentada a dilucidar a qué jurisdicción corresponde conocer de los conflictos surgidos en el curso de los procesos electorales federativos, existiendo resoluciones judiciales que derivan su enjuiciamiento a la jurisdicción ordinaria, en tanto que abogan por una caracterización estrictamente privada del régimen electoral, de donde se concluye que los actos de los órganos electorales federativos no son actos sujetos al Derecho Administrativo, procediendo su enjuiciamiento por la jurisdicción ordinaria.

Ha de advertirse, sin embargo, que las conclusiones a que llega dicha jurisprudencia, citada por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, no pueden extrapolarse a supuestos sustancialmente diferentes de aquellos que constituían el objeto de litigio. Así, en la STS de 24 de junio de 1988, el marco normativo aplicable era muy diferente al actual, pues la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y el Deporte, no preveía instancia administrativa alguna en el proceso electoral, circunstancia que lleva a la Sala a afirmar que resultaba improcedente la intervención de la Administración deportiva en el conflicto electoral. Por su parte, la STS, Sala 3ª, de 20 de junio de 2003, que reproduce la doctrina de la de 1988, viene referida a un proceso electoral en el seno de un club deportivo, entidad de perfiles muy diferentes a las federaciones deportivas, y en cuyos procesos electorales no participa órgano administrativo alguno, como sí hace la Junta de Garantías Electorales del Deporte de la Región de Murcia en las elecciones federativas (artículo 111.1 LDMU).

Y es que la LDMU publica el régimen electoral de las federaciones deportivas, pues si bien deja al reglamento electoral de cada una de ellas su regulación, residencia la resolución de los conflictos electorales en un órgano puramente administrativo, como es la Junta de Garantías Electorales del Deporte de la Región de Murcia, cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa y son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta publicación del conflicto electoral y el sometimiento de los procesos electivos a la referida Junta, cuya misión principal es velar por la adecuación a Derecho de aquéllos, puede interpretarse como manifestación de un sistema legal que aboga por el carácter público de la regulación electoral, quedando habilitada la Comunidad Autónoma para determinar sus líneas maestras a través del Proyecto sometido a consulta, sin perjuicio de dejar a los correspondientes reglamentos electorales federativos un margen de normación que permita reflejar las peculiaridades de cada entidad.

3. La base asociativa de las federaciones deportivas también incide en la competencia que sobre ellas puede ejercer la Comunidad Autónoma. Como ya indicó el Consejo Jurídico en el Dictamen 19/2000, la regulación que aquélla está facultada para realizar no puede incidir sobre el asociacionismo deportivo en general, sino sólo sobre el que sea objeto de reconocimiento oficial a los efectos de la legislación deportiva regional, es decir, respecto de asociaciones deportivas que voluntariamente soliciten ser reconocidas por la

Administración Deportiva regional para ejercitar tanto las funciones que le son propias como las delegadas por la Comunidad y beneficiarse de sus medidas de fomento.

Como se desprende de las Sentencias del Tribunal Constitucional 157/92 y 173/98, el Estado es el competente para regular los aspectos esenciales del derecho fundamental de asociación previsto en el artículo 22 CE, en virtud de los artículos 81.1 y 149.1.1º de la Norma Fundamental, y las Comunidades Autónomas que ostenten competencias en materia de “asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares” (incluidas las deportivas) lo son para la regulación del régimen jurídico de éstas a partir de lo establecido con carácter general por el Estado. El resto de Comunidades Autónomas (como la de la Región de Murcia) que no tienen aquella competencia general, pero sí la relativa a sectores en los que el asociacionismo es pieza importante (consumo, juventud o, como en este caso, deportes), sólo ostentan competencia para regular las asociaciones a los efectos de su fomento, entendido en sentido amplio, incluyendo aquí lo relativo a su participación en estructuras públicas (por ejemplo, en el deporte, su participación en competiciones oficiales). En otras palabras, estas Comunidades no pueden desarrollar lo que el Tribunal Constitucional denomina “régimen jurídico general” de estas asociaciones, entendiendo por tal el que se dirige a regular asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 CE e inscritas simplemente en el Registro General de Asociaciones y que no desean acogerse a los beneficios que depara su reconocimiento oficial vía inscripción en Registros sectoriales, pues su regulación pertenece no a la competencia sectorial correspondiente (juventud o deportes) sino a la más genérica de asociación, ya en su núcleo esencial y general, que corresponde al Estado, ya al título de asociaciones docentes, culturales, artísticas y similares a que se ha hecho referencia, que corresponde a las Comunidades Autónomas que la tengan atribuida.

Precisamente por tal circunstancia, la LDMU incluye la cláusula “a los efectos de esta ley” (artículo 35) para indicar que la regulación que efectúa respecto de las asociaciones deportivas no pretende establecer un régimen jurídico general aplicable a cualquier asociación que se constituya con objeto deportivo, sino sólo para aquellas que pretendan voluntariamente su reconocimiento oficial.

CUARTA.- Procedimiento de elaboración.

a) Cabe efectuar un juicio favorable acerca del cumplimiento de los trámites esenciales exigidos por el artículo 53 de la Ley 6/2004, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de advertir el incumplimiento de la obligación que incumbe al centro directivo que asume la iniciativa de acompañar el anteproyecto de una motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, pues no cabe entender satisfecha tal exigencia con la memoria justificativa obrante en el expediente, en tanto que se limita a efectuar pronunciamientos de índole genérico y de oportunidad.

b) Salvo en relación a ciertas consideraciones generales efectuadas por el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, no consta una valoración de las sugerencias planteadas por los diversos órganos y entidades participantes, lo que impide conocer el alcance de la fundamentación que ha llevado a su rechazo o, por el contrario, a su incorporación en el texto.

QUINTA.- Técnica normativa.

1. La reproducción de textos legales.

Ya el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia advirtió acerca de los riesgos que conlleva la utilización de la técnica conocida como “lex repetita”, poniendo de manifiesto, además, la reiterada doctrina de este Consejo Jurídico, deudora de la del Consejo de Estado, acerca de la conveniencia de evitarla en la medida de lo posible. Asimismo, el referido Servicio ponía de manifiesto las sugerencias que para evitar tales riesgos vienen apuntando los órganos consultivos, tales como dejar expresa constancia del origen legal de la norma mediante la cita del precepto reproducido y proceder a la transcripción literal del artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

A lo largo de los sucesivos borradores se han ido incorporando tales sugerencias, aunque todavía existen preceptos en la versión definitiva del texto que, siendo reproducción de normas legales, no contienen una referencia expresa a su origen (artículos 2.2; 14.1; 43.3; 44.1; 44.2, primer inciso; y 45.1), o bien alteran o suprimen parcialmente el contenido del precepto legal al reproducirlo en la norma reglamentaria (artículos 14.1 y 43.3).

2. Índice.

Ya el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia apuntó la conveniencia de incluir un índice de la disposición. Dicha sugerencia no fue asumida por la Dirección General de Deportes, lo que lleva al Consejo Jurídico a reiterarla, con apoyo en las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por el Consejo de Ministros, mediante Acuerdo de 22 de julio de 2005. De conformidad con la Directriz 10, en disposiciones complejas y extensas, características ciertamente predicables del Proyecto sometido a consulta, conviene introducir un índice, que deberá situarse inmediatamente después del título o denominación de la disposición, es decir, antes de la parte expositiva, la cual, de conformidad con el 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, debería denominarse “exposición de motivos”.

3. Fórmula promulgatoria.

Tras la parte expositiva (Exposición de Motivos) y precediendo de manera inmediata a la dispositiva, debe incluirse una fórmula promulgatoria que informe acerca de los siguientes extremos: Consejero que propone la aprobación del futuro Decreto; referencia al presente Dictamen, mediante el uso de la fórmula legal correspondiente “de acuerdo con” u “oído” el Consejo Jurídico (artículo 2.5 LCJ)-; y sesión en la que el Consejo de Gobierno aprueba la disposición como Decreto.

4. Fragmentación reglamentaria de la materia deportiva.

Como ya quedó expuesto, la LDMU efectúa numerosas remisiones al reglamento, algunas de las cuales ya han sido cumplimentadas mediante la aprobación de diversos Decretos reguladores de órganos previstos en la Ley, tales como el Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia (Decreto 71/2001, de 11 de octubre), la Junta de Garantías Electorales del Deporte de la Región de Murcia (Decreto 65/2002, de 8 de marzo) y el Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia (Decreto 120/2002, de 4 de octubre).

El Proyecto sometido a consulta es el primero que pretende desarrollar la LDMU en materia de asociacionismo deportivo, pero no será el único en incidir sobre esta materia,

pues pende también de Dictamen en este Consejo Jurídico un Proyecto de Decreto regulador de los clubes deportivos y de las entidades de promoción y recreación deportiva y, de la documentación obrante en los expedientes de ambos proyectos normativos, se desprende la existencia de un tercer Decreto en elaboración, por el que se regula el acceso a la condición de deportista de alto rendimiento. Probablemente tales normas no sean las últimas en ver la luz, pues aún en el ámbito de las entidades deportivas la LDMU remite al reglamento la regulación de determinados aspectos del régimen de las sociedades anónimas deportivas (art. 54.2), sin olvidar el necesario desarrollo reglamentario del Registro de Entidades Deportivas (art. 56).

Tales circunstancias obligan al Consejo Jurídico a poner de manifiesto la excesiva e innecesaria atomización que esta opción normativa trae consigo y que abundará en el carácter fragmentario que ya puede advertirse con facilidad en la regulación regional del deporte. El Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de manifestar (Dictámenes 166/2003 y 78/2006, entre otros) que la técnica seguida por la Consejería proponente no es la más idónea, siendo jurídicamente más apropiado que el desarrollo reglamentario en relación con una materia se realice a través de una única norma y de una sola vez porque, como señala el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 539/1992, de 9 de julio, *“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”*.

Esta consolidada doctrina ha tenido asimismo su reflejo en las ya nombradas Directrices de Técnica Normativa, según las cuales, *“en la medida de lo posible, en una misma disposición deberá regularse un único objeto, todo el contenido del objeto y, si procede, los aspectos que guarden directa relación con él. En este sentido, en los reglamentos de ejecución de una ley, se procurará que sean completos y no parciales”* (Directriz 3).

5. Intitulación de los preceptos.

Las disposiciones de la parte final de las normas (adicionales, transitorias y finales) también han de ser intituladas o epigrafiadas, para informar de su contenido.

SEXTA.- Observaciones al texto.

1. Exposición de Motivos.

a) La función de la parte expositiva de las normas es describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta (Directrices de Técnica Normativa, 12). Por ello, su redacción debe evitar inducir a error acerca de lo regulado en el Proyecto, lo que acontece cuando, al describir el Título VIII, alude a la potestad disciplinaria del Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia, sin que el referido Título contenga normas relativas a aquélla, salvo la mera previsión del recurso contra los actos de los órganos disciplinarios federativos. Procede, en consecuencia, suprimir la referencia al citado Comité.

b) Debe corregirse la referencia al artículo del EAMU contenida en el segundo párrafo, por la más correcta de “artículo 10.Uno.17”. Asimismo, en el mismo párrafo debe suprimirse la coma existente tras “Murcia” y delimitar entre comas el inciso “, en su artículo 10.Uno.17, ”.

En el quinto párrafo, debe ponerse una coma tras el término “reglamentariamente”

2. Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

Una descripción más precisa del objeto de la norma se alcanzaría añadiendo tras “federaciones deportivas” la expresión “de la Región de Murcia”, concepto éste claramente definido por el artículo 38 LDMU, que ya limita territorialmente el ámbito de actuación de aquéllas. En consecuencia, resulta innecesaria la alusión al ámbito territorial sobre el que dichas entidades ejercen su actividad, pudiendo quedar definido el objeto de la norma como la regulación del régimen jurídico de las federaciones deportivas de la Región de Murcia, en desarrollo de la LDMU.

3. Artículo 2. Concepto, funciones y régimen jurídico.

a) El apartado 2 reproduce el artículo 38.2 LDMU, aunque altera la redacción del precepto legal pues, a diferencia de la Ley, somete a las federaciones no a todas las disposiciones de desarrollo de aquélla, sino sólo al futuro Decreto y a las disposiciones que lo desarrollen.

Es evidente que una vez entre en vigor el futuro Decreto, las federaciones deportivas continuarán rigiéndose también por el resto de disposiciones reglamentarias que, dictadas en desarrollo de la LDMU, puedan afectarles, como es el caso de los Decretos reguladores de la Junta de Garantías Electorales y del Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia, normas ambas que extienden su ámbito de aplicación a las federaciones deportivas y que no serán derogadas por la entrada en vigor del Proyecto.

Además, la alusión a “las disposiciones que lo desarrollen” resulta perturbadora, pues parece referirse al ejercicio por el Consejero competente en materia de deportes de la potestad reglamentaria que pretende atribuirle la Disposición Final primera del Proyecto. Sin perjuicio de efectuar aquí una remisión expresa a las ulteriores consideraciones que efectúa este Dictamen acerca de la referida Disposición, cabe anticipar que, de conformidad con los artículos 38 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, los Consejeros no pueden dictar disposiciones reglamentarias salvo que cuenten para ello con una habilitación legal específica o que vengan referidas al ámbito organizativo interno de su Departamento.

En consecuencia, procede modificar la redacción del artículo 2.2 en orden a someter el régimen de las federaciones deportivas a lo dispuesto, no sólo en el presente Decreto, sino también en el resto de los que desarrollan la LDMU.

b) En el apartado 3 sería conveniente indicar que el ejercicio de las funciones públicas lo es por delegación

4. Título II. Constitución y extinción.

a) La remisión reglamentaria expresa que efectúa el artículo 39.2 LDMU, en orden a regular las condiciones y requisitos para el reconocimiento de federaciones polideportivas de personas minusválidas, su estructuración y organización territorial, encontraría

acomodo en el Capítulo I (Constitución) de este Título. Sin embargo el Proyecto guarda silencio al respecto.

b) Del mismo modo, y como ya apuntaron el Servicio Jurídico de la Consejería proponente y la Dirección de los Servicios Jurídicos, el artículo 42.1 LDMU efectúa no ya una remisión reglamentaria, sino un verdadero mandato -“*que serán objeto de desarrollo reglamentario*”, dice la Ley-, para que el Consejo de Gobierno proceda a desarrollar los criterios en que han de basarse los requisitos para la constitución de las federaciones deportivas, por lo que la mera enumeración de tales criterios que efectúa el artículo 4.1 del Proyecto, sin desarrollo alguno, no responde a la voluntad del legislador.

c) Quizás fuera conveniente regular los supuestos de fusión y segregación de federaciones, como procesos que pueden dar lugar a la constitución de nuevas entidades federativas. En el Proyecto únicamente se contemplan desde la perspectiva de los trámites adicionales (informe de la federación de la que vaya a segregarse la nueva) que conllevan para la constitución de ésta.

5. Artículo 4. Constitución de federaciones deportivas.

La ubicación en este artículo de la norma contenida en el apartado 3, destinado a regular la constitución de las federaciones deportivas, podría llevar a interpretar que la elección del Presidente en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de los estatutos federativos constituye un requisito o condición para el nacimiento de la federación, lo que no es cierto, pues el artículo 42 LDMU no lo establece así. En consecuencia, el apartado encontraría mejor acomodo entre las normas reguladoras de los procesos electorales, singularmente en el artículo 53 del Proyecto, denominado “elecciones a Presidente”.

6. Artículo 5. Solicitud de inscripción y reconocimiento.

En el apartado 1, la enumeración de documentos que han de acompañar a la solicitud de inscripción y reconocimiento debería alterar su orden, pasando la actual letra c) a la b), pues junto a la a), constituye documentación necesaria en cualquier proceso de constitución de una federación, lo que no ocurre con el requisito contenido en la letra b), sólo aplicable en el supuesto de constitución de una nueva federación procedente de la segregación de otra preexistente.

Asimismo, la redacción de la actual letra b) debería modificarse para ganar en precisión, en términos iguales o similares a los siguientes:

“c) Cuando la solicitud tenga por objeto la inscripción y reconocimiento de una federación deportiva que pretenda constituirse por segregación de otra preexistente, justificación de la necesidad de segregarse y de la existencia de modalidad deportiva diferenciada de aquélla sobre la que despliega su actividad la federación de origen. Ésta emitirá informe preceptivo acerca de la existencia o no de diferencia entre ambas modalidades deportivas”.

No es necesario indicar de manera expresa el carácter no vinculante del informe, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 83.1 LPAC.

7. Artículo 6. Subsanación de defectos.

Se podría simplificar el precepto mediante una remisión expresa al régimen general de la subsanación de defectos contenida en el artículo 71 LPAC, cuya traslación al

Proyecto intenta efectuar el artículo objeto de consideración, para lo que procede a su transcripción, aunque sin adaptación alguna. De no efectuarse la sugerida remisión, que en puridad también resultaría innecesaria por la aplicabilidad directa de las normas básicas sobre procedimiento administrativo, sí que, al menos, debería introducirse la siguiente redacción: “si la solicitud no reúne los requisitos señalados en el artículo 70 LPAC y los exigidos por el artículo anterior, se requerirá a los promotores...”.

Gramaticalmente, debe adecuarse el número de la expresión “se le tendrá por desistido” con “los promotores”.

8. Artículo 7. Plazo de resolución.

a) El epígrafe que encabeza un artículo debe ser expresivo de su contenido, circunstancia que no concurre en el precepto objeto de consideración, pues junto al plazo para dictar la resolución de reconocimiento, se establecen también los efectos del mismo.

b) Según el precepto, el reconocimiento de la federación deportiva implica, asimismo la aprobación de sus estatutos y la inscripción en el Registro de Entidades Deportivas. Sin embargo, en el sistema diseñado por la LDMU, ocurre al revés, es decir, es la inscripción la que conlleva el reconocimiento, pues tal acto registral posee efectos constitutivos.

9. Artículo 8. Deportes tradicionales de la Región de Murcia.

Permite el Proyecto constituir una Federación de Deportes Tradicionales de la Región de Murcia, sustituyendo el requisito de existencia previa de una modalidad deportiva oficialmente reconocida por el reconocimiento de una modalidad deportiva tradicional de la Región de Murcia, por parte de la Dirección General de Deportes.

La regulación proyectada contraviene la Ley desarrollada en tanto que pretende sustituir un requisito exigido por la Ley (“existencia de modalidad deportiva oficialmente reconocida”, artículo 42.1, a) LDMU) por otro diferente, de configuración reglamentaria. La función de desarrollo normativo que corresponde a los reglamentos ejecutivos respecto de las leyes que les sirven de fundamento, debe quedar limitada a servir de complemento de la regulación legal, precisándola y completándola, pero nunca contravenirla, lo que ocurre cuando las exigencias legales pretenden ser modificadas por el reglamento.

En consecuencia, procede suprimir el apartado 3, al ser precisa la previa calificación como modalidad deportiva de los deportes a que se refiere el apartado 2 para poder constituir la referida federación.

10. Artículo 9. Extinción.

La causa contenida en el apartado c) carece de soporte legal en la LDMU. Tampoco prevé ésta de manera expresa la contenida en la letra d), encontrando, sin embargo, su apoyo en la LODA (artículo 38.1).

La misma Ley Orgánica (artículo 38.2, letra b) admite otras causas de disolución de las asociaciones, siempre que vengan establecidas por Ley, careciendo el Consejo de Gobierno de potestad para establecer por vía reglamentaria nuevas causas de extinción.

Procede, en consecuencia, suprimir la letra c).

11. Artículo 10. Causas de revocación.

a) Puede suprimirse el requisito de motivación contenido en el primer párrafo del precepto, en orden a evitar su reiteración en el siguiente artículo, el 11, donde ya se prevé la necesidad de motivar la resolución por la que se proceda a la revocación del reconocimiento.

b) Como ya se advirtiera en relación con las causas de extinción, su regulación por Ley congela el rango normativo necesario para alterarla, de forma que el reglamento no puede incorporar nuevas causas de extinción ni suprimir ninguna de las legales. Pues bien, la letra b) del artículo 10 proyectado señala como causa de revocación del reconocimiento el “incumplimiento de alguno de los fines que motivaron su creación”, que no tiene reflejo en la LDMU, cuyo artículo 42.3 únicamente contempla la establecida en la letra a) del artículo objeto de la presente consideración.

Debe, por tanto, suprimirse la letra b).

12. Artículo 12. Estatutos y reglamentos.

Debe sustituirse el último inciso del apartado 2, letra j “en los términos establecidos reglamentariamente”, por la concreta remisión interna a la regulación que de tales extremos se realiza en el artículo 35 del Proyecto.

13. Artículo 14. Órganos de gobierno y representación.

En el apartado 2 debe completarse la enumeración de los extremos que deben ser objeto de regulación estatutaria, para contemplar también los sistemas de cese de los cargos, de conformidad con el artículo 40.2, c) LDMU.

14. Título IV. Capítulo II. De los órganos federativos colegiados.

a) Debe suprimirse la expresión “Capítulo III” que por error antecede de forma inmediata al artículo 15 del Proyecto, debiendo ser reubicado para preceder al epígrafe “La Asamblea General”, que encabeza los artículos 21 y siguientes.

b) Todo el Capítulo persigue establecer normas de funcionamiento de los órganos federativos colegiados, mediante su remisión a lo que dispongan los estatutos y, en lo no previsto en ellos, se les somete al régimen de los órganos colegiados administrativos, para lo que procede a transcribir, con escasas matizaciones o adaptaciones, los artículos 23 a 27 LPAC.

De pretender establecer el régimen de los órganos administrativos colegiados como régimen supletorio de los órganos federativos de tal carácter habría bastado con la remisión genérica al mismo. En cualquier caso, la naturaleza asociativa privada de las federaciones deportivas determina su calificación como agentes de la Administración cuando ejercen las funciones públicas que aquélla les delega. Ahora bien, esta circunstancia no convierte a tales entes en órganos administrativos ni, menos aún, puede trasladarse esa caracterización administrativa a los colegios que surjan en su seno. Precisamente por ello estos órganos son creados (salvo la Asamblea General y el Presidente) y regulados por los estatutos federativos, manifestación de la autonomía de voluntad propia del ámbito privado en que se incardinan. De ahí que no parezca adecuado extender a tales órganos, siquiera sea con carácter supletorio, el régimen estrictamente administrativo contemplado en el Título II, Capítulo II LPAC. Todo ello sin olvidar que existen normas que constituyen el régimen supletorio propio de tales órganos asociativos y que se concretan en la LODA, cuyo artículo 12 establece normas sobre la Asamblea General, que serán de aplicación supletoria respecto de lo que prevean los estatutos asociativos.

Al margen de lo expuesto, otro posible régimen al que acudir para integrar la regulación no contenida en los estatutos federativos podría ser el de los órganos similares existentes en la correspondiente federación española, en la que esté integrada la regional, si es que lo está.

15. Artículo 22. Funciones (de la Asamblea General).

En la letra f), debe escribirse con minúscula inicial la palabra “competente”. Asimismo, la remisión que se efectúa al artículo 39 del Proyecto no ha sido actualizada tras las últimas versiones del texto. En la definitiva, los criterios para la calificación como oficiales de actividades y competiciones deportivas se contienen en el artículo 37 del Proyecto, no en el 39.

La referida actualización de la remisión ha de efectuarse también en el artículo 36.2 del Proyecto.

16. Artículo 23. Régimen de sesiones.

El apartado 2 prevé la sustitución del Presidente de la federación por parte del Director General de Deportes cuando aquél desoyera tanto la petición de convocatoria extraordinaria de la Asamblea General formulada con los requisitos establecidos en el apartado anterior (1, letra b) del Proyecto, como el requerimiento de la Administración deportiva para efectuar dicha convocatoria. En tal supuesto, la Dirección General de Deportes convocará directamente la Asamblea.

El fundamento legal de esta previsión se encuentra en el artículo 48.1, letra b) LDMU, que regula tal actuación por sustitución como medida cautelar orientada a garantizar el efectivo cumplimiento de las funciones públicas encomendadas a la federación. Coherentemente con la finalidad a que se ordena, la Ley limita la posibilidad de sustituir al Presidente a los supuestos en que la convocatoria tenga por objeto “el debate y resolución de todas las cuestiones relacionadas directa o indirectamente con el ejercicio de funciones públicas delegadas”, restricción material que no incluye la previsión reglamentaria.

Como ya quedó expuesto, la naturaleza privada de las federaciones les reserva un ámbito de autonomía respecto de la injerencia pública, la cual debe siempre tener como referente obligado y límite el interés general y las funciones públicas que, en orden a su consecución y garantía, ostentan las federaciones deportivas por delegación de la Administración. Coherentemente con dicho régimen, la LDMU respeta ese espacio vedado a la intervención pública, limitado a las cuestiones que afecten al ejercicio de las funciones públicas. Debe incorporar al Proyecto sometido a consulta esa misma restricción, no sólo por su condición de reglamento ejecutivo que le impide establecer medidas exorbitantes de las que dispone la Ley que desarrolla, sino también porque la injerencia que supondría la sustitución del Presidente por el Director General de Deportes en asuntos estrictamente privados, relativos a la esfera doméstica de las federaciones y a las relaciones entre ésta y sus componentes, y sin relación alguna con las funciones públicas delegadas, carecería de sentido.

17. Artículo 24. Convocatorias.

a) El apartado 4 menciona por primera vez a la “Junta Directiva”. Es éste el órgano de gestión tradicional de las federaciones deportivas, aunque la LDMU no exige su existencia, pudiendo prever los estatutos federativos otros órganos con denominación y

perfiles diferentes. Por ello, la alusión efectuada por el precepto reglamentario debería ser más genérica, para referirla al órgano de gestión de la federación. Así ocurre también en otros preceptos como el 35.1, letra b) del Proyecto.

b) El mismo apartado 4 debería exigir también el cumplimiento de los requisitos de publicidad de la convocatoria establecidos en el apartado 1, pues la urgencia nunca debe menoscabar los derechos y garantías de los componentes de la federación.

18. Artículo 26. Composición.

a) De conformidad con la LDMU (artículo 38.1) y el propio Proyecto sometido a consulta (artículo 2.1), las federaciones deportivas están integradas, entre otros estamentos, por clubes deportivos, a los cuales corresponde, además, la promoción del nacimiento de la federación (artículo 42.1 LDMU). Sin embargo, el artículo 26.2, letra a) del Proyecto alude al estamento “entidades deportivas”, género que, si bien incluye como especie a los referidos clubes deportivos, es más amplio, pues abarca entes de naturaleza tan diversa como las propias federaciones deportivas, las sociedades anónimas deportivas y las entidades de promoción y recreación deportiva (artículo 36 LDMU).

Procede, en consecuencia, sustituir la referencia a las entidades deportivas por la legalmente más ajustada de clubes deportivos, advirtiendo, además, que el mantenimiento en el texto de la referencia a las “entidades deportivas” como estamento federativo podría dar lugar a una interpretación no ajustada a la LDMU, que amparara la eventual incorporación a las federaciones deportivas de otras federaciones.

La sustitución no sólo ha de quedar limitada al referido artículo 26, sino que debe extenderse a todo el Proyecto. Así, sin ánimo exhaustivo, ha de actuarse sobre preceptos como el 27.1, letra a) y 4; 35.1, letra b); 42, letra a) -obsérvese que en este precepto, la definición que se da de entidad deportiva coincide con el concepto de club deportivo establecido por el artículo 50 LDMU-; 44.4, letras a) y c); y 48.1, letra a).

b) El Proyecto ganaría en precisión y claridad si el apartado 2 efectuara una descripción de cada uno de los estamentos, estableciendo qué se entiende por cada uno de ellos y a quién o qué engloba. En este sentido, quizás fuera conveniente trasladar aquí la definición que de aquéllos se contiene en el artículo 42 del Proyecto.

c) El apartado 3 prevé que en los estatutos se expliciten los requisitos para la integración en el estamento de “otros colectivos”, considerando el Consejo Jurídico oportuno que también se estableciera su composición concreta y las reglas de proporcionalidad interna del estamento para el caso de existir más de un colectivo integrado en él.

19. Artículo 27. Proporcionalidad

El apartado 4 debería finalizar, para ganar en precisión, incorporando el inciso “correspondiente a cada especialidad”.

20. Artículos 28 (funciones) y 29 (incompatibilidades y sustitución).

a) El artículo 28.2 del Proyecto establece un supuesto de incompatibilidad, por lo que su ubicación más adecuada es el artículo 29. Del mismo modo, el apartado 2 del artículo 29 regula aspectos del cargo de Presidente que encontrarían un mejor acomodo en el artículo 28.

b) El artículo 29.1 ganaría en precisión si se sustituye la expresión “salvo que causen excedencia o cesen en la prestación de servicios”, por la técnicamente más rigurosa de “salvo que se extinga o suspenda la prestación de servicios”.

c) El artículo 29.3 parece conferir un carácter necesario a la figura de vicepresidente, cuando de la lectura de la LDMU y del resto del Proyecto se desprende lo contrario, es decir, que puede no existir. De hecho, serán los estatutos de cada federación los que determinen la existencia de cualesquiera órganos de gobierno y representación diferentes de la Asamblea General y el Presidente, por así disponerlo el artículo 40.3 LDMU.

De forma coherente con el referido carácter puramente facultativo del vicepresidente, el artículo 29.3 debería contemplar la posibilidad de su inexistencia, estableciendo la correspondiente salvedad: “...éste será sustituido por el vicepresidente, si existe”.

21. Artículo 31. Actividades económicas.

El apartado 2 somete a autorización expresa de la Dirección General de Deportes la posibilidad de que las federaciones deportivas aprueben presupuestos deficitarios y enajenen o cedan bienes muebles e inmuebles financiados, en todo o en parte, con fondos públicos de la Comunidad Autónoma.

El primer inciso, es decir, la limitación en cuanto a la posibilidad de aprobar presupuestos deficitarios, encuentra su fundamento legal en el artículo 46.4 LDMU, lo que debería tener su reflejo expreso en el precepto reglamentario, acudiendo a la consabida fórmula “De conformidad con lo dispuesto en el artículo...”

En cuanto al segundo inciso, la previsión constituye un exceso reglamentario por cuanto extiende más allá de los límites impuestos por la Ley la intervención de la Administración deportiva regional. En efecto, el artículo 5, letra g, LDMU únicamente prevé la necesidad de autorización en el supuesto de gravamen o autorización de bienes inmuebles financiados en su adquisición o construcción con fondos públicos de la Comunidad Autónoma. Adviértase, por tanto, cómo el precepto legal no somete a autorización la mera cesión de los bienes, ni tampoco la enajenación de los bienes muebles, como tampoco lo hace ningún otro artículo de la LDMU. Por último, el indicado precepto legal residencia la potestad de autorizar tales actuaciones en el titular de la Consejería competente en materia de deportes, mientras que el Proyecto la atribuye al Director General del ramo.

Debe recordarse en este punto que la definición e imposición de deberes y obligaciones a los administrados por vía meramente reglamentaria y sin una habilitación específica en la Ley debe ser rechazada. En efecto, fuera del ámbito natural o inherente al reglamento como norma, cual es el de las cuestiones organizativas de la Administración, aquél puede imponer deberes y obligaciones a los sujetos privados o limitar sus derechos subjetivos, pero siempre con un papel secundario y plenamente subordinado a la Ley, fuente que puede habilitar al poder ejecutivo para regular de forma complementaria a su propia normación, pero siempre que tal habilitación tenga carácter específico y concreto. En expresión de una doctrina ya clásica, el Reglamento, en aquellos aspectos normativos que exceden del ámbito interno de la organización administrativa, es instrumento de ejecución de la Ley, no norma autónoma que pueda prevalecer, suplir o sustituir a aquélla. La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1987, dirá que “*el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley, de modo inmediato*”

o mediato, a través de la habilitación". El entramado básico del ordenamiento pertenece a la Ley, dada su fuente de legitimidad y su función creadora, de modo que sólo ella puede definir las situaciones básicas de los sujetos, sus deberes, obligaciones y derechos. Por ello, como manifestación explícita del principio de "complemento indispensable" predicable del reglamento ejecutivo respecto de la Ley desarrollada, aquél no puede agravar cargas u obligaciones contenidas en ésta, sino simplemente establecer las normas precisas para asegurar la plena efectividad de la Ley. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al indicar 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"*.

En consecuencia, procede adecuar la redacción del apartado a la de los preceptos legales que le dan cobertura, limitando la necesidad de autorización a aquellos supuestos previstos por la Ley y residenciando la potestad en el titular de la Consejería, quien podrá delegar su ejercicio en el Director General competente, si lo estima oportuno. En lo demás, no puede el Consejo de Gobierno establecer, *ex novo*, limitaciones a la libertad de actuación de los sujetos privados.

22. Artículo 32. Contabilidad.

Dispone el precepto que las federaciones han de ajustar su contabilidad a las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las federaciones deportivas, "que se desarrollará por la Consejería competente en materia de Economía y Hacienda".

El inciso transcrito debe ser suprimido. A diferencia de lo que ocurre con la contabilidad pública, la Comunidad Autónoma carece de competencias normativas en materia de contabilidad empresarial, no pudiendo, en consecuencia, la Consejería de Economía y Hacienda dictar normas de adaptación al Plan General de Contabilidad. Éstas serán las dictadas con ámbito nacional por el Ministerio de Economía y Hacienda, mediante Orden de 2 de febrero de 1994.

Como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto 1643/1990, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, éste "constituye el desarrollo en materia contable de la legislación mercantil", lo que le confiere asimismo carácter iusprivatista y, en consecuencia, excluye cualquier intervención normativa autonómica, atendida la reserva que, para su regulación, efectúa la Constitución (artículo 149.1, 6ª) a favor del Estado. Las Disposiciones Finales primera y quinta del Real Decreto precitado atribuyen al Ministro de Economía y Hacienda la aprobación mediante Orden de las adaptaciones sectoriales del Plan General de Contabilidad, y al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la de las normas de obligado cumplimiento que desarrollen el Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales en relación con las normas de valoración y las normas de elaboración de las cuentas anuales.

En consecuencia, debe suprimirse el inciso que atribuye a la Consejería de Economía y Hacienda el desarrollo de las normas contables a que habrán de sujetarse las federaciones deportivas.

23. Artículo 35. Régimen documental.

Ya el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia advirtió de la conveniencia de adecuar el nombre del Libro Registro de miembros federados (apartado 1, letra a) a la realidad de los en él inscritos, que son personas físicas federadas, por contraposición con las personas jurídicas que deberán quedar inscritas en el Libro regulado en el apartado 1, letra b). El Consejo Jurídico considera tal sugerencia acertada y la hace suya.

24. Artículo 37. Competiciones oficiales.

El apartado 4 encontraría una ubicación más adecuada en el artículo 35.2 del Proyecto, en tanto que complementa la regulación allí establecida, al fijar plazo y órgano ante el que ha de presentarse el proyecto anual de actividades. Procede, en consecuencia, suprimir el apartado e incorporar su regulación al artículo 35.2, debiendo decidir en tal caso el órgano impulsor del Proyecto si los extremos relativos al plazo y órgano han de resultar extensibles al resto de documentos contenidos en el referido artículo o sólo serán exigibles respecto del proyecto anual de actividades.

25. Artículo 39. Competiciones oficiales de ámbito nacional e internacional.

El apartado 1 otorga a las federaciones deportivas la representación de la Región de Murcia en las competiciones deportivas oficiales de carácter nacional, celebradas dentro y fuera del territorio de la Comunidad Autónoma.

El precepto es deudor del artículo 5 RD 1835/1991 que atribuye a las federaciones deportivas españolas la representación de España en las actividades y competiciones deportivas oficiales de carácter internacional celebradas fuera y dentro del territorio nacional. A tales efectos les corresponde la elección de los deportistas que han de integrar las selecciones nacionales. El fundamento legal de esta previsión reglamentaria se contiene en el artículo 33.2, bajo el epígrafe “funciones de las federaciones deportivas españolas”, cuyo contenido sustancialmente reproduce el Real Decreto.

A diferencia del ordenamiento deportivo estatal, nuestra LDMU no contiene un pronunciamiento similar, sino que guarda silencio acerca de la función representativa, limitándose a atribuir a las federaciones deportivas la función de seleccionar a los deportistas de su modalidad que hayan de integrar las selecciones autonómicas (artículo 44.1, letra g, LDMU). Esta función de elección de deportistas no puede reconvertirse por extensión en una función representativa de la Región, por lo que procede aclarar el precepto para sustituir lo que parece apuntar a una función representativa por la expresión “*Canalizará la presencia de la Región de Murcia en las competiciones deportivas nacionales*”, o fórmula similar.

26. Artículo 41. Licencias federativas.

a) El apartado 2 define la licencia como mero documento que formaliza la relación de especial sujeción que une a la federación con la persona o entidad afiliada. Si bien es cierto que la licencia, formalmente, se materializa en un documento, no lo es menos que su otorgamiento constituye un acto de contenido o función doble. Por un lado otorga o establece el título jurídico que habilita para intervenir en competiciones y actividades deportivas oficiales, y de otra parte constituye el instrumento jurídico para la integración de quien lo posee en la federación emisora de la licencia, con el entramado de derechos y deberes que constituyen el contenido de dicha relación.

Por ello, considera el Consejo Jurídico que limitar el concepto de licencia federativa a la manifestación estrictamente documental del acto que constituye su verdadera esencia es empobrecedor y excesivamente simplista, manifestaciones que, en cualquier caso, se efectúan desde el conocimiento del carácter tradicional de dicho concepto en el ordenamiento deportivo español, lo que no empece a su crítica.

b) El apartado 4 reproduce el contenido del artículo 32.4 LD y 7.2 RD 1835/91. Debe recordarse que ya el Anteproyecto de la que luego sería LDMU contemplaba un precepto de similar redacción al ahora analizado, siendo eliminado en la redacción definitiva de la Ley tras la observación formulada por el Consejo Jurídico en el Dictamen 19/2000, que indicaba cómo aunque el texto reproduzca la normativa estatal la Comunidad Autónoma carece de competencia para decidir cuándo una licencia federativa habilita para participar en competiciones ajenas a su competencia. Los mismos argumentos esgrimidos en su momento frente al Anteproyecto de Ley exigen hoy la supresión del precepto reglamentario.

27. Artículo 42. Requisitos.

De conformidad con las Directrices de técnica normativa de constante cita, el artículo se divide en apartados que se numerarán en cardinales arábigos, en cifra. Cuando deba subdividirse un apartado se hará en párrafos señalados con letras minúsculas, ordenadas alfabéticamente (Directriz 31).

Estas normas de estructura no se han seguido en el artículo 42, donde se han aplicado a la inversa.

28. Artículo 43. Derechos y obligaciones.

El apartado 3 reproduce el artículo 21.1 LDMU, si bien se separa del precepto legal en la determinación de los obligados a someterse a los controles antidopaje y en el elenco de órganos que pueden requerir al deportista su paso por tales controles.

En cuanto al primer extremo, el Proyecto no se limita a los deportistas con licencia para participar en competiciones deportivas de ámbito autonómico, como hace la LDMU, sino que extiende la obligación de someterse a control a aquellos que posean “licencia federativa para participar en competiciones de cualquier ámbito”. Una vez más, la limitación de las competencias autonómicas en la materia, inexistentes en relación a las competiciones de ámbito supraautonómico, aconsejan adecuar el precepto reglamentario al legal que le sirve de fundamento.

Asimismo, respecto a los órganos que pueden requerir al deportista su sometimiento al control antidopaje, la Ley es más precisa que el reglamento, pues establece una enumeración cerrada, frente a la abierta por la que opta el Proyecto. Éste debe adecuar su redacción, también en este extremo, a la de la Ley.

29. Artículo 44. Expedición de licencias.

El apartado 8 establece el plazo máximo de tramitación de la licencia y el sentido positivo del silencio, si bien lo condiciona a que el solicitante reúna los requisitos necesarios para su obtención.

El carácter reglado de la expedición de las licencias (artículo 44.2 del Proyecto) convierte este último inciso en una excepción a la regla del silencio administrativo

positivo que no puede ser establecida en una norma reglamentaria (artículo 43.2 LPAC). En efecto, iniciado el procedimiento con la solicitud de licencia, la federación debe resolver en el plazo máximo establecido en sus estatutos o, en defecto de previsión estatutaria expresa, en dos meses. Si no lo hace, la licencia queda concedida por silencio administrativo, sin perjuicio de que la federación pueda promover el correspondiente procedimiento para dejarla sin efecto si el solicitante no reúne los requisitos necesarios para su obtención.

30. Artículo 45. Contenido de las licencias.

a) Como ya se indicó, la división interna del artículo es objeto de la Directriz 31 de las de técnica normativa tantas veces citadas. Según dicha instrucción, el artículo se divide en apartados, numerados en cardinales arábigos en cifra. La división del apartado se hará en párrafos señalados con letras minúsculas ordenadas alfabéticamente y, cuando hayan de subdividirse estos párrafos, se numerarán las divisiones con ordinales arábigos (1º, 2º, 3º, etc.). Debe aplicarse esta regla a la división del artículo 45.1, letra a), cuyos números 1 y 2 deben pasar a ser 1º y 2º.

b) Como ya advirtió el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, el apartado 1, letra a), 1º reproduce el artículo 65, letra a) LDMU, si bien no desarrolla la remisión reglamentaria que efectúa el precepto legal.

c) El apartado 1, letra b), debería pasar a ser el número 3º del apartado 1, letra a), pues la responsabilidad civil allí contemplada constituye uno de los riesgos cuya cobertura resulta obligatoria para el seguro anejo a la licencia federativa, de conformidad con el artículo 65, letra c) LDMU.

En consecuencia, el actual apartado 1, letra c) del Proyecto debería convertirse en el apartado 1, letra b).

d) Debería incorporarse una nueva letra c) al apartado 1, para exigir que el importe de la licencia comprenda la cuota correspondiente a la federación deportiva española en que se integre la federación regional, pues así lo establece el artículo 7.2 RD 1835/1991, que igualmente dispone que las licencias expedidas por las federaciones de ámbito autonómico sólo habilitarán para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal, cuando aquéllas se encuentren integradas en una federación deportiva española y abonen a ésta la correspondiente cuota económica.

31. Título VII. Régimen electoral.

a) De forma coherente con el resto del Proyecto, el Título debería iniciarse con un precepto que “recordara” la remisión general que de la regulación del régimen electoral efectúa el artículo 40.4 LDMU, a favor del reglamento electoral de cada federación deportiva. Por ello, además, convendría traer al comienzo del Título las normas que el Proyecto dedica al referido reglamento (artículo 56), en tanto que norma rectora de los procesos electorales que se desarrollan a continuación en el futuro Decreto.

De hecho, el Consejo Jurídico sugiere un cambio en el orden interno del Título, en orden a conseguir una mejor sistemática. A tal efecto, se apunta como posible modelo de estructura normativa la propia Ley Orgánica de Régimen Electoral, de forma que, tras las normas sobre el reglamento electoral de las federaciones deportivas, se establecieran, por este orden, las relativas a electores y elegibles, órganos electorales, censo electoral y procedimiento.

32. Artículo 50. Comisión Gestora.

a) El precepto debería precisar cuál es su composición, cuándo y cómo se designa, o bien remitir la regulación de tales extremos al reglamento electoral de la federación. Asimismo, siguiendo lo dispuesto en el artículo 9 de la Orden de 11 de abril de 1996, del Ministerio de Educación y Ciencia, por la que se establecen los criterios para la elaboración de reglamentos y realización de los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas y agrupaciones de clubes, podría indicarse que la convocatoria de elecciones conllevará la disolución de los órganos federativos de gestión (Junta Directiva), que pasarán a constituirse en Comisión Gestora, tal y como también prevé el artículo 8 de la Orden de 12 de marzo de 1986, de la Consejería de Cultura y Educación, por la que se dictan instrucciones para la elección de Asambleas Generales y Presidentes de federaciones deportivas. De no existir tal Junta Directiva, la Comisión Gestora sería designada por la Asamblea General.

b) El apartado 4 prevé el cese de la Comisión Gestora una vez se produzca la proclamación definitiva del Presidente de la federación. La utilización del término “proclamación definitiva” siembra alguna duda acerca del procedimiento electoral, en particular, acerca de si hay una proclamación provisional del elegido como Presidente, pues nada se dice acerca de ella en el Proyecto. De no existir esa doble proclamación, debería suprimirse el adjetivo “definitiva”.

33. Artículo 51. Junta electoral federativa.

a) Las normas jurídicas imponen y ordenan, en tanto que manifestación extrema del “ius imperium” de que goza la Administración, por lo que no deben expresar meros deseos o preferencias, como hace el artículo 51.2 del Proyecto, al establecer que “preferentemente”, uno de los miembros de la junta y su suplente serán licenciados en Derecho. Al margen de la conveniencia, ya apuntada por la Dirección de los Servicios Jurídicos, de que todos los componentes de este órgano poseyeran tal titulación, atendida la naturaleza de los cometidos a desempeñar, lo que no es admisible es que se establezca el requisito como mera recomendación, debiendo la norma bien exigirlo de forma imperativa -opción que el Consejo Jurídico considera más oportuna-, bien guardar silencio al respecto. Adviértase que la posibilidad de que los miembros de la Junta sean ajenos al ámbito federativo, facilita sobremanera el cumplimiento del requisito.

La observación cabe extenderla también al artículo 58.3 del Proyecto, que, al regular la composición de los comités disciplinarios, establece que deberán estar integrados “preferiblemente por licenciados en Derecho”, y al artículo 72.2, cuando dispone que la persona a la que se encargue la realización de las actuaciones previas en el seno del procedimiento disciplinario, “preferiblemente habrá de ser licenciado en Derecho”. Del mismo modo, el artículo 73.1, letra g) alude a que el instructor del procedimiento disciplinario “preferiblemente será licenciado en Derecho”

b) El apartado 10 debe coordinarse con el Decreto 65/2002, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la Junta de Garantías Electorales del Deporte de la Región de Murcia. Su artículo 3, letra b), atribuye al referido órgano la competencia para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones adoptadas en el procedimiento electoral, y en relación con el mismo, por los órganos competentes de las federaciones

deportivas. Por tanto, si conoce de los recursos contra cualquier acto dictado por los órganos federativos en el seno del procedimiento electoral, le corresponde conocer de los recursos que versen sobre todos los actos que, en ejercicio de sus funciones puede dictar la Junta electoral, y no sólo, como prescribe el artículo 51.10 del Proyecto, contra los actos del referido órgano que sean resolutorios de impugnaciones y reclamaciones.

Así, por ejemplo, corresponde a la Junta de Garantías Electorales de la Región de Murcia conocer de los recursos que versen sobre proclamación de candidaturas (artículo 3, letra b, Decreto 65/2002), acto que dicta la Junta electoral federativa, y que carece de carácter resolutorio de recurso o impugnación algunos y que, por tanto, no tendría cabida en la redacción del artículo 51.10 del Proyecto.

No parece que sea intención del redactor de la norma reducir el ámbito competencial de la Junta de Garantías Electorales de la Región de Murcia ni modificar en este extremo el Decreto 65/2002, por lo que se sugiere la coordinación entre los preceptos reglamentarios para evitar contradicciones, siempre generadoras de dudas interpretativas.

c) En el apartado 10, in fine, debe sustituirse la denominación del órgano “Junta de Garantía Electoral del Deporte de la Región de Murcia”, por su nombre legal: Junta de Garantías Electorales del Deporte de la Región de Murcia.

34. Artículo 53. Elecciones a Presidente.

a) En el apartado 2 debe sustituirse el término “presentación” por “relación”.

b) Los apartados 3 y 4 regulan la fase del procedimiento en que se presentan las candidaturas, son analizadas por la Junta Electoral Federativa y se procede a la proclamación de los candidatos, con exclusión de aquéllos que no cumplan los requisitos necesarios. El sistema diseñado en el Proyecto establece un recurso sobre la admisión y exclusión de candidatos a interponer frente al órgano electoral federativo, que ha de resolver en un plazo de tres días.

Si bien no se aprecia obstáculo legal para establecer dicha regulación, lo cierto es que la existencia de un recurso directo ante la Junta de Garantías Electorales de la Región de Murcia frente a la proclamación de candidaturas (artículo 3, letra b, Decreto 65/2002) lleva al Consejo Jurídico a sugerir otro procedimiento que, sin reducir las garantías de los candidatos, quizás permite una mejor coordinación con la regulación de la Junta de Garantías Electorales. Para ello bastaría con sustituir el trámite de recurso contemplado en el artículo 53.2 del Proyecto por un trámite de subsanación de defectos ante la Junta Electoral Federativa, al modo del previsto en el artículo 47.2 LOREG, tras el cual se produciría la proclamación de candidatos, pudiendo entonces ser impugnada ante la Junta de Garantías Electorales.

c) Dada la trascendencia que para la actividad de la federación tiene la elección del Presidente, quizás fuera conveniente establecer en el apartado 5 el plazo máximo en que debe procederse a ella desde la constitución de la nueva Asamblea General.

35. Artículo 56. El reglamento electoral federativo.

a) El primer párrafo utiliza el término “particularismo”, palabra con dos acepciones según la Real Academia Española: “1. *Preferencia excesiva que se da al interés particular sobre el general.* 2. *Propensión a obrar por el propio albedrío*”.

Parece evidente que ninguna de las acepciones reseñadas responde a la voluntad del redactor de la norma, sino a un mero lapsus semántico fácilmente corregible mediante la sustitución del referido término por el de “particularidades”.

b) El uso de la expresión “*en su caso*” da pie a ambigüedades e imprecisiones siempre rechazables en las normas jurídicas. Por ello, en el apartado f) se sugiere la sustitución de dicha expresión por la siguiente: “De existir más de una...”

c) Las letras l) y m) pueden ser refundidas en una sola: “*l) Reglas para la elección del Presidente, con indicación expresa....*”

36. Artículo 57. Potestad disciplinaria.

a) En el apartado 1 debe sustituirse la locución “*del presente Título y de sus disposiciones estatutarias*” por la sintácticamente más adecuada “en el Presente Título y en sus disposiciones estatutarias”.

b) Ha desaparecido del Proyecto cualquier referencia al ámbito subjetivo de aplicación de la potestad disciplinaria de las federaciones deportivas, que sí existía en el tercer borrador. Fue suprimida a instancias del Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, pues la redacción propuesta se separaba de la dicción legal y resultaba redundante con otro precepto del Proyecto que, en la versión definitiva, también ha desaparecido.

Suprimidas ambas previsiones reglamentarias, el Proyecto no establece sobre quién pueden ejercer las federaciones sus facultades disciplinarias, lo que, si bien no constituye una verdadera laguna, pues la propia LDMU (artículo 88.2, letra a) establece el ámbito personal del citado poder corrector, omitir su regulación en el Proyecto no deja de resultar sorprendente cuando el resto del Título destinado a la disciplina federativa contiene numerosas reproducciones (unas expresas, otras no) de contenidos legales. Por ello, considera el Consejo Jurídico que, atendida la opción normativa ya puesta de manifiesto, procede incorporar un precepto que delimite el ámbito de aplicación de la potestad disciplinaria, en términos similares a los que siguen: “*2. De conformidad con el artículo 88.2, letra a) de la Ley..., el régimen disciplinario regulado en este Título es el que corresponde a las federaciones deportivas sobre todas las personas físicas o jurídicas federadas*”.

37. Artículo 60. Competencias de los órganos disciplinarios.

a) Sería conveniente incluir una cláusula de salvaguardia de las competencias del Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia, ya que podría darse una superposición de facultades disciplinarias sobre un mismo hecho, atendida la competencia que le reconoce el artículo 3.2 del Decreto 71/2001, de 11 de octubre, que aprueba su reglamento. En efecto, este órgano puede actuar tanto en segunda instancia, conociendo entonces de los recursos contra los actos de los órganos disciplinarios federativos (artículo 3.1 Decreto 71/2201), como también en primera instancia, para iniciar, tramitar y resolver expedientes disciplinarios promovidos por las Administración deportiva autonómica (artículo 3.2).

En consecuencia, se propone iniciar el apartado 1 con una redacción igual o similar a “Sin perjuicio de las competencias propias del Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia...”

b) El apartado 1 alude a unas eventuales “*conductas deportivas tipificadas como infracción... en este Decreto*”. Si bien en anteriores versiones del Proyecto existía

un Capítulo, el II, denominado “Infracciones y sanciones, la supresión en la versión definitiva de la regulación allí contenida obliga a eliminar también cualquier referencia a infracciones tipificadas en este Decreto, pues constituiría un conjunto vacío.

Esta observación resulta extensible al artículo 68.1 del Proyecto.

38. Capítulo II. Procedimiento disciplinario.

De la lectura del Capítulo se desprende que no sólo sigue el modelo del procedimiento sancionador dibujado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, sino que incluso transcribe muchos de sus preceptos. Cabe preguntarse, pues, acerca de la necesidad del Capítulo, pues quizá bastara con la remisión genérica al reglamento estatal (ya sugerido por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente) con las necesarias adaptaciones a las especialidades federativas, las cuales podrían ser objeto de regulación, bien en el Proyecto, bien por remisión a lo dispuesto en los estatutos de cada federación (artículo 65 del Proyecto).

39. Artículo 69. Prescripción y caducidad del procedimiento.

Si bien el artículo transcribe el artículo 6 RD 1398/1993, debe adecuarse su redacción a las modificaciones legales habidas desde que el reglamento estatal entró en vigor. Éste responde a la regulación que en materia de resolución de los procedimientos establecía la redacción original de la LPAC, previa a la modificación sufrida por Ley 4/1999. Tras ésta, la caducidad del procedimiento ya no determina el archivo del expediente sin más trámites, sino que precisa de una resolución que declare la caducidad (artículo 42.1 LPAC), la cual ordenará el archivo de las actuaciones (artículo 44.2 LPAC).

Conforme al régimen procesal descrito, el apartado 2 del precepto habría de ser actualizado en términos similares a los siguientes *“Transcurridos dos meses desde la fecha en que se inició el procedimiento, sin haber sido notificada al imputado su resolución, se declarará la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, notificándose al imputado”*.

40. Artículo 73. Acuerdo de iniciación.

Al enumerar el contenido mínimo del acuerdo de iniciación se ha omitido la letra c), pasando de la b) a la d). De forma similar al artículo 13 RD 1398/1993, que sirve de modelo al precepto objeto de consideración, debería incluirse en el acuerdo de iniciación la identificación del órgano competente para resolver el procedimiento.

Del mismo modo, en la actual letra d), cabría completar el apartado exigiendo que en el propio acuerdo de iniciación se indicara al imputado los beneficios que el reconocimiento voluntario de la infracción o el pronto cumplimiento de la sanción pueden reportarle, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 del Proyecto.

41. Artículo 76. Prueba.

a) Quizás fuera conveniente remitir el régimen de la prueba a lo dispuesto en la LPAC, al modo del artículo 17 RD 1398/1993.

b) Asimismo, y de forma similar a lo dispuesto en el artículo 82.3 LD, sería oportuno limitar la presunción de veracidad contenida en el artículo 76.3 del Proyecto a los deportes concretos y específicos que lo requieran.

42. Artículo 78. Audiencia.

Reproduce el precepto el artículo 19 del RD 1398/1993, si bien suprime determinadas previsiones como la obligación de incorporar a la notificación de la apertura del trámite de audiencia una relación de los documentos obrantes en el procedimiento, y el establecimiento del plazo para efectuar el trámite. Estos extremos son verdaderas garantías del interesado, que no deberían ser omitidas en el precepto proyectado, salvo que se previera expresamente su establecimiento por los estatutos federativos.

Dicha observación resulta extensible a los plazos a que alude el artículo 79.2 del Proyecto.

43. Disposición Adicional única.

El contenido de la disposición es un régimen excepcional, en tanto que exige a determinados clubes deportivos del cumplimiento del requisito establecido en el artículo 42, letra a), 1, precepto donde habría que anunciar ya la existencia de la excepción, acudiendo a la fórmula, "...sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Adicional única de este Decreto".

44. Disposición Final primera.

La disposición pretende efectuar una genérica habilitación a favor del Consejero competente en materia de deportes para el desarrollo normativo del futuro Decreto, 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.

Procede, en consecuencia, su supresión.

45. 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 Segunda y con las matizaciones efectuadas en la Consideración Tercera acerca del alcance de su regulación.

SEGUNDA.- La incorporación al texto de las sugerencias que en materia de técnica normativa se contienen en la Consideración Quinta, dotarían de mayor perfección al futuro Decreto.

TERCERA.- Tienen carácter esencial las observaciones relativas a los siguientes preceptos: artículos 8.3; 9, letra c); 10, letra b); 23.2; 31.2; 32; 39.1; 41.4; 43.3; 44.8; 69; y Disposición Final primera.

Además de las anteriores es también consideración esencial la relativa a la sustitución del término “entidades deportivas” por “clubes deportivos”, observación que se efectúa en relación al artículo 26.2, letra a) y que se hace extensiva a otros preceptos como el 27.1, letra a) y 4; 35.1, letra b); 42, letra a); 44.4, letras a) y c); y 48.1, letra a).

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 120/06.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil L. P. S.A., para asistencia técnica del Plan de Control Técnico de Calidad de la ejecución de las obras de remodelación y adecuación de la cocina del H.G.U. Morales Meseguer.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 10/07/06

Extracto de Doctrina

El carácter urgente de estos procedimientos, expresamente declarado por la normativa de contratos administrativos (artículo 109.2 RCAP), aplicable preferentemente a la normativa sobre procedimiento administrativo común, así como el relevante interés público presente en la contratación administrativa, impiden que en tales procedimientos sea operativo el instituto de la caducidad previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC (artículo 92.4 de dicha Ley).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 28 de octubre de 2004, se suscribe contrato de asistencia técnica para la “Elaboración y ejecución del plan de control técnico de calidad de la ejecución de las obras de remodelación y adecuación de la cocina del Hospital General Universitario Morales Meseguer de Murcia”, entre el Servicio Murciano de Salud (SMS) y Laboratorios P. S.A. El precio del contrato es de 9.360 euros, IVA incluido, fijándose un plazo de ejecución de 18 meses, según el siguiente detalle: 5 meses durante la ejecución de la

obra; 12 meses para el seguimiento y verificación del funcionamiento de las unidades de obra ejecutadas; y 1 mes para la entrega final.

SEGUNDO.- Según consta en el expediente, en febrero de 2005, el Jefe de Servicio de Obras y Contratación del SMS advierte un retraso en la ejecución del contrato y requiere al contratista para que remita los informes a que venía obligado en cumplimiento de aquél.

TERCERO.- El 18 de noviembre de 2005 la Oficina Técnica del SMS emite informe, según el cual:

“la citada empresa de control de calidad realizó el trabajo previsto entre Noviembre 2004 y Marzo 2005, presentando los correspondientes informes mensuales de los trabajos realizados de los siguientes periodos:

Nov-Dic. 2004

Enero-2005

Febrero-2005

Marzo-2005.

No teniendo constancia que a partir de esta fecha se haya realizado en la obra, ningún tipo de trabajo por parte de la empresa de control de calidad.

Que a fecha 31 de Marzo 2005, la obra se encontraba al 18,8 % de su ejecución según certificación de obra, y que los trabajos pendientes de realizar por parte de la empresa de control de calidad son:

- en la fase de obra el 75,44 % de los trabajos a realizar*
- la realización de las pruebas finales*
- seguimiento y realización de informes durante el periodo de garantía.*

Estimándose el total de los trabajos pendientes en un 83,44 del total del previsto a realizar”.

CUARTO.- Con base en el referido informe técnico, el Director Gerente del SMS, por Resolución de 29 de noviembre de 2005, ordena la incoación de expediente de resolución contractual por incumplimiento, con audiencia al contratista.

Notificada dicha resolución a la contratista el 15 de diciembre siguiente, ese mismo día se recibe contestación, vía fax, de sus administradores concursales, en la que informan de la situación concursal en que se encuentra la empresa, motivo por el que no se ha podido cumplir con las obligaciones contractuales, advirtiendo, además, de la improbabilidad de cumplimiento en el futuro. No obstante, se oponen a la resolución del contrato, con base en los artículos 62 y 63 de la Ley Concursal, proponiendo la cesión del contrato a otra empresa, denominada “I. T. C., S.A.(...) que cuenta con los mismos medios que en su día contaba Laboratorios P., S.A., así como personal experimentado, dado que se encuentran establecidos en las instalaciones que ocupara Laboratorios P., S.A.”.

Al referido escrito de alegaciones se adjunta auto de declaración de concurso y acreditaciones de los firmantes como administradores concursales.

QUINTO.- Con fecha 16 de enero de 2006, el Servicio Jurídico del SMS emite informe favorable a la resolución contractual, desestimando la alegación relativa a la cesión del contrato, pues si bien podría aceptarse en una relación jurídico-privada, resulta impedida con base en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, que prevé la resolución imperativa del contrato con ocasión de la declaración de quiebra, concurso de acreedores, insolvencia o fallido (artículo 112.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en adelante TRLCAP).

SEXTO.- En tal estado de tramitación, el 23 de marzo de 2006, el expediente fue remitido al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen. Advertido que el expediente no cumplía los requisitos formales exigidos por la normativa reguladora de la actividad consultiva de aquél, se requirió a la Consejería consultante para que lo completara con la copia autorizada del texto definitivo de la propuesta de resolución del contrato, verdadero objeto de la consulta (Acuerdo 5/2006, adoptado en sesión de 27 de marzo de 2006).

SÉPTIMO.- Con fecha 22 de junio de 2006, se recibe en el Consejo Jurídico escrito del Secretario General de la Consejería de Sanidad al que adjunta la propuesta de resolución contractual.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Cuestiones formales y de procedimiento.

a) De conformidad con el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en adelante RCAP, la resolución de oficio del contrato exige cumplir los siguientes trámites: a) dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales; b) al avalista, si se propone la incautación de la fianza; c) informe del Servicio Jurídico; y d) caso de formular el contratista oposición, Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. El expediente acredita el cumplimiento de los trámites señalados con las letras a) y c), sin que conste presentación de aval alguno que exigiera otorgar audiencia a un eventual avalista o asegurador de la fianza constituida. La emisión de este Dictamen persigue hacer efectivo el último de los trámites preceptivos.

No obstante la conclusión alcanzada acerca del cumplimiento de los trámites preceptivos, se advierte que el de audiencia fue practicado de forma irregular, pues se concede un plazo de diez días naturales, cuyo *dies a quo* se fija el 5 de diciembre, fecha de redacción del escrito por el que se confiere la audiencia, y no, como sería preceptivo, el día siguiente al de su notificación al interesado. De hecho, según consta en la documentación postal incorporada al expediente, el interesado conoce la apertura del trámite de audiencia el 15 de diciembre de 2005, *dies ad quem* del plazo concedido. Por

añadidura, el trámite de audiencia queda limitado a la propuesta de resolución, cuando lo preceptivo es poner a disposición del interesado todo el expediente.

A pesar de dichas irregularidades, la contratista, a través de los administradores concursales, efectúa alegaciones sin interesar la concesión de nuevo plazo ni la vista del expediente completo, lo que permite dar por efectuado el trámite.

b) De conformidad con el artículo 113.5 TRLCAP, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida. Esta exigencia de contenido es trasladable al precedente inmediato de la resolución, su propuesta, sin que la obrante en el expediente se manifieste acerca de dicho extremo.

c) Como señalamos en el Dictamen 103/2003, el carácter urgente de estos procedimientos, expresamente declarado por la normativa de contratos administrativos (artículo 109.2 RCAP), aplicable preferentemente a la normativa sobre procedimiento administrativo común, así como el relevante interés público presente en la contratación administrativa, impiden que en tales procedimientos sea operativo el instituto de la caducidad previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC (artículo 92.4 de dicha Ley).

Ello no obstante, mal se compadece dicha urgencia con la injustificada demora, de casi tres meses, en la remisión a este Consejo Jurídico de la propuesta de resolución contractual, la cual ya estaba redactada en febrero de 2006, antes por tanto de la solicitud de Dictamen y del requerimiento efectuado por este Órgano Consultivo para completar el expediente.

d) La instrucción del procedimiento de resolución debería haberse completado mediante la realización de las oportunas averiguaciones acerca de dos extremos que, como se advertirá en la consideración siguiente, tienen relevancia en orden a la resolución del contrato e incautación de la fianza constituida: el estado de ejecución de las obras sobre las que había de ejercerse el control de calidad y la fase o sección en que se encuentra el procedimiento concursal que afecta al contratista.

TERCERA.- Sobre la causa de resolución esgrimida por la Administración.

1. De conformidad con la propuesta contenida en el expediente, la pretendida resolución del contrato se fundamenta en la causa establecida en el artículo 111, letra b) TRLCAP, es decir, *“la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”*.

Ha de advertirse que, en el momento de suscribir el contrato (28 de octubre de 2004), el precepto transcrito cuenta ya con dicha redacción, en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, pues su versión anterior, a la que se refiere el Servicio Jurídico del SMS en su informe, fue modificada por la Disposición Final décimotercera, apartado 3, de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio).

La incidencia de dicha Ley sobre el régimen de la resolución contractual asociada a la pérdida de solvencia del contratista no se limita al referido precepto, extendiéndose, asimismo, a los apartados 2 y 7 del artículo 112 TRLCAP. La interpretación sistemática de estas normas permite advertir que la mera declaración de concurso del contratista no

determina de forma inexorable la resolución contractual, cuando el concurso todavía no ha alcanzado la fase de liquidación. Hasta ese momento, la Administración puede optar por resolver el contrato o por su continuación si, en este último supuesto, el contratista aporta “*garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución*”.

Frente a la alegación de los administradores concursales, que pretenden la aplicación del régimen contenido en el artículo 62 de la Ley Concursal, para que sea el juez del concurso el que decida acerca de la procedencia o no de la resolución del contrato, la regulación sobre contratos administrativos resulta de preferente aplicación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 67.1 de la Ley Concursal. Según el precepto, 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.

2. El expediente, por su parte, resulta poco esclarecedor acerca del devenir del procedimiento concursal, pues únicamente consta el auto judicial de declaración del concurso, de fecha 18 de abril de 2005, y las credenciales de sus administradores, sin que ofrezca datos acerca de si se ha procedido a la liquidación del concurso o a su calificación, actuaciones procesales ambas que inciden sobre la resolución del contrato, la primera, y sobre la posibilidad de incautación de la fianza, la segunda.

Ello no obstante, considera el Consejo Jurídico que, sin perjuicio de las cautelas que más adelante se efectúan, el expediente contiene los suficientes elementos de juicio para pronunciarse sobre la procedencia de la resolución, en atención a los siguientes argumentos:

a) Porque la sola declaración del concurso, si bien no impone de forma imperativa la resolución del contrato, sí que habilita a la Administración para resolverlo, si considera que el contratista no le ofrece suficientes garantías para su ejecución (artículo 112.7 TRLCAP). En el supuesto sometido a consulta, los administradores concursales advierten de la improbabilidad de que pueda reanudarse la ejecución del contrato, llegando a solicitar la cesión del contrato a otra empresa. La autorización de esta última medida, sin embargo, resulta imposible, pues el artículo 114.2, letra b) TRLCAP exige como requisito necesario que el cedente tenga ejecutado al menos el 20% del importe del contrato, lo que de conformidad con el informe técnico obrante en el expediente no ocurre, al haberse realizado sólo el 16,56 por ciento de aquél.

En consecuencia, ante la falta de garantías de que le prestación pueda reanudarse, la Administración puede resolver el contrato al amparo del artículo 111, letra b) TRLCAP.

b) Porque atendiendo al informe de la Oficina Técnica del SMS relativo al grado de ejecución del contrato, desde marzo de 2005 no se han realizado trabajos relacionados con el mismo. Carece el expediente de datos acerca del estado de ejecución de las obras tras esa fecha, pero si se acreditara por la Administración que aquéllas continuaron, cabría advertir entonces un claro incumplimiento de las obligaciones que derivaban del contrato de asistencia técnica, pues su ejecución se habría abandonado cuando aún quedaba pendiente de realizar el 83,44 por ciento de su objeto.

Es cierto que, el 18 de abril de 2005, la empresa es declarada en situación de concurso, pero ello no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44.1 de la

Ley Concursal, salvo que el juez del concurso hubiera decidido acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, o bien el cese o la suspensión, total o parcial, de su actividad empresarial (artículo 44.6 de la misma Ley), lo que no consta que se haya producido en el procedimiento concursal que afecta al contratista. Adviértase aquí, como pone de manifiesto la doctrina, que la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado es una consecuencia lógica de la finalidad perseguida por el legislador: favorecer el mantenimiento de la empresa antes que su cierre. Y es que la empresa, bien gestionada, puede constituir una importante fuente de recursos económicos, que beneficia directamente a los acreedores del concurso. Por eso ha de continuar funcionando.

Además, el procedimiento de resolución contractual, *ab initio*, se funda en el incumplimiento de las obligaciones contractuales que incumbían a la empresa, no en su eventual declaración de concurso, desconocida para la Administración en el momento de incoar el expediente resolutorio. De hecho, como ya se dijo, los administradores concursales de la empresa, en su escrito de alegaciones, llegan a reconocer tanto la existencia de los incumplimientos contractuales previos -“*dificultades para el cumplimiento del contrato*”- como la poca probabilidad de que pueda cumplirse el contrato en un futuro -“*no siendo previsible que la situación permita remover los inconvenientes*”-, razón por la que llegan a proponer la cesión del contrato a otra empresa.

Acreditado en el expediente el incumplimiento grave, que cabe incluso calificar como abandono de la ejecución del contrato por parte del contratista, existiría causa de resolución al amparo de los artículos 95.6 y 111, letra g) TRLCAP.

En efecto, el contrato establece un plazo de ejecución de 18 meses, fijando plazos parciales en función de las actividades de control a realizar, según el siguiente detalle: a) 5 meses durante la ejecución de las obras de remodelación de las cocinas del Hospital; b) 12 meses durante el seguimiento de la puesta en marcha de las instalaciones; y c) 1 mes para la elaboración del informe final.

Como ya se dijo, según informa la Oficina Técnica del SMS, los trabajos de la empresa se realizan únicamente en el período comprendido entre noviembre de 2004 y marzo de 2005, es decir 5 meses. A pesar de la programación inicial de las obras, en esos cinco meses únicamente se habían ejecutado en un 18,8%, lo que determinaba la prórroga automática del contrato con P., S.A. de conformidad con su cláusula quinta, a tenor de la cual el plazo de ejecución de los trabajos de asistencia se prorroga en función de las variaciones del plazo de ejecución de las obras.

Aunque no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico si las obras continuaron y hasta cuándo se estuvieron ejecutando, lo que incide sobre el plazo total de ejecución del contrato de asistencia, no debe olvidarse que éste establecía diversas prestaciones parciales, con sus respectivos plazos, obligándose el contratista a elaborar y ejecutar el Plan de Control Técnico de Calidad de la Ejecución de las obras de adecuación y reforma de la cocina del Hospital Morales Meseguer. El referido Plan se define en el Pliego de Prescripciones Técnicas como un conjunto de actividades, procesos y funciones realizados por una empresa de control de calidad en la edificación con el objeto de garantizar la calidad de las obras e instalaciones y de verificar su adecuación a unos estándares prefijados (ya sean normativos o establecidos por la Administración), satisfaciendo las necesidades y expectativas de ésta al mínimo coste. La ejecución del Plan se manifiesta en forma de

informes técnicos que la contratista tiene obligación de presentar a la Administración con la periodicidad establecida en la cláusula 2.1.7 del Pliego de Prescripciones Técnicas. En particular, un informe resumen de seguimiento, debiendo hacerlo la primera semana de cada mes de duración de la obra a partir del primer mes de inicio de la misma. Del mismo modo, estaba obligada a presentar informes por hito terminado y un informe final de obra, los cuales no llegó a realizar por el abandono de las labores de ejecución del contrato de asistencia técnica, cuando la obra sobre la que había de ejercerse el control de calidad únicamente se había ejecutado en un 18,8 por ciento.

Tampoco consta que se llevaran a cabo las pruebas de funcionamiento y puesta en marcha de las instalaciones, conforme se definen en la cláusula 2.1.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas y que persiguen verificar que las instalaciones cumplen con los requisitos establecidos en el proyecto y en los reglamentos técnicos que les sean de aplicación, y que su funcionamiento es adecuado al fin para el que fueron proyectadas. Era obligación de la contratista diseñar tales pruebas, supervisar su práctica, levantar acta y rendir informe a la Administración.

Del mismo modo, no se han realizado las actuaciones a que se obligaba la contratista durante el período de garantía, en el año siguiente a la recepción de la obra (Cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas), ni en consecuencia, se ha emitido el informe previsto en el apartado 1 de la referida cláusula.

Según la Oficina Técnica del SMS, el último informe emitido por la contratista corresponde al mes de marzo de 2005, cuando la obra principal sólo se encontraba ejecutada en un 18,8 por ciento, determinando así que el objeto del contrato de asistencia técnica únicamente se haya ejecutado en un 16,56 por ciento, sin que consten actuaciones de la contratista tras la remisión del informe de marzo de 2005.

En consecuencia, si desde esa fecha las obras en la cocina del Hospital Morales Meseguer hubieran continuado, extremo que, como se ha dicho, no queda constatado en el expediente, la empresa habría desatendido o faltado a las obligaciones esenciales que se derivaban del contrato (artículo 111, letra g) TRLCAP), al incumplir, por causas imputables a la misma, la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato (artículo 95.6 TRLCAP).

3. En síntesis, se advierte la concurrencia de las causas de resolución establecidas en las letras b) y g) del artículo 111 TRLCAP, exigiendo la apreciación de la última de ellas comprobar que las obras de remodelación y adecuación de la cocina del Hospital Morales Meseguer de Murcia continuaron tras marzo de 2005.

Considera el Consejo Jurídico que procede aplicar de forma preferente la causa establecida por el artículo 111, letra g), atendidos los siguientes razonamientos:

a) La facilidad con que la Administración puede probar el supuesto de hecho habilitante, cual es la prosecución de las obras de adecuación y remodelación de la cocina del Hospital.

b) Fue el incumplimiento de las obligaciones contractuales lo que llevó al SMS a instar la resolución del contrato, siendo sobrevenido su conocimiento acerca de la situación concursal que afectaba al contratista.

c) La posibilidad de incautar la garantía constituida, sin necesidad de esperar a

conocer la calificación del concurso como fortuito o culpable, así como la posibilidad de exigir al contratista una indemnización por los daños o perjuicios que se hubieran podido irrogar al SMS como consecuencia de su abandono de la ejecución del contrato, tal y como se razona en la Consideración Cuarta.

CUARTA.- Sobre la incautación de la garantía.

El régimen aplicable para determinar si procede la devolución al contratista de la garantía constituida o si, por el contrario, ha de ser incautada por la Administración, varía según la causa de resolución aplicable.

1. Declaración del contratista en situación de concurso.

Establece el artículo 111 RCAP que la quiebra del contratista, cuando sea culpable o fraudulenta, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva.

A diferencia de los apartados 2 y 7 del artículo 112 TRLCAP, el precepto reglamentario no ha sido todavía objeto de adaptación a la nueva regulación concursal, pudiendo acudir para su interpretación a lo establecido por la Disposición Adicional primera de la Ley Concursal, que asimila la figura de la quiebra, propia de la regulación anterior, al concurso en que se haya producido la apertura de la fase de liquidación.

Una vez más, la instrucción del procedimiento resolutorio del contrato no arroja datos acerca de la fase en que se encuentra el concurso, por lo que se desconoce si el precepto reglamentario aludido es o no de aplicación. Por ello, ya se apuntaba en la Consideración Segunda de este Dictamen la necesidad de averiguar si el concurso de la empresa contratista ha llegado a la fase de liquidación y, si ésta ha tenido lugar, si se ha llegado a calificar el concurso como fortuito o como culpable (artículo 163 de la Ley Concursal). Sólo en este último supuesto procedería la incautación de la fianza.

2. Incumplimiento culpable del contratista.

Al margen de la calificación que pueda merecer el concurso, el abandono de la ejecución del contrato se pretende justificar por la contratista con el único argumento de la situación concursal en que se encuentra desde abril de 2005. Sin embargo, ya se indicó que dicha declaración no preveía medidas relativas a la suspensión de la actividad empresarial o profesional del concursado, por lo que estaba habilitado para continuar ejecutando el contrato, subsistiendo las obligaciones de hacer de él derivadas. Por tanto, de acreditarse que las obras sobre las que había de ejercerse el control de calidad continuaron tras la emisión del último informe de marzo de 2005, el subsiguiente incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sin que conste en el expediente alegación o causa justificativa suficiente, ha de calificarse como culpable a los efectos del artículo 113.4 TRLCAP, procediendo la incautación de la fianza constituida.

Del mismo modo, carece el expediente de un análisis de los posibles perjuicios que pudieron derivarse para la Administración del hecho de no contar con el control de calidad en la edificación de las obras para las que se contrató. De existir tales daños, habrían de quedar definidos en este procedimiento, en orden a su exigencia al contratista, en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede que por el SMS se efectúan las averiguaciones oportunas acerca del estado de ejecución de las obras sobre las que había de ejercerse el control de calidad, objeto del contrato cuya resolución se pretende.

De acreditarse que las obras continuaron tras marzo de 2005, existiría causa de resolución del contrato al amparo de los artículos 95.6 y 111, letra g) TRLCAP, procediendo de la incautación de la garantía e indemnización de los daños y perjuicios, si los hay, cuya determinación debería realizarse en este procedimiento.

SEGUNDA.- Subsidiariamente, si no se hubieran continuado las obras tras marzo de 2005, cabría resolver el contrato al amparo de lo establecido en el artículo 111, letra b), en relación con el 112.2 y 7 TRLCAP.

Para aplicar esta causa de resolución con todas sus consecuencias, previamente el SMS debería requerir, bien a la administración del concurso, bien al Juzgado que instruye el procedimiento concursal, para que informe acerca del estado o fase procesal del mismo, en particular, sobre si se ha abierto fase de liquidación y, en su caso, la calificación otorgada al concurso. Si ésta fuera culpable, procedería la incautación de la fianza.

TERCERA.- Sea cual sea la causa aplicada, el acto administrativo de resolución del contrato ha de pronunciarse acerca de la procedencia o no de incautar la fianza constituida.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 121/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. G. P., en nombre y representación de su hija menor de edad F. G. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 19/07/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 23.

DICTAMEN 122/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a R. P. R., como consecuencia de los daños sufridos en el desarrollo de su trabajo en un centro escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 19/07/06

Extracto de Doctrina

Tanto este Consejo Jurídico (Dictámenes números 247/02, 143/03, 86/2004 y 88/05), como el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 2411/2000 y 1164/2001), vienen 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de marzo de 2006 tiene entrada en el registro general de la Consejería de Educación y Cultura la reclamación presentada por D. R. P. R. por el daño sufrido el 1 de marzo de 2006, en el Instituto de Enseñanza Secundaria “Monte Miravete” de Torreagüera (Murcia), durante el desempeño de su trabajo como cuidadora de una alumna parálitica cerebral, que se mueve con espasmos continuos muy fuertes y, como consecuencia de estas características, le tiró las gafas que llevaba puestas, ocasionando la rotura de los dos cristales.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de abril de 2006, el Secretaria General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siéndole notificada la resolución a la interesada el 19 siguiente.

TERCERO.- Con fecha 24 de abril de 2006 se dirige oficio a la interesada mediante correo certificado con acuse de recibo (siéndole notificado el 28 siguiente) comunicándole que se le concede un plazo de subsanación de 10 días para que acredite la identidad, mediante fotocopia compulsada del Documento Nacional de Identidad, y la cuantía indemnizatoria que reclama, así como para que aclare si ha percibido algún tipo de ayuda por los mismos hechos.

Con fecha 5 de mayo de 2006 (registro de entrada), la reclamante acompaña:

- Fotocopia compulsada del Documento Nacional de Identidad.
- Factura de una óptica por importe de 350 euros.
- Escrito en el que manifiesta no haber recibido ninguna ayuda por los daños sufridos.

CUARTO.- A petición de la instructora, el Director del Centro Escolar remite informe el 11 de mayo de 2006 sobre los hechos ocurridos:

“Que siendo las 12 horas, aproximadamente, del día uno de marzo del presente año, el Secretario de nuestro centro, D. A. M. L., me informó de que D. R. P. R., ayudante

educativo de la alumna con necesidades educativas especiales con deficiencia motórica, D. M. O. P., había sufrido un pequeño percance al intentar introducir por la puerta principal del centro a dicha alumna. Ésta la golpeó involuntariamente, de tal manera que las gafas que llevaba puestas en ese momento, cayeron al suelo, rompiéndose los cristales”.

QUINTO.- Con fecha 23 de mayo de 2006 (registro de salida) se otorga un trámite de audiencia a la reclamante al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que la interesada haya hecho uso de este derecho.

SEXTO.- La propuesta de resolución, de 28 de junio de 2006, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial por existir nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público educativo.

SÉPTIMO.- Con fecha 4 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 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, sin que se aprecien carencias formales.

La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello. En cuanto 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 daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro público donde ocurrió el accidente.

TERCERA.- Existencia de responsabilidad patrimonial.

Las circunstancias que concurren en el supuesto determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional desde el momento en que se dan 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 350 euros, y que ha derivado del funcionamiento del servicio público docente, dado que

se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo, existiendo por tanto una conexión suficiente con la prestación del servicio educativo, máxime al encontrarse en ese momento la alumna bajo la vigilancia de la cuidadora y, por ende, del centro escolar.

Asimismo, la antijuridicidad del daño viene determinada por la inexistencia del deber jurídico de soportarlo por parte de la reclamante, quien en el desempeño de su labor profesional como auxiliar educativo no puede venir obligada a realizar sacrificios patrimoniales. En efecto, tanto este Consejo Jurídico (Dictámenes números 247/02, 143/03, 86/2004 y 88/05), como el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 2411/2000 y 1164/2001), vienen 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.

Del examen del expediente resulta que la reclamante sufrió un daño, consistente en la rotura de los cristales de sus gafas, en cumplimiento de sus deberes de cuidado de una alumna parálitica cerebral con necesidades educativas especiales, quien le golpeó involuntariamente, de manera que las gafas que llevaba puestas en ese momento cayeron al suelo y se rompieron los cristales.

Cabe concluir, pues, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo ésta reparar el daño sufrido por la reclamante en el ejercicio de su función, el cual ha sido valorado en 350 euros. No habiéndose discutido dicho importe en el expediente, la cuantía de la indemnización habrá de coincidir con la expresada, más la correspondiente actualización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al ser imputables al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional los daños sufridos por la reclamante, a quien se deberá indemnizar en los términos señalados en la Consideración Tercera *in fine*.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 123/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. H. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. H. G., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 19/07/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 124/06.- Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de acreditación de la formación continuada de las profesiones sanitarias y se crea la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de la Región de Murcia.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 19/07/06

Extracto de Doctrina

El EAMU atribuye a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Sanidad, higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.16ª de la Constitución. Esta competencia se atribuye en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca. Dicha competencia, por tanto, aparece situada entre dos coordenadas concretas, cuales son las derivadas de su acomodación al artículo 149.1.16ª de la Constitución y la legislación básica del Estado. En consecuencia, el desarrollo legislativo que efectúe la Comunidad habrá de partir de los contenidos básicos de las normas estatales, al tiempo que el reglamento ejecutivo autonómico no podrá contradecir la regulación estatal, o en palabras del propio Tribunal Constitucional, las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo de las bases estatales, “siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica” (STC 37/2002).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de marzo de 2004, el Secretario Sectorial de Atención al Ciudadano, Calidad Asistencial y Drogodependencias formula propuesta a la Consejera

de Sanidad de anteproyecto de Decreto por el que se regula el sistema y procedimiento de acreditación de las actividades de formación continuada de las profesiones sanitarias.

La propuesta se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe de necesidad y oportunidad, según el cual el Proyecto responde a la necesidad de proporcionar a la Comunidad Autónoma la organización del sistema acreditador de la formación continuada de las profesiones sanitarias, dando virtualidad a las disposiciones contenidas en el Convenio de Conferencia Sectorial Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, sobre formación continuada de las profesiones sanitarias, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de febrero de 1998, y en las Leyes 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

El sistema contempla un órgano acreditador (la propia Secretaría Sectorial proponente) y un órgano de asesoramiento de nueva creación, como es la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, cuya composición y funciones son objeto de regulación en el Proyecto, que asimismo establece el procedimiento de acreditación de actividades, partiendo de las bases aprobadas por la Comisión de Formación Continuada del Sistema Nacional de Salud.

b) Una autodenominada memoria económica, según la cual para la actuación de la Secretaría Sectorial como órgano de acreditación no es necesario aportar “*ninguna cuantía específica, por lo que no procede la realización de certificación o retención de crédito alguno*”.

c) Informe sobre impacto por razón de género, que de manera expresa manifiesta que el Proyecto no contiene disposiciones que impliquen ningún tipo de discriminación entre el hombre y la mujer.

d) Anteproyecto de Decreto.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de octubre de 2004, el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad emite informe, efectuando diversas consideraciones y sugerencias que, en su mayoría, son incorporadas al texto del Proyecto, dando lugar a un segundo borrador del mismo.

TERCERO.- El Consejo de Salud de la Región de Murcia, en sesión de 24 de enero de 2005, informa favorablemente el Proyecto.

CUARTO.- Reiterado el informe sobre impacto por razón de género, el Proyecto se remite a las Consejerías de Hacienda y de Educación y Cultura, al efecto de recabar observaciones y sugerencias al mismo, atendiendo a la prevista participación de representantes de ambos Departamentos en la Comisión de Formación Continuada que creará el futuro Decreto. Ninguna de ellas formula observaciones.

QUINTO.- Por la Dirección General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria, órgano creado por el Decreto 105/2004, de 22 de octubre, de órganos básicos de la Consejería de Sanidad, que sucede a la ahora desaparecida Secretaría Sectorial promotora del Proyecto, y que ostenta competencias, entre otras, en materia de ordenación del personal sanitario y de las profesiones sanitarias tituladas o reguladas, y de docencia y formación, se revisa el texto y procede a elaborar un nuevo borrador, el tercero. Esta nueva versión surge como consecuencia

de las apreciaciones efectuadas por el referido centro directivo en informe de 10 de octubre de 2005.

SEXTO.- Sometido el nuevo texto al Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad, es informado favorablemente.

Asimismo, se somete de nuevo a la consideración del Consejo de Salud de la Región de Murcia, cuyo informe también es favorable al Proyecto.

SÉPTIMO.- El 17 de enero de 2006, el Secretario General de la Consejería de Sanidad informa favorablemente el texto y solicita a la Dirección de los Servicios Jurídicos su preceptivo informe, siendo emitido el 8 de febrero de 2006, en sentido favorable, con diversas observaciones. Valoradas por la Dirección General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria, son asumidas en su mayor parte e incorporadas al texto, generando un cuarto borrador que constituye el texto definitivo del Proyecto, constando autorizado con la firma del Secretario General de la Consejería de Sanidad. El Proyecto cuenta con 13 artículos, divididos en dos capítulos, tres disposiciones adicionales y dos finales.

Una vez incorporados los preceptivos informe de Vicesecretaría, índice de documentos y extracto de secretaría, el Secretario General de la Consejería consultante remite el expediente, por medio de escrito recibido en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia el pasado 3 de mayo de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Este Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al considerarlo un proyecto de disposición de carácter general que se dicta en desarrollo de legislación básica del Estado.

En efecto, tanto la Exposición de Motivos como los informes justificativos de la futura norma aluden a su condición de reglamento ejecutivo de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (en adelante, LOPS), calificando su contenido como desarrollo de su Título II, Capítulo IV, denominado “Formación Continuada”, y de forma más precisa, del artículo 35, que regula la acreditación de centros, actividades y profesionales.

De conformidad con la Disposición Final primera de la LOPS, el referido Capítulo y, en consecuencia, también el artículo 35 en él incardinado, tienen carácter de bases de la sanidad, habiendo sido dictados en ejercicio de las competencias que corresponden al Estado conforme al artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución. El carácter básico de las normas cuyo desarrollo persigue el Proyecto convierte este Dictamen en preceptivo.

SEGUNDA.- Competencia material: el sistema de acreditación de la formación continuada de las profesiones sanitarias.

El artículo 149.1.16ª de la CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de, entre otras, bases y coordinación general de la Sanidad. El concepto de bases alude a

los “*principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto*” (Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 98/2004, de 25 de mayo). Asimismo, la doctrina del Tribunal Constitucional afirma que “*la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias*” (STC 32/1983), caracterización de la coordinación general que fue recogida en el artículo 73 de la actual Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril, LGS).

Esta Ley, por su parte, en su artículo 18.14, impone a las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, “*la mejora y adecuación de las necesidades de la formación del personal al servicio de la organización sanitaria*”. Dicho deber será reiterado con ocasión de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 34 sienta las bases del sistema formativo de los profesionales de la sanidad, teniendo como objetivo primordial la mejora de la calidad. El artículo 38, a su vez, dispone que las Administraciones Públicas establecerán criterios comunes para ordenar las actividades de formación continuada, con la finalidad de garantizar la calidad en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. Los criterios comunes serán adoptados en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Ambos preceptos tienen carácter de norma básica.

Manifestación concreta de dichos criterios comunes es el Convenio de Conferencia Sectorial sobre Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, adoptado por el referido Consejo Interterritorial, en sesión de 15 de diciembre de 1997, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de febrero de 1998, y al que se adhirió la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. El Convenio crea la Comisión de Formación Continuada del Sistema Nacional de Salud, como Comisión permanente del Consejo Interterritorial, y cuyas funciones y acuerdos se desarrollan y ejecutan a través de los órganos administrativos de las Consejerías de Sanidad de las Comunidades Autónomas. En su composición están presentes representantes de todas ellas, así como de los Ministerios con competencias en materia de Sanidad y Educación.

Corresponde a dicha Comisión el establecimiento de criterios generales, comunes y mínimos para la acreditación de centros y actividades de formación sanitaria continuada y para la expedición de certificados de actualización profesional; la definición de áreas y contenidos materiales de desarrollo y acreditación preferente para la formación continuada en las distintas especialidades y profesiones sanitarias; así como la coordinación de los planes o actuaciones de las Comunidades Autónomas para la auditoría, evaluación y control de los centros y actividades acreditadas.

Reservados tales cometidos a la Comisión de Formación Continuada del Sistema Nacional de Salud, la cláusula cuarta del Convenio deja a las Comunidades Autónomas, “*a través de los órganos en cada caso procedentes*”, el ejercicio de todas las funciones en materia de formación continuada de las profesiones sanitarias no encomendadas

expresamente a la Comisión estatal. En especial, corresponden a las Comunidades Autónomas, las siguientes: a) la organización y gestión de la acreditación de los centros, actividades y profesionales, así como de los sistemas de información y registro; b) la evaluación del sistema de formación sanitaria continuada y la inspección y auditoría de centros y actividades acreditadas, así como la realización de estudios estadísticos para su presentación a la Comisión de Formación Continuada del Sistema Nacional de Salud; y c) la difusión de los criterios aprobados y de las formas y órganos administrativos ante los que se podrá solicitar la acreditación.

Definido a grandes rasgos el sistema de formación continuada de las profesiones sanitarias, también incide en él la LOPS, la cual, al tiempo que califica la formación continuada como un derecho y un deber de todos los profesionales sanitarios (artículo 12), la regula en su Título II, Capítulo IV, con carácter básico, estableciendo, por lo que aquí interesa, normas sobre acreditación de centros, actividades y profesionales (artículo 35), elevando a rango legal la existencia de la Comisión de Formación Continuada del Sistema Nacional de Salud (artículo 34), a la que atribuye, entre otras, la función de estudio, informe y propuesta, para el establecimiento de procedimientos, criterios y requisitos para la acreditación de centros y actividades de formación continuada (apartado 4, letra d).

Mucho antes de que la LOPS estableciera dicha función, la referida Comisión, con base en las atribuciones que, en materia de acreditación de la formación continuada de las profesiones sanitarias, le confiere el Convenio de 15 de diciembre de 1997, el 29 de julio de 1999 (B.O.E. núm. 24, de 26 de agosto) adopta un Acuerdo sobre el Sistema Acreditador de Actividades de Formación Continua, al que califica como voluntario y homogéneo a nivel estatal. Posibilita, además, dicho Sistema la descentralización funcional, consistente en el reconocimiento formal de una institución pública o privada para acreditar actividades formativas *“en nombre de la Comisión de Formación Continuada del Sistema Nacional de Salud o Autónoma”*.

En síntesis, el Sistema Acreditador de Actividades de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias es un instrumento de ámbito estatal, íntimamente ligado a la cohesión del Sistema Nacional de Salud, que, no obstante, deja en manos de las Administraciones sanitarias autonómicas diversas atribuciones. En trazos gruesos, el reparto funcional se caracteriza por reservar a la Comisión de Formación Continuada del Sistema Nacional de Salud las funciones coordinadoras y definidoras de criterios, principios y líneas generales de actuación, que son las que permiten dotar de unidad, homogeneidad y coherencia al sistema, al tiempo que se atribuye a las Comunidades Autónomas la gestión o ejecución material de las actuaciones acreditadoras, para lo cual, sin perjuicio de quedar sujetas a las directrices marcadas desde la Comisión estatal, quedan habilitadas para definir su propia organización acreditadora y los procedimientos de acreditación de actividades, centros y profesionales.

En cualquier caso, la distribución funcional que efectúan las citadas leyes y convenios de conferencia sectorial, precisan de un sustrato competencial cuyo reparto y subsiguiente atribución al Estado y a la Comunidad Autónoma corresponde a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía. En este sentido, el EAMU atribuye a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Sanidad, higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.16ª

de la Constitución. Esta competencia se atribuye en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca.

Dicha competencia, por tanto, aparece situada entre dos coordenadas concretas, cuales son las derivadas de su acomodación al artículo 149.1.16ª de la Constitución y la legislación básica del Estado. En consecuencia, el desarrollo legislativo que efectúe la Comunidad habrá de partir de los contenidos básicos de las normas estatales, al tiempo que el reglamento ejecutivo autonómico no podrá contradecir la regulación estatal, o en palabras del propio Tribunal Constitucional, las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo de las bases estatales, “*siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica*” (STC 37/2002).

En términos generales, el Proyecto sometido a consulta resulta ajustado a la normativa básica citada *ut supra*, sin perjuicio de dejar ya anunciado que será necesario efectuar ciertas precisiones en algunos artículos para mejorar su inserción en el ordenamiento jurídico y su más adecuada conjugación con la legislación estatal, como se razonará en las observaciones particulares a tales preceptos.

En consecuencia, con los límites expuestos, la Comunidad Autónoma goza de competencia material suficiente para dictar la norma cuyo Proyecto se somete a consulta.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

Para la elaboración del Proyecto de Decreto se ha seguido, en líneas generales, el procedimiento 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. No obstante, han de hacerse las siguientes observaciones:

a) El artículo 53.1 de la Ley 6/2004 exige que al anteproyecto de la disposición se acompañe 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. En el expediente únicamente consta una memoria, que se limita a justificar la competencia material y orgánica que se ejercita al dictar la norma y a enumerar los aspectos que son objeto de regulación, lo que la convierte en insuficiente en orden a cumplir las prescripciones legales expuestas.

No obstante, durante la tramitación del procedimiento se han ido incorporando diversos informes que sí ofrecen una motivación suficiente acerca de las incorporaciones o modificaciones que se han ido sucediendo sobre la versión original del Proyecto.

b) Carece el expediente de una verdadera memoria económica, pues el documento que obra al folio 6 no puede ser considerado como “estudio económico de la norma”, en tanto que se limita a señalar que la Secretaría Sectorial proponente “*aportará los medios y recursos que estime convenientes, los cuales están entre los habituales de dicha Secretaría, no teniendo que aportarse ninguna cuantía específica*”. 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. En esa misma línea racionalizadora se sitúa el artículo 14.4 de la Ley 7/2004, cuando, para la creación de todo órgano (recuérdese aquí que el Proyecto crea la Comisión de Formación Continuada de la Región de Murcia) que conlleve aumento del gasto público, exige realizar un estudio económico previo del coste de su funcionamiento y del rendimiento o utilidad de su servicio.

CUARTA.- Sobre la denominación del Decreto.

En los sucesivos borradores se han ido introduciendo variaciones en la denominación de la futura norma en orden a conseguir una mayor adecuación a su contenido. Para ello se ha optado por atender a lo concreto, especificando el órgano que se crea y mencionando de manera expresa una parte (el procedimiento de acreditación) de lo regulado, la cual si bien es relevante, no agota todo el contenido de la norma, pues no puede entenderse englobada en ninguna de las dos realidades a que alude la denominación del futuro Decreto, ni su artículo 2, ni las disposiciones adicionales primera y segunda.

Quizás fuera conveniente atender a la intención que anima el nacimiento de la futura disposición reglamentaria, cual es el desarrollo en el ámbito regional del Sistema Acreditador de Actividades de Formación Continua de las Profesiones Sanitarias. En consecuencia, un posible título del Decreto sería “Decreto nº.../2006, de (fecha), por el que se dictan normas para la aplicación del Sistema Acreditador de Actividades de Formación Continua del Sistema Nacional de Salud”.

Con esta denominación se atiende al fin de la norma, evitando incurrir en el excesivo fárrago a que conduciría expresar todas y cada una de las realidades objeto de regulación. El artículo 1, por su parte, será la ubicación adecuada para expresar que, en orden a conseguir dicho fin, se asignan funciones a la Dirección General del ramo, se crea la Comisión de Formación Continuada y se regula el procedimiento de acreditación.

Por otra parte, incorporada la mención al sistema acreditador en la denominación misma del Decreto, la división interna del articulado también habría de modificarse, pudiendo estructurarse en los siguientes Capítulos:

- Capítulo I, que debería comprender las usualmente denominadas “disposiciones generales”, es decir, objeto y ámbito de aplicación de la norma.

Carece el Proyecto sometido a consulta de precepto alguno relativo a su ámbito de aplicación, razón por la que el Consejo Jurídico sugiere traer al articulado la indicación actualmente contenida en la parte expositiva de la norma, acerca de la aplicación del Decreto “*tanto si la profesión se ejerce en los servicios sanitarios públicos como en el ámbito de la sanidad privada*”, que es deudora de la contenida en el artículo 1 de la Ley estatal desarrollada (LOPS).

- Capítulo II, que debería precisar más su denominación, para aludir a los órganos del sistema acreditador de actividades de formación continuada en la Comunidad Autónoma.

- Capítulo III, destinado a regular el procedimiento de acreditación.

De hacerse así, la sistemática del Decreto se adaptaría más fielmente a su contenido, reflejando, con la debida separación, las disposiciones orgánicas y procedimentales que constituyen su objeto.

QUINTA.- Observaciones al texto.

1. Artículo 2. Órgano de acreditación y funciones.

La validez en todo el Sistema Nacional de Salud que los apartados 1 y 2 del artículo 2 del Proyecto atribuyen a la acreditación de actividades, centros y unidades docentes, no deriva del Proyecto, cuyo limitado ámbito territorial impediría otorgar tan extensa eficacia a actos emanados de la Administración regional, sino del artículo 35.1 LOPS, según el cual, la acreditación realizada conforme a los requisitos, procedimiento y criterios establecidos en el artículo 34.4, letra d) de la misma Ley, tendrá efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración pública que expidió la acreditación. Por ello, y para evitar eventuales confusiones acerca de la verdadera procedencia y rango de la previsión, caben dos alternativas:

- Bien suprimir el inciso “*con validez en el conjunto del Sistema Nacional de Salud*”, pues el carácter básico del precepto estatal que contiene dicha norma sería aplicable de forma directa. Además, el artículo 12.1 del Proyecto ya regula los efectos de la resolución de acreditación

- O bien dejar constancia, en los apartados 1 y 2 del artículo 2 del Proyecto, del origen legal de la regulación, mediante la oportuna cita del artículo 35.1 LOPS.

Esta observación, que cabe hacer extensiva a los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Proyecto, tiene carácter esencial.

2. Artículo 4. Funciones de la Comisión.

a) Debe precisarse que la Comisión a la que se refiere el artículo es la de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de la Región de Murcia. De lo contrario, al carecer la redacción actual del precepto de dicha especificación, el Proyecto estaría atribuyendo cometidos a la Comisión de ámbito estatal -cuya denominación (artículo 34.1 LOPS) es coincidente con la utilizada en el artículo 4 del Proyecto-, incurriendo en un evidente exceso competencial.

Esta observación tiene carácter esencial.

b) El apartado 5 asigna a la Comisión la función de realizar estudios, informes y cualesquiera otras actuaciones que, para el adecuado desarrollo de la planificación y las propuestas de acreditación, le encomiende la Consejería de Sanidad, previo acuerdo de los miembros de la Comisión. El último inciso resulta perturbador, pues parece dejar en manos del órgano colegiado la decisión acerca de si atiende o no la encomienda que le efectúa la Consejería.

El carácter de órgano asesor adscrito a la Consejería de Sanidad se compadece mal con esa especie de autodeterminación colegial acerca de qué labores lleva a cabo o no. La función consultiva es una labor debida, orientada al mejor acierto de la función ejecutiva propia de los órganos activos y, por tanto, recabado el asesoramiento por órgano competente (Consejería de adscripción) y formulada la consulta en materia coincidente con el sector sobre el que el órgano consultivo despliega su actividad (acreditación de formación continuada de las profesiones sanitarias), la decisión acerca de si la Comisión actúa o no debería quedar fuera del ámbito de disposición de sus miembros.

3. Artículo 5. Composición de la Comisión.

El apartado 4 prevé la posibilidad de reelección de los miembros al finalizar su mandato. Adviértase que no existen miembros electivos, únicos respecto de los que podría hablarse de reelección. Se sugiere, por tanto, sustituir la posibilidad de reelección por la previsión de una prórroga del mandato, por una sola vez o por períodos sucesivos de igual duración que aquél.

4. Artículo 6. Secretaría Técnica.

a) La Secretaría Técnica se configura en el Proyecto como órgano unipersonal dependiente de la Comisión, servido por un funcionario adscrito a la Dirección General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria.

La naturaleza meramente auxiliar de las funciones asignadas, convierten a la Secretaría Técnica en el órgano gestor de la acreditación. Siendo ello así, cabría considerar la conveniencia de su configuración como verdadera unidad administrativa en el seno de la referida Dirección General. De hacerlo, se derivarían las siguientes ventajas:

1) No se desvirtuaría el carácter meramente asesor de la Comisión, que le otorga el artículo 3 del Proyecto.

2) Respondería al esquema clásico de actuación administrativa, que residencia las funciones gestoras y administrativas en unidades integradas en la estructura orgánica dependiente del órgano decisor: la Dirección General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria.

3) Se dotaría de mayor contenido a las previsiones del artículo 6 del Decreto 105/2004, de 22 de octubre, por el que se establecen los órganos básicos de la Consejería de Sanidad, y que atribuye al centro directivo tantas veces citado el ejercicio de las competencias correspondientes en materia de formación sanitaria, en especial, el impulso y fomento de la formación continuada del personal sanitario, pues le correspondería no sólo dictar la resolución de acreditación, sino también tramitar buena parte del procedimiento.

b) El último inciso del artículo 6, letra e) resulta excesivamente indeterminado, sugiriendo el Consejo Jurídico su sustitución por la expresión “y cuantas otras sean inherentes a su condición de órgano gestor de la acreditación”.

5. Artículo 7. Régimen de funcionamiento de la Comisión.

El apartado 4 remite la concreción de las funciones de la Comisión Permanente a lo que determine el Pleno, dejando a la sola decisión de éste la actuación de aquélla y poniéndola en una situación de indefinición funcional.

Cabría considerar la posibilidad de establecer un mínimo funcional, bien en el Proyecto, bien en el reglamento de régimen interior de la Comisión -al que se refieren tanto el artículo 7.6 como la Disposición Adicional tercera del Proyecto-, sin perjuicio de que el Pleno pueda atribuirle otras funciones adicionales.

6. Artículo 8. Solicitud y documentación.

Debería precisarse la documentación a adjuntar a la solicitud de acreditación, diferenciando, además, según se refiera a actividades concretas de formación o a centros y unidades de formación. Así lo especifican diversas normas autonómicas como el

Decreto 65/2000, de 13 de abril, por el se crea la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de la Comunidad de Madrid y se regula su composición y funcionamiento, y la Orden 3/2005, de 27 de abril, de la Consejería de Salud, por la que se regula la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias de La Rioja.

7. Artículo 10. Evaluación de las solicitudes.

El sistema acreditador deja a las Comunidades Autónomas una amplia capacidad de decisión acerca del diseño de la organización necesaria para su aplicación, lo que ha dado lugar a diversas soluciones normativas que se manifiestan, entre otros extremos, en la fase de evaluación de las solicitudes, verdadero sustento técnico de la acreditación.

Así, algunas Comunidades Autónomas han optado por agrupar a los evaluadores en órganos técnicos, de carácter colegiado, denominados comités de acreditación o comisiones de evaluación, cuya composición cuantitativa oscila entre tres evaluadores (Asturias) y seis (La Rioja), con soluciones intermedias (entre tres y cinco evaluadores por cada profesión sanitaria, como ocurre en Castilla-León).

Otras Administraciones autonómicas (Islas Baleares y Madrid) han optado, sin embargo, por un sistema diferente, según el cual los evaluadores actúan no de manera colegial, sino que cada uno de ellos, individualmente, remite sus valoraciones al órgano competente para recibir las (en unos casos es la Secretaría Técnica, en otros la propia Comisión), para que, con base en ellos, elabore la propuesta de resolución para la acreditación. En este supuesto, las normas regionales establecen siempre un número mínimo y máximo de evaluadores.

El Proyecto contempla la designación de evaluadores por parte del Presidente de la Comisión, aunque no especifica ni su número ni si su evaluación ha de ser individual o colegiada, pues si bien indica que, una vez realizada la evaluación, se remitirá informe con su resultado a la Comisión, no se precisa si se trata de un único informe que recoja las valoraciones de todos los evaluadores o si, por el contrario, aquélla recibe tantos informes como evaluadores hayan sido designados.

Considera el Consejo Jurídico que el Proyecto debería efectuar dichas determinaciones.

8. Artículo 12. Efectos de la resolución de acreditación de actividades de formación continuada.

a) El epígrafe que intitula el artículo debería quedar reducido a la expresión “Efectos de la resolución de acreditación”, pues el contenido del precepto, al menos su apartado 1, alude no sólo a la acreditación de actividades, sino también a la de centros y unidades docentes.

b) El apartado 3, al establecer que sólo podrán ser subvencionadas las actividades de formación acreditadas “*conforme a lo previsto en este Decreto*”, es excesivamente restrictivo, pues desconoce la eficacia y validez general en todo el territorio nacional y en el ámbito del Sistema Nacional de Salud que, tanto el artículo 35.1 LOPS como el artículo 12.1 del Proyecto, reconocen a las acreditaciones realizadas por cualquier Administración Pública integrada en el Sistema Acreditador y conforme a los principios y criterios que lo informan.

Adviértase cómo, al exigir que la actividad subvencionable haya sido acreditada conforme a las disposiciones del Proyecto, se impide, *de facto*, que las que lo hayan sido por Administraciones distintas a la regional puedan ser beneficiarias de ayudas económicas de ésta.

Para evitar dicha restricción, caben dos alternativas:

a) Suprimir el precepto, pues el carácter básico del artículo 35.3 LOPS posibilita su aplicación directa, sin necesidad de una norma regional que lo recoja.

b) Variar su redacción, refiriendo la acreditación no a las normas del futuro Decreto, sino al artículo 35 LOPS. Asimismo, debería incorporarse la mención a los centros contenida en el apartado 3 del referido artículo, que ha sido omitida en la redacción actual del Proyecto.

Esta observación tiene carácter esencial.

9. Disposiciones Adicionales.

a) Las primeras versiones del Proyecto, en una Disposición Adicional, ordenaban al centro directivo competente la creación de un Registro de Diplomas de Acreditación, haciendo de este modo efectiva la previsión contenida en el artículo 36.2 LOPS. Sin embargo, y como consecuencia de una observación formulada por la Dirección General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria (precisamente el órgano llamado por la norma a crear el Registro), que tilda dicha medida de “innecesaria”, sin mayor precisión, la Disposición Adicional que la contenía es suprimida en la versión definitiva del Proyecto.

Es cierto que los términos en que se expresaba aquella disposición resultaban hartamente insuficientes, pues meramente se limitaban a prever la creación del Registro, sin establecer un mínimo contenido regulador. Ahora bien, esta circunstancia, lejos de llevar a la supresión del precepto, debió ser subsanada en el Proyecto, procediendo a establecer su régimen de organización y funcionamiento en el mismo Proyecto o, al menos, los criterios y directrices mínimos sobre los que pudiera luego la Consejería de Sanidad desarrollar su capacidad normativa doméstica.

La sugerida regulación del Registro de Diplomas de Acreditación en el Proyecto tiene también apoyo en la técnica normativa, que en el ejercicio de la potestad reglamentaria propugna el desarrollo general, unitario y no fragmentario de las leyes, de forma que los reglamentos de ejecución de una Ley sean completos y no parciales (Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de julio de 2005, Directriz 3).

b) El contenido de la Disposición Adicional tercera podría incorporarse al artículo 7 del Proyecto, siguiendo el criterio restrictivo establecido por la Directriz 35 de las de técnica normativa.

11. Disposiciones Finales.

Atendido el contenido de la primera, debería pasar a ser disposición adicional, pues establece un mandato no dirigido a la producción de normas jurídicas (Directriz 39, letra c).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a consulta.

SEGUNDA.- Las consideraciones efectuadas a los artículos 2.1 y 2; 4, párrafo inicial y apartados 1 y 2; y 12.3, tienen carácter esencial.

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, VE. resolverá.

DICTAMEN 125/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. M. A., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 25/07/06

Extracto de Doctrina

La regla sobre el onus probandi ha sido modulada primero por la jurisprudencia y luego por la misma LEC (art. 217.6), en atención al criterio de la “disponibilidad o facilidad probatoria”, en cuya virtud la carga de la prueba puede desplazarse hacia aquella parte a la que resulte menos difícil o gravoso probar la realidad de los hechos discutidos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 2005, el Director del Colegio Público “Pintor Pedro Flores” de Puente Tocinos (Murcia) remite a la Consejería de Educación y Cultura informe del accidente escolar ocurrido en el centro el 18 de noviembre anterior. Según describe el Director, el niño F. M. M. A., de 5 años de edad, sobre las 9.15 horas, entra a clase con las gafas puestas y, al quitárselas, se parten en sus manos.

SEGUNDO.- D. A. P. R., quien junto a su esposa M. Á. A. G. tiene en acogimiento familiar al niño desde el 12 de mayo de 2002, según consta en certificación expedida por el Jefe de Sección de Acogimiento y Adopción del Servicio de Protección de Menores de la Consejería de Trabajo y Política Social, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por importe de 186,90 euros, cantidad a la que asciende la adquisición de unas nuevas lentes y montura para el menor. La versión ofrecida por el Sr. P. difiere de la expuesta por el centro, pues de conformidad con el reclamante la rotura de las gafas se produce en el patio del Colegio, cuando uno de los niños las pisa, rompiendo la montura y rayando los cristales.

Aporta junto a la reclamación copia de factura, expedida por un establecimiento de óptica a nombre del menor, por importe coincidente con la cuantía indemnizatoria solicitada.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura de 25 de abril de 2006, se designa instructora, quien solicita al Director del Centro que informe acerca de diversas circunstancias detalladas en el requerimiento efectuado.

El referido informe, emitido el 10 de mayo siguiente, es del siguiente tenor literal:

“1. El incidente ocurrió a las 9’10-9’15 horas de la mañana del día 18 de noviembre de 2.005. El alumno de Infantil 5 años, F. M. M. A., entra a la clase en compañía de su profesora tutora, D.. M. C. M. G., y el resto de sus compañeros. Todos ocupan sus lugares habituales y se disponen a trabajar; en este momento, la tutora aprecia cómo el niño se quita las gafas, que en ese momento llevaba puestas, y en sus manos se parten.

2. La tutora no presenció cómo se rompieron las gafas, sólo pudo apreciar el momento en el que el niño se quedó con éstas, rotas, en las manos.

3. M. C. M. G., tutora del alumno, se ratifica en lo expresado en el informe del accidente enviado por el Director el 18 de noviembre de 2.005: “El niño entra a clase con las gafas puestas, se las quita y en su manos se parten”. Los hechos ocurrieron sobre las 9’15 horas, en clase, cuando estaban realizando la Asamblea, en presencia de todos los alumnos y la propia maestra.

4. No entendemos por qué la descripción del accidente redactada por el padre es totalmente contradictoria a la expuesta por la Dirección del Centro. La única explicación es que el padre se guíe por el relato del niño y éste no lo explique bien o no se acuerde de lo que realmente ocurrió.

5. F. M. M. A. ha comentado en casa que fue un compañero de clase el que le rompió las gafas en el recreo, pero la maestra tutora asegura que el niño al que se hace referencia no es responsable de este supuesto acto. Lo cierto es que F. M. tiene problemas de relación con sus compañeros, tanto en el patio como en clase. A veces actúa con cierta agresividad; tampoco debemos olvidar que es un niño diagnosticado como de Educación Especial por el Equipo Psicopedagógico de nuestro Centro, con una adaptación curricular significativa.

6. Sobre la pregunta de si el alumno explicó a la tutora cómo se habían roto sus gafas, ésta manifiesta que no. La versión de que la rotura se produjo en el recreo es obra de la abuela del niño, que habitualmente lo trae al colegio.

7. Si el accidente fue fortuito o no es algo que no podemos calificar; lo cierto es que el niño es muy nervioso, tiene problemas de relación con los compañeros y, a veces, un tanto agresivo.

8. La tutora apunta que cabe la posibilidad de que las gafas del niño se rompieran en el patio del colegio, a las 9’00 de la mañana, justo antes de entrar, cuando los alumnos hacen las filas para incorporarse de forma organizada a la clase”.

CUARTO.- El 19 de mayo la instructora solicita un informe complementario para despejar diversas dudas surgidas con ocasión del anteriormente emitido, respondiendo el Director del Centro en los siguientes términos:

“Como respuesta a la primera pregunta: “¿dicha afirmación se debe a que conoce perfectamente el carácter del niño acusado y considera imposible o al menos improbable que lo hubiera hecho o es consecuencia de haberle preguntado al citado alumno acusado y que éste le contestara que no lo hizo o es por ambas cosas?, debo decirle que la tutora, D. M. C. M. G., se niega a responder a esta pregunta pues considera que se le está obligando a deducir y suponer cosas acerca de la conducta de un niño de su clase, en un asunto que no ha presenciado.

En contestación a la segunda cuestión: “¿todo esto podría servir como base de que el alumno inculpado por F. no sólo no lo hiciera, sino que ningún niño tiene relación (ni buena ni mala) con él por su conducta agresiva y, por tanto, ninguno se atrevería a atacarle, lo que desmentiría la versión de F.?” , la tutora responde que le parece muy grave su interpretación y deducción de una información que se ha pedido sobre un alumno y que ella ha dado de buena fe. No obstante, se le comunica que este niño se relaciona con todos los compañeros de su clase excepto en momentos puntuales en que puede mostrar una “cierta agresividad”.

Respecto a la tercera pregunta: “¿no se percató la tutora de algún alboroto, riña o tropiezos relacionados con el incidente que pudieran aclarar los hechos?”, ésta responde “NO”.

Para finalizar, y relacionado con el cuarto asunto: “¿se podría aventurar como posible explicación que el niño entrara en clase con las gafas puestas pero ya rotas, ya sea en el centro o fuera de él, y delante de la misma se las quitara y por eso se partieran en su mano?, la tutora manifiesta que “podría ser”.

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante el 15 de junio de 2006, no consta que éste haya hecho uso del mismo, al no presentar alegaciones ni documento alguno en el plazo habilitado al efecto.

SEXTO.- Con fecha 3 de julio de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, en especial la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y el daño alegado.

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 reclamación, interpuesta sólo algunos días después de ocurridos los hechos por los que se solicita la indemnización, ha sido presentada dentro del plazo de un año

que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. El acogimiento familiar atribuye a la persona o personas físicas que acogen al menor, esto es, la persona o personas que determine la Administración y que sustituyan al núcleo familiar del menor (arts. 172.3 y 173.1, párrafo 2.º, CC), las facultades de guarda y custodia del menor, pero no así las facultades que el artículo 154, párrafo 2.º, núm. 1 CC (representación legal y administración y gestión de bienes del menor), atribuye a quienes ejercen la patria potestad, de donde deriva que el reclamante, en su condición de acogedor, carecería de la facultad para actuar en nombre del menor, al no ostentar su representación legal. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 32.3 LPAC, la instructora debió requerir al Sr. R. P. para que subsanara el defecto de representación de que adolecía, bien mediante la aportación de una resolución judicial por la que se le atribuyeran facultades propias de la tutela, posibilidad contemplada por el artículo 173 bis, 2º CC para el acogimiento familiar permanente, bien mediante el otorgamiento de una representación voluntaria a su favor por parte de los representantes legales del niño -sus padres (art. 162 CC) o el Servicio de Protección del Menor (art. 172.1 en relación con el 267 CC)-.

Ello no obstante, la inactividad de quienes ostentan la representación legal del niño y el principio "*favor minoris*", cuyos intereses se verían desprotegidos en caso de no admitir la legitimación activa del familiar acogedor para presentar la reclamación en su nombre, llevan a este Consejo Jurídico a considerar, en este momento procesal, la existencia de una representación del menor acogido por su tío. Contribuye a ello de forma decisiva el hecho de que la propia Consejería de Educación y Cultura, a través de diversas y sucesivas actuaciones anteriores a la propuesta de resolución (y en esta misma), no discute al familiar acogedor su condición de representante del niño, de donde deriva la procedencia de aplicar aquella 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 del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1983 y 1 de febrero de 1989 (Dictamen 184/02 de este Consejo Jurídico).

3. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación y Cultura es competente para resolver este procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro público docente donde ocurrió el accidente.

4. El examen conjunto del expediente permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

TERCERA.- Sobre el fondo.

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 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”.

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurran 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, los Dictámenes 2099/2000 y 3240/2001.

A la luz de dicha doctrina, es preciso analizar la divergencia apreciable entre los relatos fácticos realizados, de una parte por el Director del Colegio en su comunicación de accidente escolar y sucesivos informes complementarios, y de otra por el reclamante. Según el primero, que reproduce la versión de la tutora, la rotura de las gafas acaece de forma fortuita en presencia de la docente y en el interior de clase. Según el tío del menor, por el contrario, el suceso ocurre en el patio del centro, cuando un niño tira las gafas al suelo y las pisa.

La contradicción entre ambos relatos no puede resolverse en beneficio del reclamante, a quien el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuye la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a su pretensión, no siendo suficiente, para considerar probado el relato fáctico del alumno, la mera afirmación de parte que supone el escrito de reclamación.

Es cierto que la regla sobre el *onus probandi* ha sido modulada primero por la jurisprudencia y luego por la misma LEC (art. 217.6), en atención al criterio de la “disponibilidad o facilidad probatoria”, en cuya virtud la carga de la prueba puede desplazarse hacia aquella parte a la que resulte menos difícil o gravoso probar la realidad de los hechos discutidos. Y a ello se ha dirigido la actuación instructora que, además de solicitar el preceptivo informe del Director del centro, a través del correspondiente

interrogatorio, ha intentado desvelar tanto la secuencia de hechos, como las circunstancias que concurrieron a producir el daño. El resultado de tal indagación no desvirtúa la versión del incidente contenida en la comunicación de accidente escolar, ni sustenta el relato de hechos efectuado por el reclamante (si bien tampoco lo contradice de manera plena), ni apunta, en fin, elementos de riesgo adicionales que permitan imputar a la Administración educativa la causa del daño.

En consecuencia, ya se rompieran las gafas antes de entrar en clase y la profesora sólo se diera cuenta al quitárselas el niño, ya lo hicieran en el interior de aquella, lo cierto es que, más allá de la mera manifestación del reclamante, no existen indicios en el expediente de que el daño fuera producido por la actuación de otro compañero. En este sentido, a preguntas de la instructora, la docente encargada del cuidado de los niños, y que entró con ellos al aula desde el patio, manifiesta que no advirtió la existencia de riña, alboroto o tropiezo previos que hubieran podido ocasionar la rotura de los anteojos. Así pues, la única calificación que cabe atribuir a los hechos es la de fortuitos.

El reclamante, por su parte, 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. No obstante, atendido el relato de los hechos, el único factor que tácitamente parece imputar a la Administración es una eventual ausencia del deber de cuidado que incumbía al personal docente del Centro.

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, dado que la instrucción no ha logrado descubrir o desvelar la existencia de factores específicos de riesgo, por lo que no resultaban exigibles mayores medidas de cuidado, las cuales, además, por el carácter puramente fortuito del accidente, habrían sido inútiles en orden a impedirlo.

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 informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en tanto que no aprecia en el supuesto planteado la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 126/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. A. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. G. O., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 25/07/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el dictamen núm. 23.

DICTAMEN 127/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. P. J., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 25/07/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 23.

DICTAMEN 128/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 25/07/06

Extracto de Doctrina

A la hora de valorar la posible concurrencia de un retraso en el diagnóstico deben ponderarse dos circunstancias. Por un lado, la presencia de síntomas clínicos suficientes para que la enfermedad hubiera podido ser razonablemente detectada, empleando los medios disponibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento del diagnóstico, y, por otro, la influencia que dicho retraso diagnóstico haya podido tener en el empeoramiento o agravamiento de la enfermedad sufrida por el paciente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 15 de julio de 2004, D. F. R. J. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer de Murcia. Según el interesado, el día 23 de abril de 2003 acude al citado Servicio por un cuadro de dolor torácico que, tras la práctica de ecografía y radiografía, fue diagnosticado como inespecífico, prescribiéndole orfidal y gelocatil. El día 15 de agosto de ese mismo año acude nuevamente a dicho Servicio por un cuadro de astenia progresiva, sudoración profusa, tos escasamente productiva y dolor centrotorácico. Tras permanecer ingresado catorce días el alta se produce el 29 de agosto de 2003 con el siguiente diagnóstico: “*linfoma de Hodgkin, esclerosis nuclear, estadio IIB con masa mediastínica*”. Añade que en el informe emitido por el Servicio de Hematología del citado Hospital se hace constar que una vez revisadas las pruebas médicas llevadas a cabo en el anterior ingreso, es decir, el día 23 de abril, ya se apreciaba en la radiografía “*borramiento del botón aórtico y adenopatías mediastínicas*”. Entiende el reclamante que hubo un mal funcionamiento del servicio sanitario ya que al errar en el primer diagnóstico, se demoró el inicio del tratamiento de choque (quimioterapia y radioterapia) cuatro meses, un error de diagnóstico y un mal funcionamiento del servicio público sanitario, que facilitaron el desarrollo del linfoma que padece. Finaliza solicitando indemnización de 180.000 euros en concepto de daños morales.

Acompaña la solicitud de informes de los Servicios de Urgencias y de Hematología del Hospital Morales Meseguer.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud.

Seguidamente por el órgano instructor se solicita al Hospital Morales Meseguer historia clínica del paciente e informes de los profesionales que lo atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- Con fecha 8 de septiembre de 2004 la instructora dirige escrito al reclamante requiriéndole para que, en el plazo de 10 días, proponga los medios de prueba de que pretenda valerse.

El siguiente día 28 el interesado presenta escrito en el que propone la práctica de las siguientes pruebas:

“A) *Documental, consistente en tener por reproducidos los Informes Médicos acompañados con el escrito de reclamación, así como los que figuran en el Historial Médico.*

B) *Interrogatorio de testigos, en concreto del Dr. N. perteneciente al Servicio de Hematología del Hospital Morales Meseguer, autor de Informe Médico acompañado con el escrito de reclamación, para que ratifique su contenido y en especial su apreciación de que cuando el 15-8-2003 me atendió y comprobó la Rx de tórax de fecha 24-04-2003, ya aparecía en la misma el borramiento del botón aórtico y adenopatías mediastínicas”.*

CUARTO.- Por el Director Gerente del Hospital Morales Meseguer, se remite la historia clínica del reclamante e informe del Dr. D. J. A. S., Jefe del Servicio de Urgencias, de cuyo contenido destaca, en síntesis, lo siguiente:

1º. El reclamante fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer el día 23 de abril de 2003 por un cuadro de dolor centrotorácico de inicio brusco, tipo pinchazo, que irradia a espalda, transfixivo, sin cortejo vegetativo y acompañado de sensación disneica. A la exploración física el paciente está consciente y orientado, con buen estado general, buena coloración e hidratación y eupneico. La saturación de oxígeno es del 96%, en la auscultación pulmonar se describe un murmullo vesicular conservado y la cardíaca es rítmica sin soplos. La radiografía posteroanterior y lateral de tórax se describe como normal. Con el diagnóstico de dolor centrotorácico inespecífico, se recomienda tratamiento con orfidal y gelocatil si dolor.

2º. El 15 de agosto de ese mismo año acude nuevamente al citado Servicio de Urgencias por un cuadro de tos productiva de dos semanas de evolución, al que se asocia en los últimos días dolor de características pleuríticas. A la exploración física destaca la presencia de una tumoración de 2x2 supraclavicular de consistencia dura y no adherida a planos profundos. En la auscultación pulmonar roncus en ambos campos pulmonares. Se realiza radiografía de tórax y es ingresado en Medicina Interna con el diagnóstico de masa mediastínica.

3º. Tras las exploraciones que se recogen en la Historia se diagnostica linfoma de Hodgkin, esclerosis nodular, estadio IIB con masa mediastínica, instaurándose el 28 de agosto un plan de tratamiento con quimioterapia (6 ciclos) y radioterapia.

4º. El 15 de diciembre de 2003, tras haber completado cuatro ciclos de quimioterapia, se le realiza TAC torácico y se refleja una “*clara mejoría RX*”.

5º. En el informe de alta firmado por el Dr. N., del Servicio de Hematología del Hospital Morales Meseguer, se contiene la siguiente afirmación: “*el 24-4-03 acude a urgencias por dolor torácico con Rx de tórax y ECG normales se interpreta como muscular. (Nota: Revisada Rx de tórax ya se apreciaba borramiento del botón aórtico y adenopatías mediastínicas).*”

6º. El Jefe de la Unidad de Urgencias del citado Hospital emite, el día 8 de octubre de 2004, informe del siguiente tenor literal:

“El paciente D. F. R. J. acudió a este Servicio de Urgencias refiriendo dolor torácico de inicio agudo, punzante e irradiado a espalda sin otra clínica acompañante. Posteriormente y después de la correspondiente Historia Clínica se le practicó una radiografía de tórax en espiración forzada al fin de descartar la presencia de neumotórax, hecho que no fue observado dando de alta al paciente con el juicio clínico de dolor torácico inespecífico y prescribiendo 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”.

La interpretación de las pruebas complementarias se hace en el contexto del cuadro clínico referido por el paciente, que hacía sospechar la presencia de un neumotórax, en ningún momento el enfermo manifestó síntomas de enfermedad compatible con linfoma ni se observaron signos en la exploración clínica, lo que hace muy difícil o prácticamente imposible en estas circunstancias aquilatar una enfermedad de estas características a su inicio.

Es común en la practica clínica una vez diagnosticada las enfermedades intentar aquilatar el inicio de éstas al fin de valorar el pronóstico y el tratamiento más oportuno, por lo que retrospectivamente y una vez conocida la enfermedad se pueden buscar signos radiográficos de la enfermedad que inicialmente hallan (sic) pasado desapercibidos por la falta de datos clínicos”.

QUINTO.- Con fecha 22 de noviembre de 2004 la instructora dirige escrito al Dr. N., en el que se solicita, a requerimiento de la Inspección Médica (esta circunstancia no está acreditada en el expediente), la contestación a las siguientes preguntas:

1ª. Visto el informe de alta de D. F. R. J., realizado por Vd. el 29-8-03 ¿considera que las imágenes que se apreciaban en la radiografía realizada el 24-4-03 en urgencias, eran patognomónicas de Linfoma de Hogdkin?

2ª. Dichas imágenes radiológicas ¿pueden ser similares en otras patologías?

3ª. Ante un enfermo que acude a urgencias por dolor de tórax de aparición brusca ¿considera Vd. que se podría haber diagnosticado Linfoma de Hogdkin, sólo con la imagen radiológica?”.

Ante dicho requerimiento el Dr. N. envía escrito fechado el siguiente día 7 de diciembre, en el que se recogen las siguientes respuestas:

A la primera pregunta: No.

A la segunda pregunta: Sí.

A la tercera pregunta: No.

SEXTO.- Solicitado, mediante escrito fechado el 27 de enero de 2005, informe a la Inspección Médica, se evacua el 3 de noviembre de 2005 en el que tras señalar que, conforme al contenido del Anexo I del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de Ordenación Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, *“la asistencia hospitalaria de*

urgencia comprenderá el diagnóstico, primeros cuidados y tratamientos necesarios para atender la urgencia o necesidad inmediata, evaluar el proceso y las circunstancias del paciente y referirlo al nivel de atención primaria o especializada que considere adecuado”, considera que la asistencia prestada en la Unidad de Urgencia del Hospital Morales Meseguer fue adecuada: se evaluó el proceso y se diagnosticó de dolor torácico inespecífico, instaurando un tratamiento sintomático que resolvió la urgencia o necesidad inmediata, ya que pasaron más de tres meses para que volviera a consultar. Continúa afirmando que el hecho de que en esa primera asistencia no se diagnosticara el proceso no implica que la asistencia fuese defectuosa, ya que en ningún momento el reclamante refirió algún síntoma que hiciera sospechar un proceso neoplásico, y los hallazgos radiológicos en ese momento eran totalmente inespecíficos. Concluye del siguiente modo:

“1. La asistencia recibida en todo momento por el paciente, incluida la del Servicio de Urgencias del mes de abril, fue la adecuada, ajustándose a la sintomatología del momento.

2. Las exploraciones complementarias sirven de apoyo para confirmación o descartar diagnósticos clínicos, interpretándose siempre dentro de un contexto clínico.

3. No se puede catalogar de “anormal” el funcionamiento del Servicio Murciano de Salud, por no establecer el diagnóstico de un Linfoma de Hodgkin en un Servicio de Urgencias, donde se ha consultado por un dolor y una sintomatología de características inespecíficas”.

SÉPTIMO.- Con fecha 13 de diciembre de 2005 la instructora notifica al reclamante la inadmisión de la prueba propuesta al considerarla innecesaria, en la medida que el Dr. N. ya ha aclarado el contenido de su informe de 28 de agosto de 2003, mediante las respuestas dadas a las preguntas que, a propuesta de la Inspección Médica, le fueron formuladas por la instructora. Copia del interrogatorio y de su resultado se hace llegar al interesado.

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante y a la Compañía de Seguros, el primero presenta escrito de alegaciones que ratifica las formuladas con ocasión de su reclamación inicial, pues considera que ha quedado acreditado que el primer día que fue atendido en el Servicio de Urgencias ya aparecía en la radiografía el borramiento del botón aórtico y adenopatías mediastínicas y que, fueran o no indicadoras de Linfoma de Hodgkin, no se practicaron otras pruebas que aclararan a qué se debían dichos síntomas, impidiendo así un diagnóstico más precoz del linfoma que finalmente se demostró que padecía, lo que conllevó un desarrollo más virulento de la enfermedad y un retraso en el inicio de su tratamiento.

La segunda, comparece en el expediente aportando dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Medicina interna, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que consideran oportunas, concluyen del siguiente modo:

“1. D. F. R. J. consultó en el Servicio de Urgencias hospitalario por un cuadro de dolor torácico de inicio súbito, acompañado de sensación disneica.

2. La actitud adoptada en urgencias es correcta descartando por medio de la anamnesis, la exploración física y las exploraciones complementarias la presencia de patología que requiriera un tratamiento inmediato en el Servicio de Urgencias.

3. *No hemos dispuesto de la radiografía practicada en ese momento, pero a la luz de la clínica por la que consultaba el paciente y como reconoce el propio hematólogo/oncólogo que posteriormente atendió al enfermo en agosto de 2003, no se podía realizar el diagnóstico de enfermedad de Hodgkin en ese momento.*

4. *La medicina asistencial no parte del diagnóstico definitivo para en base al mismo intentar cuadrar la clínica y el resultado de las exploraciones complementarias con dicho diagnóstico. En este caso es evidente que con el conocimiento del diagnóstico de linfoma, la interpretación de la radiografía realizada en abril de 2003 resulta sesgada.*

5. *De la documentación aportada el paciente permanece asintomático hasta 4 semanas antes de su ingreso en el Hospital Morales Meseguer (menos de 4 meses después de su asistencia inicial en urgencias), por lo que no existe una continuidad sintomática que nos permita relacionar de forma incuestionable la relación entre la consulta realizada en abril de 2003 y el diagnóstico finalmente alcanzado en agosto de ese año.*

6. *Una vez ingresado en el Hospital Morales Meseguer se alcanza el diagnóstico de enfermedad de Hodgkin y se inicia tratamiento en un plazo de 13 días, por lo que no existe demora.*

7. *Incluso en el caso de que se hubiera podido alcanzar el diagnóstico de enfermedad de Hodgkin a finales de abril de 2003, en base a la literatura publicada el tratamiento hubiera sido similar.*

8. *Respecto al pronóstico este tipo de enfermedad, especialmente teniendo en cuenta la edad, el tipo histológico y la falta de afectación subdiafragmática y/o extraganglionar del enfermo, tiene un pronóstico favorable con una elevada tasa de supervivencia.*

9. *En base a lo anterior y pese a no conocer la evolución del enfermo es muy probable que el mismo se encuentre en remisión y muy probablemente consiga la curación de su proceso, por lo que no existe, con un elevado grado de certeza, una influencia relevante del supuesto retraso en el diagnóstico del paciente en el curso evolutivo y pronóstico de su enfermedad.*

10. *Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc no existiendo indicios de mala praxis”.*

NOVENO.- Con fecha 3 de febrero de 2006 se notifica al reclamante la apertura de un nuevo trámite de audiencia, sin que conste hiciese 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 el daño sufrido por el paciente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 13 de marzo 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 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 legitimación pasiva, tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa el error de diagnóstico por el que reclama el interesado se habría producido el día 23 de abril de 2003, pero el mismo no se habría evidenciado hasta el día 29 de agosto de 2003, fecha en la que se diagnosticó el linfoma de Hodgkin. Por otro lado, en el momento de interponer la reclamación (15 de julio de 2004) el paciente todavía permanecía en tratamiento por no haberse producido aun la sanación de sus dolencias.

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 se ha rebasado ampliamente el plazo para la resolución de la reclamación (artículo 13.3 RRP), constando la paralización de actuaciones desde el 27 de enero de 2005, fecha en la que se solicita informe de la Inspección Médica, hasta el día 21 de noviembre de 2005, en que la Subdirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria remite el correspondiente informe elaborado el anterior día 3. 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.- 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 buen y mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

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

Para el reclamante la causa del daño se encuentra en el hecho de que en la asistencia que se le prestó en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer el día 23 de abril de 2003, no se le diagnosticó la dolencia que finalmente se puso de manifiesto el día 29 de agosto siguiente, con motivo de acudir de nuevo al referido Servicio de Urgencias. En esta última ocasión se le diagnosticó, ya correctamente, la dolencia que padece, consistente en un linfoma de Hodgkin, esclerosis nuclear, estadio IIB con masa mediastínica. Es decir, la imputación del daño al servicio público se objetiva así como un retraso en el diagnóstico de

la enfermedad que padecía, debido a que la primera vez que acudió al Servicio de Urgencias los facultativos que lo atendieron erraron en el diagnóstico.

A la hora de valorar la posible concurrencia de un retraso en el diagnóstico deben ponderarse dos circunstancias. Por un lado, la presencia de síntomas clínicos suficientes para que la enfermedad hubiera podido ser razonablemente detectada, empleando los medios disponibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento del diagnóstico, y, por otro, la influencia que dicho retraso diagnóstico haya podido tener en el empeoramiento o agravamiento de la enfermedad sufrida por el paciente.

En primer lugar, resulta del expediente que la falta de diagnóstico de la patología que padece el reclamante no fue contraria a la *lex artis*. Los síntomas presentados por el paciente cuando fue examinado el día 23 de abril de 2003 eran inespecíficos y leves (cuadro de dolor centrotorácico de inicio brusco, tipo pinchazo, no vegetativo y con sensación disneica). Ante este cuadro en el Servicio de Urgencias se sospecha la existencia de un neumotórax (patología que sí es compatible con el cuadro clínico que presentaba el interesado), lo que se descarta tras la realización de una radiografía en espiración, de ahí el diagnóstico de dolor inespecífico. Como afirma la Inspección Médica en esa ocasión el paciente no refirió síntoma alguno que hiciera sospechar un proceso neoplásico, y los hallazgos radiológicos no eran (como afirma el Dr. N. al deponer las preguntas que le formula la instructora) patognomónicas del linfoma de Hodgkin, afirmando, además, que dichas imágenes radiológicas son compatibles con otro tipo de enfermedades, sin que, por otro lado, puedan por sí solas constituir elemento suficiente para diagnosticar dicha enfermedad. Sin embargo, cuando el paciente acude por segunda vez al Servicio de Urgencia ya presenta síntomas que incluían el cuadro clínico característico de la mencionada enfermedad (temblores con sensación de escalofríos y sudoración nocturna, astenia progresiva, tos escasamente productiva y sensación disneica), y en este momento sí que se produce el diagnóstico correcto. Los informes médicos obrantes en el expediente (Inspección Médica y peritos de la aseguradora) coinciden al considerar que los Servicios de Urgencias tienen como misión primordial la atención a patologías urgentes, correspondiendo a otros niveles asistenciales (médico de atención primaria o consulta de especialistas) la concreción diagnóstica y el tratamiento específico de patologías, parámetros éstos en los que -afirmar- se desarrolló acertadamente la actuación del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer, sin que quepa apreciar una mala praxis en la asistencia que se prestó al reclamante.

En segundo lugar, tampoco ha quedado acreditado en el expediente que el retraso en el diagnóstico haya influido en el tratamiento a aplicar y en el pronóstico del enfermo. En efecto, a la vista de la documentación incorporada al expediente, no puede afirmarse que el transcurso del período de tiempo entre las dos asistencias (escasamente cuatro meses) haya influido negativamente -al menos, de modo decisivo- en la evolución de la dolencia. En efecto, no existe informe médico alguno en el que se sugiera que la quimioterapia y la radioterapia se habrían evitado en el caso de una detección más precoz; es más, los peritos de la compañía aseguradora mantienen que *“incluso en el caso de que se hubiera podido alcanzar el diagnóstico de enfermedad de Hodgkin a finales de abril de 2003, en base a la literatura publicada (referencia bibliográfica relacionada al folio 141 del expediente) el tratamiento hubiera sido similar”*. Frente a este juicio técnico el interesado no ha realizado esfuerzo probatorio significativo en ese sentido (como pudiera haber sido la aportación de un informe pericial), carga probatoria que le corresponde a tenor de la distribución que de ella hace la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 217).

Lo expuesto conlleva que no pueda apreciarse nexo de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, que aplicaron los medios diagnósticos que la ciencia médica aconsejaba para los síntomas y el cuadro clínico del paciente. Ello, a su vez, impide considerar el daño como antijurídico y, por tanto, resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial, que en el supuesto planteado ha de declararse inexistente.

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 nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 129/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. D. M. T., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 31/07/06

Extracto de Doctrina

El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración, y del buen y mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de noviembre de 2004, D. M. D. M. T. presenta sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida en los Servicios de Urgencia de los Hospitales Virgen de la Arrixaca (HVA) y Morales Meseguer (HMM), ambos de Murcia. Según la interesada, el día 22 de octubre de 2004, como consecuencia de una fractura en la falange media del cuarto dedo de

la mano izquierda, acudió al Servicio de Urgencias del HVA donde le inmovilizan el dedo sin proceder a su previa recolocación. El siguiente día 25 visita al médico de cabecera al que narra lo ocurrido. Este profesional, al no estar totalmente convencido de la bondad del tratamiento que se le había dispensado, le remite al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer. Aquí, tras efectuarle una nueva radiografía, ratifican tanto el diagnóstico como el tratamiento dispensado en el Servicio de Urgencias HVA. El día 19 de noviembre de 2004 es atendida por el traumatólogo de zona, quien le indica que el dedo se le va a quedar torcido y que ya no se puede hacer nada debido al tiempo transcurrido desde la fractura. Finaliza afirmando que presenta reclamación por posibles daños y perjuicios causados por negligencia médica, aunque no concreta a qué tipo de daños se refiere, ni fija cantidad alguna en concepto de indemnización.

SEGUNDO.- Las reclamaciones son enviadas desde los citados Hospitales al Servicio Murciano de Salud (SMS). La Gerencia del HMM remite, junto con la reclamación, historia clínica de la paciente e informes de los Dres. S. M., Jefe del Servicio de Urgencia, y del Sr. G. V., Traumatólogo del Centro de Especialidades El Carmen.

En su informe fechado el día 27 de diciembre de 2004, el Dr. S. afirma lo siguiente:

“La paciente D. D. M. T. consultó en este Servicio de Urgencias el día 26 de Octubre de 2004 para revisar fractura en falange del cuarto dedo de la mano izquierda realizada tres días (sic), diagnosticada y tratada en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, manifestando la enferma que podía existir desplazamiento. Una vez valorada la paciente, se solicita una radiografía para valorar el posible desplazamiento siendo el resultado de dicha prueba la no existencia de desplazamiento. Por tanto, se confirma el diagnóstico emitido por el Hospital Virgen de la Arrixaca y se mantiene el tratamiento ya instaurado remitiendo a la paciente a control por su traumatólogo de zona, desconociéndose la evolución posterior y circunstancias que han podido concurrir”.

El facultativo, Dr. G. V. emite informe, el día 2 de enero de 2005, en el que, tras resumir las actuaciones seguidas con la paciente desde el primer día en que fue atendida en el Servicio de Urgencias del HVA, concluye del siguiente modo:

“1. Si bien no se puede afirmar de forma categórica que una reducción de la fractura hubiera sido imprescindible; no hay duda que cuando menos habría sido deseable, sensata, razonable, aconsejable y prudente.

2. Cuando ya no tenía sentido ninguno el hacerla era a los 28 días de ocurrido el accidente o sea el 19/11/04 fecha de nuestra primera entrevista.

3. Inicialmente el dedo presentaba una deformidad evidente.

4. En nuestra última entrevista dicha deformidad ha mejorado mucho pero existe una marcada rigidez propia de la inmovilización.

5. Al día de la fecha y a falta de la rehabilitación es imposible aventurar cual será su resultado final pero desde luego no es de esperar que se produzca la “Restitutio (sic) ad integrum”.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación, se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del SMS.

Seguidamente el órgano instructor comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

CUARTO.- Con fecha 11 febrero de 2005 la instructora dirige escrito a la reclamante requiriéndole para que, en el plazo de 10 días, proponga los medios de prueba de que pretenda valerse.

El siguiente día 19 de marzo la interesada propone como medios de prueba informes médicos complementarios a los que ya obran en el expediente, así como las radiografías que le fueron efectuadas en su momento, aunque estas últimas no las aporta porque las precisa para presentarlas en el Servicio de Rehabilitación.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, se evacua el 20 de abril de 2005 con el siguiente tenor literal:

“Las dudas iniciales de la paciente eran sobre si existía desplazamiento, en Urgencias de ambos hospitales y por observación de las radiografías efectuadas al efecto se demuestra que no existe, según nos informan los facultativos que la atendieron.

Recordemos que en ausencia de fractura complicada, las fracturas diafisarias de las falanges proximales y medias se inmovilizan con férula digital en semiflexión, en las fracturas aisladas estables de falanges proximales y medias el tratamiento ortopédico suele ser suficiente e incluso en ocasiones es suficiente la realización de un vendaje con esparadrapo o con vendas elásticas.

Por tanto no hay duda de que el tratamiento indicado era el correcto.

La paciente muestra su preocupación sobre la posibilidad de que la falange se quede torcida. Encontrándose esta posibilidad dentro de la evolución natural en la consolidación de la fractura, reclama antes de que se complete el fin del proceso dinámico de reparación ósea.

La solicitud de reclamación patrimonial implica la existencia de daño. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

Según el Artículo 139, Punto 2, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sobre los principios de responsabilidad: “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo”.

CONCLUSIONES

- 1. El tratamiento fue el adecuado.*
- 2. No se aprecia negligencia médica.*
- 3. No existiendo evidencia de daño y comprobada la no negligencia médica no procede la presente reclamación”.*

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la Compañía de Seguros, la primera presenta escrito de alegaciones que ratifica las formuladas con ocasión de su reclamación inicial, pues considera que no se le dispensó la asistencia adecuada al tipo de fractura que sufría. Aporta, para su incorporación y valoración en el expediente, la siguiente documentación:

-Informe de alta del Traumatólogo de Zona, con indicación de las secuelas que le han quedado.

-Informe de alta del Servicio de Rehabilitación del HMM.

-Informes del Fisioterapeuta Sr. B..

Copia de las alegaciones y de los documentos anexos fueron remitidas por la instructora a la Inspección Médica, con el fin de que informara sobre si su contenido alteraba de algún modo el informe en su día emitido.

Con fecha 2 de septiembre de 2005 la Inspección Médica emite el siguiente informe complementario:

“Con fecha 1 de julio de 2005, la reclamante solicita textualmente: (Hoja 49) “Se tengan en cuenta los nuevos informes aportados, ya que no estoy de acuerdo con la resolución adoptada de falta de responsabilidad ya que no se me trató y no se me dio la asistencia médica adecuada al tratarse de una fractura complicada”, aportando la documentación siguiente: Informe de alta del traumatólogo de zona, con la secuelas que me han quedado, informe de alta RHB Morales Meseguer, con las secuelas, informe fisioterapia D. J. A. B. S. (2 informes).

A la vista de esta solicitud se cita a la paciente y comparece el día 2 de septiembre de 2005 con los informes completos y originales de su proceso, y las radiografías que a lo largo del mismo ha realizado y que corresponden a los días 22 y 26 de octubre, 19 de noviembre y 27 de diciembre de 2004.

Comprobamos que ambas manos y dedos son aparentemente normales, sin cambios de color o temperatura, sin aumento de tamaño en ninguna localización, incluido el cuarto dedo de la mano izquierda donde se produjo la fractura. No hay dificultades a la movilidad pasiva. No hay dificultades para la movilización activa.

Cuando la paciente flexiona el dedo señalado, y en la última fase del movimiento, se observa que la tercera falange se desvía ligeramente hacia el borde radial.

La paciente manifiesta que, en su actividad laboral actual, si permanece mucho tiempo tecleando en el ordenador siente molestias en el dedo mencionado y mano y tiene que descansar periódicamente.

Consideramos que las conclusiones del informe de 20 de abril de 2005 son válidas actualmente”.

SÉPTIMO.- Por su parte la aseguradora aporta dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Traumatología, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

“1. Diagnóstico y tratamiento de urgencia correcto.

2. Las dudas iniciales de la paciente eran sobre si existía desplazamiento, en Urgencias de ambos hospitales y por observación de las radiografías (RX) efectuadas al efecto se demuestra que no existe, según informan los facultativos que la atendieron.

3. Las fracturas no desplazadas se tratan de forma conservadora (no quirúrgica) mediante ferulización. Esto nos indica que el tratamiento fue correcto.

4. *Entre las complicaciones de este tipo de fractura se encuentra el desplazamiento secundario por eso la paciente muestra su preocupación sobre la posibilidad de que la falange se quede torcida (desplazada). Encontrándose esta posibilidad dentro de la evolución natural en la consolidación de la fractura, reclama antes de que se complete el fin del proceso dinámico de reparación ósea.*

5. *Después de completado el periodo de tratamiento que lógicamente comprende la rehabilitación, no ha quedado secuela evaluable y la mínima desviación de la falange al final de la flexión del dedo es consecuencia de la fractura y no del tratamiento realizado”.*

OCTAVO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a la reclamante, no comparece ni formula 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 el daño sufrido por la paciente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

En los procedimientos por responsabilidad patrimonial de la Administración el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Sin embargo, tratándose en este caso de daños de carácter físico a las personas, es necesario hacer coincidir el *dies a quo* del cómputo del plazo con el de estabilización de los efectos lesivos, pues hasta ese momento no se tiene conocimiento del quebranto padecido por la víctima (inciso final del artículo 142.5 LPAC). En el supuesto que nos ocupa no cabe duda que la reclamación

fue interpuesta dentro de plazo legalmente establecido para ello, ya que las actuaciones médicas a las que se imputa el daño se habrían producido los días 22 y 26 de octubre de 2004, y la pretensión indemnizatoria se formula el día 24 de noviembre de 2004, antes incluso de que el proceso curativo hubiese concluido.

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.- 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 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 haga posible diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa, y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración, y del buen y mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

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

Tratándose en el presente caso de una solicitud de resarcimiento por daños sufridos, según la reclamante, a consecuencia de las asistencias médicas prestadas en centros hospitalarios dependientes de la administración sanitaria, la existencia del nexo causal entre tales actos médicos y el daño alegado se presenta como el aspecto primordial de la reclamación, cuya acreditación corresponde a la interesada de acuerdo con el principio general sobre la carga de la prueba que se recoge en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con el que, específicamente para el ámbito de la responsabilidad patrimonial, se establece en el artículo 6.1 RRP.

En este sentido, la reclamante afirma que en ninguno de los Servicios de Urgencias en los que fue atendida advirtieron que la fractura del 4º dedo de su mano izquierda estaba desplazada y que, por tanto, resultaba obligado haber procedido a una reducción, omisión que habría provocado secuelas consistentes en una falta de movilidad que le dificulta enormemente la utilización del ordenador en su puesto de trabajo. Dicha aseveración pretende probarse mediante los documentos que conforman la historia clínica de la paciente, así como con las radiografías que se le realizaron a lo largo del proceso asistencial. Sin embargo, practicada la prueba propuesta su resultado desvirtúa completamente la tesis mantenida en la reclamación.

En efecto, de la documentación que conforma la historia clínica sólo el Dr. G. V. apunta que la reducción hubiera resultado aconsejable, pero, al mismo tiempo, afirma que no puede establecerse que aquélla resultase imprescindible. Sin embargo, tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora del SMS, consideran de forma categórica que no hay evidencia de una mala praxis en las actuaciones médicas llevadas a cabo en relación con la interesada. Especialmente revelador resulta el informe emitido por la Inspección Médica con fecha 2 de septiembre de 2005, ya que, tras reconocer a la paciente y examinar la totalidad de los informes médicos que integran la historia clínica y los aportados en fase de alegaciones, así como las radiografías correspondientes a las asistencias prestadas en los Servicios de Urgencia de ambos Hospitales los días 22 y 26 de octubre, se ratifica en las conclusiones alcanzadas en su primer informe sobre la adecuación del tratamiento dispensado y la ausencia de infracción de la *lex artis* (folio 49 en relación con el 40).

Por otro lado, en relación con la alegada existencia de secuelas, tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora afirman que *“no hay dificultades para la movilización activa”* (folio 60) y que *“después de completado el período de tratamiento que lógicamente comprende la rehabilitación, no ha quedado secuela evaluable y la mínima desviación de la falange final de la flexión del dedo es consecuencia de la fractura y no del tratamiento realizado”* (folio 65).

Estas conclusiones cobran gran trascendencia no sólo a efectos de determinar la posible existencia de la relación de causalidad que, de acuerdo con los citados informes, no puede quedar establecida, sino también en relación con el requisito de la antijuridicidad del daño, cuya existencia habría que negar teniendo en cuenta que el desplazamiento de la falange se presenta como una *“posibilidad dentro de la evolución natural en la consolidación de la fractura”* y, por lo tanto, si dicha contingencia se produce la paciente tiene el deber jurídico de soportarla.

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 130/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. S. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 31/07/06

Extracto de Doctrina

1. No puede entenderse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. Sí puede, sin embargo, existir daño moral si, concurriendo los elementos necesarios, se hubiese lesionado el poder de autodeterminación de la persona.

2. 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. M. S. R. interpone, con fecha 10 de marzo de 2004, reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS) por los daños derivados de la asistencia sanitaria recibida. Según la reclamación, en fecha 19 de junio de 2002 se le practicó una vasectomía por el Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer (HMM) de Murcia. Tras la intervención se le informó que debía realizarse un seminograma a los dos meses y que a partir de ese momento podía llevar a cabo una actividad sexual normal sin necesidad de adoptar precaución alguna. El día 11 de

septiembre de 2002 se efectuó una valoración de semen con el siguiente resultado: “*Azoospermia (no se observan espermatozoides ni células espermáticas)*”. En el mes de mayo del año 2003 la esposa del reclamante no tuvo la menstruación, y ante la duda de un posible embarazo el interesado se practicó, el día 21 de ese mes, un nuevo seminograma que dio como resultado 6.000.000 espermatozoides/mm. Días más tardes, el 27 de mayo, la esposa del Sr. S. se sometió a un test de embarazo, con resultado positivo. Ante esta circunstancia acudió al HMM donde le realizaron un análisis bioquímico de líquido seminal mediante el que se pudo establecer que en el semen del paciente se observaban abundantes espermatozoides, más de un 50% móviles. El 25 de noviembre de 2003 nace el tercer hijo del reclamante, como resultado del anormal funcionamiento de la administración sanitaria ya que no se obtuvo el resultado pretendido, es decir, su esterilización, afirmando igualmente que no se le informó correctamente.

Se concreta el daño en el nacimiento del tercer hijo del matrimonio cuando su deseo era no tener más descendencia, dada su ajustada situación económica. Solicita una indemnización de 300 euros al mes en concepto de pensión alimenticia, a la que habría que adicionar el pago de los gastos extraordinarios en educación, incluyendo en dicho concepto el pago de los libros de texto y material escolar, y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social, todo ello hasta que el menor alcanzase la mayoría de edad. Subsidiariamente, dadas las dificultades de establecer un *quantum* indemnizatorio basado en los anteriores conceptos, fija una cantidad a tanto alzado de 120.202,42 euros.

Junto a su reclamación el interesado aporta la siguiente documentación:

a) Informe fechado el día de la intervención en el que se pauta el tratamiento a seguir. Únicamente se prescriben determinados medicamentos y se describen los cuidados y curas precisos para la sanación de la herida quirúrgica. Se indica la necesidad de un control analítico de espermatozoides al cabo de dos meses.

b) Resultados de los tres seminogramas efectuados el 11 septiembre de 2002: “*No se observan espermatozoides ni células espermáticas*”; 21 de marzo de 2003: “*recuento de espermatozoides: 6.000.000 espermatozoides/mm*”; 13 de junio de 2003 “*se observan abundantes espermatozoides, más de un 50% móviles*”.

c) Test de embarazo positivo de la esposa del reclamante.

d) Copia del Libro de Familia en el que aparece la inscripción del nacimiento de su tercer hijo.

e) Certificado de la Agencia Tributaria relativo a las imputaciones del IRPF del reclamante.

f) Certificado de la Oficina de Empleo en la que se hace constar que el Sr. S. percibió en el ejercicio 2003, en concepto de prestaciones por desempleo, la cantidad de 3.020,79 euros.

g) Certificado de la empresa J. R. L., relativo a retenciones en concepto de IRPF efectuadas al interesado.

SEGUNDO.- Por Resolución de 29 de marzo de 2004 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, 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 al interesado 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 al Director Gerente del Hospital Morales Meseguer de Murcia copia de la historia clínica del paciente e informes de los profesionales que lo atendieron.

La historia clínica consiste en cuatro folios relativos a la intervención de vasectomía efectuada al paciente; entre los documentos aportados no figura el consentimiento informado.

Por su parte, el informe del Servicio de Urología, expedido por el Jefe de Sección, Dr. M., se expresa en los siguientes términos:

“1. En el Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer, con respecto a la vasectomía, se informa sistemáticamente de las ventajas, inconvenientes, riesgos, necesidad de controles con azoospermia y posibilidad de recanalización futura. Esto se lleva a cabo tanto en la primera entrevista como en la segunda realizada a los tres meses de la intervención una vez se ha constatado la azoospermia en el seminograma de control. En este último caso, que es el habitual, no sólo les confirmamos el éxito de la intervención sino que les informamos específicamente del riesgo de recanalización tardía y de que, dado que este es muy bajo (<1/1000), no se recomiendan controles periódicos posteriores por parte del Sistema Nacional de Salud.

2. En el Informe de la Intervención se recomienda al paciente que debe hacerse un control a los dos meses (obviamente para poder comprobar la azoospermia y, con ello, el éxito del procedimiento) con lo que se supone que está informado de la necesidad de este control y también que la revisión debe ser realizada por el equipo que le ha atendido en la sanidad pública (Dres. M. y P.) debiendo entregar la muestra para el seminograma en su Centro de Salud. Como prueba de que el paciente está informado, este se realiza el seminograma de control por su cuenta en un laboratorio privado que constata (suponiendo que el citado laboratorio sea fiable) la azoospermia. Por ello, el paciente supone el éxito de la intervención y no consulta con nuestro Servicio con lo que la información específica de la recanalización, única pertinente en esta fase, no se le puede proporcionar.

3. Por último, a pesar de su rareza, es posible que, si el semen de la muestra realmente pertenece al paciente, se trate de una recanalización. Para ello hay que asumir que el primer control azoospermico es real y no un error del laboratorio en el que se lo realiza”.

Por su parte, el Director Gerente del HMM formula las siguientes consideraciones en relación con tres expedientes de responsabilidad patrimonial, entre el que se encuentra el del reclamante:

“1. Las reclamaciones presentadas por Responsabilidad Patrimonial con motivo de la asistencia prestada en el Servicio de Urología de este Centro (concretamente realización de Vasectomías), Expedientes 464/02, 124/04 y 312/04, se han incoado por supuesto funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria.

2. La Recanalización Espontánea en la intervención de Vasectomías es un riesgo posible de la propia cirugía, sin relación necesaria causa-efecto con la concurrencia de una supuesta mala praxis en la realización de la misma (que no se imputa en ninguna de las tres reclamaciones).

3. Sin perjuicio de lo anterior, se hace constar que, tras requerir la información oportuna al Servicio de Urología de este Centro, se ha reconocido que el período en el que se realizaron las vasectomías con presunta recanalización y que han motivado las reclamaciones referidas anteriormente, coinciden en el tiempo con la elaboración de nuevos modelos de Consentimiento Informado para dicha Intervención Quirúrgica, su aprobación por la Comisión de Historias Clínicas de este Centro y su posterior remisión al Servicio de Reprografía del Hospital para su utilización por el Servicio.

4. No obstante lo referido en el punto anterior, se tiene constancia de que es una práctica habitual en el Servicio de Urología y por todos los Facultativos que están adscritos al mismo Informar en la 1ª Consulta donde se elabora la Propuesta de Intervención para Vasectomía, de las ventajas, inconvenientes, riesgos, necesidad de control de azoospermia (hecho que se indica en todos los Informes de Alta tras la intervención quirúrgica) y posibilidad de recanalización futura. Esta información se recuerda también en la 2ª Consulta realizada a los tres meses de la intervención una vez se ha constatado la azoospermia en el seminograma de control. En este último caso, que es el habitual, se confirma el éxito de la intervención pero también, y concretamente, la posibilidad de recanalización tardía, y dado que es un riesgo muy bajo (<1/1000), no se recomiendan controles periódicos posteriores por parte del Sistema Nacional de Salud.

5. Por último, se informa que cuando las Consultas se realizan en el Centro de Especialidades de El Carmen, (Expte. 312/04) y en Molina de Segura, durante dicha Consulta siempre está presente una Auxiliar de Enfermería, sin que esta situación se produzca en las dependencias físicas de este Hospital”.

TERCERO.- Mediante escrito fechado el día 2 de diciembre de 2004 la instructora requiere al reclamante para que, en el plazo de 30 días, aporte prueba que demuestre la paternidad del hijo que tuvo su esposa el día 25 de noviembre de 2003.

El siguiente día 23 el interesado presenta escrito en el que alega la existencia de un evidente indicio de su capacidad para procrear a la vista de los seminogramas que se aportaron con el escrito de reclamación. No obstante lo anterior, muestra su disposición a someterse a la prueba de paternidad que se le pide, pero siempre y cuando se efectúe a través de la sanidad pública ya que su precaria situación económica le impide hacer frente a los gastos que supondría llevarla a cabo en la sanidad privada. Acompaña diversos documentos (certificados de empresa y del Servicio Público de Empleo) con el fin de acreditar la insuficiencia de ingresos que alega.

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección de Servicios Sanitarios, se emite con fecha 18 de noviembre de 2005. En él se afirma que *“la posibilidad de recanalización espontánea de los conductos deferentes postvasectomía aunque rara, ocurre entre un*

0,6-1,4% de los casos y <1/1000 en otras series, porcentajes que varían también según la técnica quirúrgica, es por tanto uno de los riesgos que debe conocer el paciente para conceder su aprobación al procedimiento. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

El médico después de informar verbalmente al paciente sobre el procedimiento al que va a ser sometido le entregará un documento escrito en el que refleje dicha información. Se exige que el consentimiento revista forma documental, como manera más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido.

Y en cuanto al contenido de la información, según la Ley 41/2002, reguladora de derechos y deberes en materia de información, debe incluir las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con circunstancias personales o profesionales del paciente, 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 las contraindicaciones.

Es por tanto, la recanalización espontánea que permita de nuevo el paso de los espermatozoides, un riesgo directamente relacionado con el tipo de intervención del que debe informarse específicamente al paciente antes de adoptar la decisión que crea más oportuna.

CONCLUSIONES

1.- En las operaciones de vasectomía, existe un porcentaje de fracasos reducido, en los que puede producirse una recanalización espontánea que permita de nuevo el paso de los espermatozoides, lo cual comporta la posible recuperación de la fertilidad.

2.- Ausencia del documento de Consentimiento Informado a pesar de tratarse de una intervención quirúrgica, o de cualquier otro soporte documental que constate que el paciente recibió una información verbal y completa, con inclusión de los riesgos típicos”.

Propone la estimación de la reclamación con un acuerdo indemnizatorio.

QUINTO.- La Compañía de Seguros, a la que la instructora traslada el expediente, aporta Dictamen médico que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que se indican, concluye lo siguiente:

“1. Al paciente se le realizó una vasectomía bilateral el 19-6-02.

2. En el informe de alta de la intervención se le recomendó controles en su Centro de salud, citándosele el 20-6-02 para revisión.

3. Al paciente se le suministró toda la información verbal necesaria, tal y como lo expresa el Dr. M. en su informe que se cita textualmente:

‘En el Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer, con respecto a la vasectomía, se informa sistemáticamente de las ventajas, inconvenientes, riesgos, necesidad de controles con azoospermia y posibilidad de recanalización futura. Esto se lleva a cabo tanto en la primera entrevista como en la segunda realizada a los tres meses de la intervención una vez se ha constatado la azoospermia en el seminograma de control’.

4. El paciente prefirió realizarse el espermiograma de control en un Laboratorio Privado el 11-9-02 con el resultado de AZOOSPERMIA.

5. En Mayo del 2003 y ante la ausencia de la menstruación en su mujer se realizó un nuevo espermiograma en el mismo laboratorio con el resultado de 6.000.000 de espermatozoides. Este resultado se comprobó al mes siguiente en el laboratorio del H. Morales Meseguer.

6. Por lo tanto, el paciente presentó una recanalización espontánea de los conductos deferentes. Esta complicación está descrita en la literatura con una frecuencia entre el 0,04% y el 0,31% de las vasectomías realizadas.

7. 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*".

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a las partes, comparece el reclamante y presenta escrito de alegaciones en el que reitera los argumentos expuesto en su reclamación, haciendo especial hincapié en la trascendencia del incumplimiento del deber de información impuesto por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad que, conforme a reiterada jurisprudencia, también forma parte de la prestación del profesional cirujano. Asimismo reitera su solicitud de indemnización tanto por daños morales, como por la carga económica que ha de suponer la crianza de su hijo.

SÉPTIMO.- Con fecha 17 de marzo de 2006, la Unidad instructora del procedimiento formula propuesta de resolución estimatoria por existencia de daño moral, al no constar documentalmente que el reclamante fuera debidamente informado de los riesgos inherentes al tipo de intervención al que se sometía, fijando como cantidad indemnizatoria 3.000 euros.

En tal estado de tramitación se dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 27 de marzo 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.- Plazo para reclamar, legitimación y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta en el plazo de un año desde la manifestación del efecto lesivo (artículo 142.5 LPAC) generado por el hecho al que se anuda el daño,

identificado por el reclamante como el nacimiento de su tercer hijo, acaecido el 25 de noviembre de 2003.

El Sr. S. R., en tanto que paciente sometido a una vasectomía ineficaz y padre del niño nacido como consecuencia de la, a su criterio, inadecuada asistencia médica recibida en un hospital dependiente de la Administración, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP. A este respecto cabe señalar que la paternidad sí ha quedado demostrada en el expediente aunque el reclamante no se haya sometido a prueba de paternidad, ya que, una vez demostrada su fertilidad, ninguna duda cabe acerca de la paternidad cobrando plena validez la presunción jurídica de paternidad de los hijos habidos dentro del matrimonio (art. 116 del Código Civil).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración Regional a través del Servicio Murciano de Salud, Ente al que se encuentra adscrito el centro sanitario donde se efectuó la intervención y del que depende el Servicio de Urología, encargado de su realización y seguimiento posterior.

Respecto a 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.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. El daño.

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por los artículos 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

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

La determinación del primero de estos elementos, el daño, en el supuesto planteado reviste características singulares. Partiendo de la premisa de que el nacimiento de un hijo no es un daño *per se*, este Órgano Consultivo, como ya afirmó en su Dictamen núm. 114/2003, no puede desconocer otros aspectos que tienen una repercusión directa en la existencia del daño. En los supuestos como el que nos ocupa el daño consiste en la lesión de la facultad de autodeterminación de la persona, que se ve vulnerada por una paternidad indeseada (la anticoncepción fallida). Se trata, por tanto, de supuestos en los que fracasa la atención sanitaria dirigida a evitar la concepción y consiguiente nacimiento de hijos. Sólo desde esta perspectiva cabe calificar el alumbramiento de aquéllos como un daño, que debe ser adecuadamente entendido como la frustración de una expectativa del resultado esperado de la intervención quirúrgica a que se somete el interesado. En palabras del Tribunal Supremo, sentencia de su Sala 3ª fechada el 3 de octubre de 2000,

“no cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *minimum ético constitucionalmente establecido como no puede ser menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica*”.

Según este Alto Tribunal no puede entenderse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. Sí puede, sin embargo, existir daño moral si, concurriendo los elementos necesarios, se hubiese lesionado el poder de autodeterminación de la persona.

CUARTA.- El nexa causal y la antijuridicidad del daño.

La reclamación imputa a la atención sanitaria recibida el resultado dañoso, considerando que ésta fue ineficaz, a lo que habría que añadir la falta de información sobre la posible recanalización espontánea de los conductos deferentes, con el riesgo de embarazo que tal circunstancia entrañaba.

En concreto, en relación con la existencia de nexa causal, debe analizarse en primer término si la actuación médica ha sido ajustada a la *lex artis ad hoc*. Según consta en el expediente administrativo, la intervención quirúrgica consistente en practicar una vasectomía al reclamante fue realizada por el facultativo empleando correctamente los medios y conocimientos científicos existentes. Prueba de ello es el resultado del primer seminograma que evidencia una azoospermia, de lo que se deduce que la operación cumplió con el resultado deseado, infertilidad del varón, sin que pueda apreciarse, tal como afirma la Inspección Médica, mala praxis médica. Cuestión distinta es el riesgo existente en este tipo de intervenciones y que también pone de manifiesto la Inspección Médica, consistente en que, *a posteriori*, pueda producirse una recanalización espontánea que permita de nuevo el paso de espermatozoides, lo cual comporta la posible recuperación de la fertilidad (folio 52). En definitiva, cabe considerar que la intervención se ajustó a la *lex artis ad hoc*, al menos en lo referente al aspecto estrictamente técnico-quirúrgico.

No obstante, 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 y evolución de su enfermedad o, como en el supuesto planteado, de su operación. De modo que, habiendo resuelto la ausencia de una incorrecta praxis médica, es el requisito de la antijuridicidad el que determinará la conclusión final sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad patrimonial pues, pese a que la operación se efectuó adecuadamente, se omitió el deber de informar al paciente sobre los posibles riesgos de recanalización espontánea.

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. En el caso de la medicina satisfactiva, en la que encaja el supuesto objeto del presente Dictamen, la obligación de informar y el consentimiento del paciente

adquieren perfiles propios. Así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de octubre de 2000, declara, como una de las consecuencias del carácter satisfactivo del acto médico-quirúrgico, la intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que aquélla no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención. En la medicina satisfactiva -sigue afirmando el Tribunal Supremo- *“los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo, cosa que no ocurre en la medicina asistencial, especialmente en los supuestos de existencia de grave riesgo para la salud, en los que cabe presumir que la iniciativa de la prestación médica y del carácter de la misma corresponde de modo exclusivo o preponderante a los servicios médicos, pues responde a una situación de necesidad no dependiente de la voluntad del paciente. Mas esto no minora la exigencia de mayor rigor en el deber de información en la medicina satisfactiva, aun cuando éste se proyecta, más que sobre la intervención en sí, sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo, pues la petición de asistencia médica, que puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento en cuanto al hecho de la intervención, no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos. A ello se añade, finalmente, la consideración de que cuando la propuesta de la intervención encaminada a lograr un determinado resultado procede de los propios servicios médicos, especialmente si éstos están integrados en la red pública de salud, la asunción de la iniciativa acentúa, si cabe, el deber de información”*.

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 adelante, Ley 41/2002).

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 (19 de junio de 2002) 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 puede probarse 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 entre el médico y su paciente, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido información, podrá derivarse de ella el cumplimiento de 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 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”*.

En el supuesto sometido a Dictamen no consta que se haya recabado el consentimiento informado del paciente con carácter previo a la intervención, por lo que la Administración no ha probado que el reclamante conocía con anterioridad a efectuarse la vasectomía todos los riesgos de la operación, incluida la posibilidad de su fracaso en orden a conseguir la esterilidad perseguida. La ausencia del documento en que el paciente expresa su consentimiento para ser intervenido, no puede ser suplida en orden a acreditar el cumplimiento del deber de información por el contenido de la historia clínica, extremadamente parca en la descripción del proceso. De ella cabe destacar que, junto a la ausencia de consentimiento informado, tampoco existe ningún indicio de información acerca de las medidas de precaución que el paciente debía observar en el postoperatorio para evitar un embarazo no deseado.

En definitiva, de la historia clínica únicamente se desprende que tanto la intervención como el seguimiento postoperatorio fueron técnicamente correctos, ya que se llevaron a cabo conforme a la *lex artis*. No puede sin embargo admitirse, como pretende la Gerencia del HMM, que dicho seguimiento garantice que al interesado se le había mantenido informado de la posible recanalización espontánea de la capacidad reproductora.

Lo anterior evidencia que al someterse el interesado a la vasectomía, con desconocimiento de la posible reversibilidad de la intervención, se omitió por parte de los facultativos el deber de informar al paciente sobre la posible recanalización de las vías seminales, lo que constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, que impide imputar al paciente la causa del daño, que no tiene el deber de soportar, convirtiéndose así en antijurídico.

QUINTA.- Cuantía de la indemnización.

Expuesto lo anterior, resulta necesario examinar ahora si la fertilidad postoperatoria del reclamante le ha causado algún daño susceptible de indemnización.

El Tribunal Supremo señaló en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, fechada el 3 de octubre de 2000, que, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, *“debe tenerse en cuenta la existencia de daño emergente, ligado a los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, que la intervención quirúrgica realizada convierte en incierta. También, sin duda, al lado del daño emergente, existen consecuencias dañosas que podrían encuadrarse en el lucro cesante. Sería, sin embargo, un grave error integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, pues ésta constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una readaptación de la situación económica o social del interesado o de los interesados. En el caso examinado, la situación económica y familiar de los padres declarada probada en la sentencia permite admitir, en principio, la existencia de este tipo de perjuicio, atendiendo a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello”*.

No cierra, por lo tanto, el Alto Tribunal la posibilidad de indemnizar por el quebranto económico que pueda suponer el cuidado y sustento de un hijo no deseado, aunque mantiene que son las circunstancias de cada caso las que permitirán deducir la procedencia de dicha indemnización (entre otras, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 26 de abril de 2006). Así, en aplicación de esta doctrina, la Sentencia de la misma Sala y Sección de 23 de febrero de 2005, reconoce *“el derecho de la demandante a ser indemnizada por el quebranto que pueda conllevar el cuidado y sustento de un hijo no deseado; difícilmente cuantificable en el aspecto económico, ya que los perjuicios o costos derivados del nacimiento del niño serán distintos según la situación familiar, el status patrimonial y laboral de cada familia e inversamente proporcional a su capacidad económica; por lo que en el presente caso, en atención a los ingresos que percibía el marido de la recurrente y el número de hijos, prudentemente la cuantificamos en 14.000.000 de pesetas -84.141,69 euros-, cantidad que deberá actualizarse a la fecha de la presente sentencia con el fin de conseguir una completa indemnidad de los perjuicios sufridos”*.

El Consejo Jurídico estima que la cantidad fijada por el interesado resulta desmesurada, pero, asimismo, también considera que la establecida en la propuesta de resolución

(3.000 euros) no atiende en debida forma la envergadura del daño producido. Se basa la unidad instructora para indicar tal cuantía en un Dictamen de este Órgano Consultivo (94/2005), pero al hacerlo obvia que los hechos que dieron lugar a este último Dictamen eran sustancialmente distintos al que ahora nos ocupa.

Ahora bien, a la hora de fijar una cantidad que cumpla adecuadamente con la finalidad resarcitoria que le es propia, surge un problema que radica, como ya decíamos en nuestro Dictamen núm. 114/2003, en que el artículo 141 LPAC no ofrece criterio alguno aplicable para la valoración del daño moral, obligando a quien haya de fijar la cuantía de la indemnización a efectuar un juicio de equidad en el que, con valoración de las circunstancias concurrentes, establezca una cantidad que se considere adecuada para el resarcimiento del perjuicio sufrido. A tal efecto, el Consejo Jurídico es consciente de la dificultad de aplicar el baremo contemplado por la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a supuestos en los que el daño no se produce como consecuencia de la pérdida de un hijo -daño típico expresamente contemplado en el baremo-, sino por su indeseado nacimiento; pero lo cierto es que la valoración de los daños que de forma apriorística y general contiene la citada Ley constituye el único referente mínimamente objetivo que ofrece el ordenamiento jurídico para la valoración de los daños físicos, de la propia vida humana y de las consecuencias morales que de la producción de aquéllos y de las alteraciones en el normal devenir de ésta se deriven. Por ello, en orden a evitar la absoluta subjetividad del juicio prudencial a que el artículo 141.5 LPAC aboca en la valoración del daño moral, este Órgano Consultivo estima que el daño sufrido por el reclamante podría valorarse, como ya se hizo en el supuesto objeto del Dictamen citado, en una cifra equivalente al 25% (19.388,89 euros) de la cantidad prevista en el antedicho baremo para la muerte del hijo (77.555,548 euros).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en tanto que se aprecia la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDA.- De conformidad con la Consideración Quinta, procede indemnizar al reclamante con 19.388,89 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 131/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 31/07/06

Extracto de Doctrina

Si la actuación sanitaria se ha ajustado a la lex artis el daño no puede reputarse antijurídico (por todas, STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de enero de 2005, D. J. L. A. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente prestación de los servicios sanitarios. Relata que el 13 de diciembre de 2004, mientras trabajaba en un bar de su propiedad, sufrió un accidente laboral al dejar un vaso encima de la barra, que explotó incrustándose un cristal en su mano izquierda, produciéndole lesiones múltiples. Ante tal circunstancia acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer de Murcia, donde se le diagnosticó herida incisa en el primer dedo de la mano izquierda, aplicándole un tratamiento de sutura de la herida, remitiéndolo a curas locales en su Centro de Salud, y control por su médico de cabecera.

El 27 siguiente le quitaron los puntos y, ante la imposibilidad de flexionar el primer dedo de la mano izquierda, le remitieron al Servicio de Traumatología del Centro de Especialidades del Carmen donde se le aprecia imposibilidad de flexionar con posibilidad de rotura tendinosa, enviándole al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer, que le diagnostica ruptura de tendones flexores de la mano y muñeca izquierda.

Por todo ello se le intervino quirúrgicamente el 3 de enero de 2005, con la finalidad de reconstrucción del músculo y tendón, siendo dado de alta.

El reclamante sostiene que se trata de un daño que no tiene el deber jurídico de soportar, si bien no lo concreta, ni tampoco la cuantía indemnizatoria que reclama.

SEGUNDO.- Con fecha 17 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.

Asimismo se le requirió al reclamante para que propusiera los medios de prueba de que pretende valerse.

Igualmente se solicitó al Hospital Morales Meseguer y al Centro de Especialidades del Carmen copia de la historia clínica, e informe de los facultativos que le atendieron.

TERCERO.- Por el Dr. J. L. M. R., del Centro de Especialidades del Carmen, se remite informe sobre la asistencia al reclamante el 28 de diciembre de 2004 (folio 12), según el cual:

“Este paciente fue visto por mí en consulta presentando herida inciso-contusa hacía una semana con déficit de flexión del pulgar de la mano izquierda, por lo que ante la sospecha de lesión tendinosa se le indica que debe ir a Urgencias para revisión quirúrgica de la herida.

La Historia Clínica la lleva el propio paciente en la documentación de su médico de cabecera”.

CUARTO.- Desde el Hospital Morales Meseguer se remitió la historia clínica, en la que figura el parte del Servicio de Urgencias cuando acudió el paciente el 13 de diciembre de 2004 (folio 130):

“Herida incisa en mano izqda.

(...)

Paciente de 41 años que acude con herida incisa en el 1er dedo de la mano izqda tras golpear unos vasos. Ha bebido.

Buena movilización del dedo (...).

Tto: Sutura de la herida.

Se aplica vacunación antitetánica ante el desconocimiento del paciente.

Curas locales en el centro de salud.

Control por médico de cabecera.”

También obra el informe médico del Dr. S. M., Jefe del Servicio de Urgencias (folio 18), según el cual:

“El paciente D. J. L. A. acudió al Servicio de Urgencias de este Centro el día 13 de diciembre de 2004, por una herida en el primer dedo de la mano izquierda tras golpear unos vasos, en estado de ebriedad. Tras la correspondiente anamnesis y exploración física donde se detecta la herida referida, con adecuada movilización del dedo, como así queda expresado en el informe médico, se decide suturar la herida, además se le aplica vacunación antitetánica ante el desconocimiento del paciente sobre si estaba o no vacunado, como profilaxis de Tétanos, remitiéndole a su Centro de Salud para control de evolución. Entendemos que no concurre mala praxis atendiendo a las observaciones referidas en el informe médico del Servicio de Urgencias”.

Por su parte la Dra. R.-M., del Servicio de Traumatología, manifiesta (folio 19):

“J. L. A., con número de historia clínica nº. X, ingresó en el Servicio de Traumatología el 3 de enero de 2005 con el diagnóstico de sección del flexor largo del pulgar mano izquierda para cirugía urgente diferida.

Se realizó sutura directa del tendón y ferulización y fue alta el 5 de enero.

Ha seguido revisiones periódicas en la consulta de traumatología. En la última revisión, el 20 de abril, la sutura es funcionante pero se encuentra atrapado en la polea del flexor por lo que se programa para cirugía secundaria (tenolisis) el 6 de mayo”.

QUINTO.- La Inspección Médica emite informe el 17 de febrero de 2006, que concluye:

“Tras el análisis y revisión de la documentación aportada, se constata que D. J. L. A. fue atendido en urgencias el 13-12-04 por presentar herida incisa en primer dedo de la mano izquierda, informándose de “buena movilización del dedo”, lo que resulta incompatible con una sección total.

Al no constatarse la existencia de alteraciones en la movilidad de la falange, resulta clínicamente correcta la sutura de la lesión.

El día 28-12-04, se detecta en consulta déficit de flexión de pulgar por lo que se deriva a un centro superior para su valoración quirúrgica, siendo intervenido el 3-1-05 para reconstrucción del tendón y el 6 de mayo para tenolisis.

El 20-4-05 se valora la sutura como funcionante.

Se ha tratado la lesión y la complicación (atrapamiento del tendón por la polea del flexo) cuando esta ha surgido, no siendo previsible la rotura secundaria del tendón.

No se puede establecer nexo causal entre la correcta intervención de urgencias y la lesión del paciente (rotura secundaria).

PROPUESTA

Por todo lo anteriormente expuesto y salvo mejor criterio se propone desestimar la presente reclamación indemnizatoria”.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, la aseguradora del ente público presenta un informe pericial realizado conjuntamente por cinco especialistas, que alcanzan las siguientes conclusiones:

“1. En la exploración clínica de urgencias se valoró la posibilidad de una rotura tendinosa y se ejerció una exploración clínica tendinosa que se resume en el informe de urgencias como “buena movilidad del dedo ¿Por qué va a mentir el médico?

2.La sección del flexor pollicis longus da un cuadro característico de dedo extendido, con falta completa de movilidad en flexión de la interfalángica del pulgar, muy difícil de pasar desapercibida para el paciente y para el médico. No hay ninguna referencia en el informe de urgencias a esta actitud.

3.Posiblemente el paciente presentaba una lesión parcial tendinosa, lesión que puede tener una exploración normal en urgencias.

4.Si el paciente notó que no podía flexionar el dedo debería haber acudido de nuevo a urgencias.

5.No se ha sobrepasado el tiempo recomendado para la sutura primaria tendinosa.

6.La consulta tardía del paciente no se puede atribuir al médico de urgencias.

7.La reparación a los 21 días puede tener el mismo resultado que el primer día.

8.Urgencias no emite un alta definitiva, el progreso tras la primera cura, está a cargo del médico de cabecera, como así se recoge en el informe de primera atención, que valorará la buena o mala evolución para remitir de nuevo al hospital.

La actuación de los diferentes servicios médicos queda ajustada a la lex artis”.

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de marzo de 2006, el reclamante presenta escrito de alegaciones en el que reitera los argumentos del escrito de reclamación, sin que cuestione el informe pericial de la compañía aseguradora, al no presentar las correspondientes alegaciones, cuando se le otorga un trámite de audiencia específico.

OCTAVO.- Recabado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico se adoptó el acuerdo 10/2006, de 10 de julio, por el que se solicitaba que se completase la documentación con la copia íntegra del escrito de alegaciones presentado por el reclamante, pues figuraba únicamente la primera página, habiéndose cumplimentado en tal sentido por medio de fax, de 20 de julio siguiente.

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.

El reclamante ostenta la condición de interesado 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).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el error del diagnóstico (Servicio de Urgencias del hospital Morales Meseguer).

En cuanto al plazo, la acción se ha ejercitado 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, si bien se ha respetado el principio de contradicción, otorgando un segundo trámite de audiencia al interesado con el traslado del informe pericial aportado por la aseguradora.

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. 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).

Del escrito de reclamación se infiere, aunque no se señala expresamente, que se achaca a la Administración regional el error de diagnóstico, al no detectarle en la primera asistencia del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer la rotura del flexor largo del dedo pulgar. Sin embargo, no existe elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, ni siquiera indiciariamente, que lleven a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, en ausencia de prueba por parte del reclamante, y atendiendo a los informes médicos obrantes en el expediente, y sobre todo al de la Inspección Médica, por el carácter eminentemente técnico de la misma (por todos, nuestro Dictamen núm. 21/2006), que no aprecian infracción de la *lex artis* por las siguientes razones:

1ª) El diagnóstico de lesiones tendinosas traumáticas se hace de acuerdo a la pérdida de la extensión o de la flexión. El examen clínico de la mano suele ser suficiente para establecer el diagnóstico. Al no constatarse la existencia de alteraciones en la movilidad de la falange cuando acudió el paciente al Hospital Morales Meseguer el día 13 de diciembre de 2004 (expresamente se recoge en el parte del Servicio de Urgencias “buena movilización del dedo”), resulta clínicamente correcta la sutura de la lesión.

2ª) El día 28 siguiente se detectó en consulta déficit de flexión del dedo pulgar por lo que se derivó a un centro superior para valoración quirúrgica, siendo intervenido el 3 de enero de 2005 (6 días después) para su reconstrucción quirúrgica.

Por ello, concluye la Inspección que se ha tratado la lesión y la complicación (atrapamiento del tendón por la polea del flexor) cuando ésta ha surgido, no siendo

previsible la rotura secundaria del tendón, sin que se pueda establecer nexo causal entre la correcta intervención de Urgencias y la lesión del paciente (rotura secundaria).

A mayor abundamiento el informe de los peritos de la aseguradora corroboran que en la exploración clínica de urgencias se valoró la posibilidad de una rotura tendinosa, que se resume en el informe como “buena movilidad del dedo”, añadiendo, al igual que la Inspección Médica, que la sección del flexor *pollicis longus* presenta un cuadro característico (dedo extendido con falta completa de movilidad) muy difícil de pasar desapercibida para el paciente y para el médico. Coinciden en la apreciación de que posiblemente el paciente presentaba una lesión parcial tendinosa, que puede tener una exploración normal en el Servicio de Urgencias. Destacan que si con posterioridad el paciente notó que no podía flexionar el dedo debería haber acudido de nuevo al Servicio de Urgencias, pues la atención valora la enfermedad en un momento determinado. Concluyen los especialistas que la reparación a los 21 días puede tener el mismo resultado que el primer día.

Las consideraciones médicas de la Inspección (corroboradas por los peritos de la aseguradora), sobre el tratamiento dispensado al paciente y la ausencia de nexo causal, no son cuestionadas por el reclamante, a quien incumbe hacerlo, según la distribución de la carga de la prueba que señala el artículo 217 LEC, sin que tampoco concrete el daño ni su extensión, pues no solicita cuantía indemnizatoria. Además, como recoge la propuesta de resolución, si la actuación sanitaria se ha ajustado a la *lex artis* el daño no puede reputarse antijurídico (por todas, STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005).

Por último, resulta de interés reproducir 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 sin que se aprecie que en el caso, a la vista de la pericial practicada, resulte previsible en la primera visita hospitalaria al centro sanitario y en la posterior al servicio de urgencias hospitalario la apreciación de una sintomatología que permanecía larvada (...) y que no fue manifestada sino días después (...). (...).*

Lo anteriormente expuesto aboca a desestimar la reclamación y a confirmar la propuesta de resolución elevada.

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

CONCLUSIÓN

UNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño que se alega, que tampoco se cuantifica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 132/06.- 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: 31/07/06

Extracto de Doctrina

La existencia de esa actuación concurrente de dos Administraciones eventualmente co-responsables exige la participación de aquella que no es competente para decidir, y ello, ya sea al amparo del citado artículo 18.2 RRP, ya del artículo 84 LPAC, como trámite de audiencia que se le confiere atendida su condición de interesada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de diciembre de 2005, tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito de comunicación de accidente escolar sufrido por la alumna de 4º de Primaria, M. R. C., el 22 de noviembre de 2005, en el Colegio Público de Educación Infantil y Primaria Comarcal “San Miguel” de Molina de Segura. En él el Director del citado Centro expone:

“Estando la niña junto con sus compañeros para entrar a clase en la pista polideportiva del patio, tropezó cayéndose hacia delante. Fue atendida primeramente por el Secretario del centro y posteriormente por su tutor y su madre, que se la llevó a su casa y por la tarde al dentista”.

SEGUNDO.- La madre de la menor, D. A. C. C., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial, conforme a modelo normalizado facilitado por el Centro, en el que solicita una indemnización de 120 euros por los daños sufridos por la niña en sus incisivos superiores.

Acompaña a la reclamación una fotocopia compulsada del Libro de Familia, así como informe médico y factura de médico estomatólogo, que reflejan dos reconstrucciones de composite por importe de 60 euros cada una.

TERCERO.- Con fecha 19 de diciembre de 2005, la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombra instructora, quien, con fecha 19 de diciembre de 2005, solicita informe al Director del Centro sobre los hechos.

En su informe, el Director manifiesta lo siguiente:

“Que la posible causa que pudo provocar el tropezón de la niña es el mal estado del firme de la pista polideportiva, ya que en el lugar en el que tropezó hay grietas/hendiduras que pueden provocar que más de un alumno dé un tropezón, como ha sido en este caso, y que aunque el encargado municipal de mantenimiento las ha tapado en distintas ocasiones vuelven a salir porque requiere una reforma en profundidad toda la pista deportiva (en otros términos, cambiar todo el firme de la pista)”.

CUARTO.- A la vista del informe, del que se desprende que probablemente las lesiones se produjeron como consecuencia del mal estado de la pista polideportiva, se remitió el expediente de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento de Molina de Segura, al considerarlo competente para su instrucción y resolución.

Instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial por la Corporación, finaliza mediante acuerdo de su Junta de Gobierno Local, de fecha 28 de marzo de 2006, que resuelve devolver el expediente a la Consejería, al tiempo que manifiesta la ausencia de nexo causal entre la actuación municipal y el daño sufrido por la menor.

Consta en el procedimiento instruido por el Ayuntamiento un informe de su Arquitecto Técnico Municipal, de fecha 3 de febrero de 2006, según el cual, en la inspección ocular del lugar de los hechos, en una de las juntas de dilatación del hormigón de la pista polideportiva *“se ha producido un movimiento diferencia, quedando un resalte de 1,5 cm. aproximadamente, entre un lado y otro de la junta de dilatación, ordenando inmediatamente la reparación”*. Informa, asimismo, que la pista tiene unos 20 años de antigüedad y que el resalte existe desde hace unos 8 años.

QUINTO.- Con fecha 20 de abril de 2006, la instructora solicita informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares sobre el estado del firme de la pista polideportiva del patio, siendo emitido el 4 de mayo en los siguientes términos:

“Los signos externos que han podido comprobarse, visionados en las fotos adjuntas, reflejan la superficie para las actividades deportivas y los espacios de su entorno en buen estado de conservación, reparadas recientemente, considerando que anteriormente a esta actuación presentaba una planeidad, residual en el tiempo, superior a los 3 mm permitidos para el no rechazo de su ejecución en este tipo de pavimento, según la NBE en su especificación RSC-8, siendo actualmente adecuada para la actividad de los usuarios”.

SEXTO.- Con fecha 12 de mayo de 2006 se dirigió notificación a la reclamante, mediante correo certificado con acuse de recibo (notificado el 16 de mayo), comunicándole 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, sin que la misma haya comparecido en este trámite.

SÉPTIMO.- Con fecha 6 de junio de 2006, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que el firme de la pista polideportiva se encontraba en mal estado, constituyendo un factor generador de riesgo para los escolares usuarios de dicha instalación, derivado de la omisión del deber de vigilancia de la Administración educativa sobre los elementos materiales que dan soporte a la actividad docente, de donde deduce la existencia de nexo causal entre el funcionamiento omisivo del servicio público y los daños sufridos por la menor.

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 13 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.- Legitimación.

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 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 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.

Mayor problema plantea la determinación de la legitimación pasiva. En efecto, establecida, en principio, como causa eficiente del accidente escolar el deficiente estado de una instalación del Colegio (más concretamente, la pista polideportiva por la que transitaba la alumna en los momentos previos a la entrada a clase al comienzo de la jornada escolar), resulta obligado abordar la trascendencia que para la determinación de la Administración a la que ha de imputarse el funcionamiento del servicio causante del daño, tiene el contenido de la Disposición Adicional de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, al establecer en su apartado 1 que *“la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros de educación infantil de segundo ciclo, primaria o especial, dependientes de las Administraciones educativas, corresponderán al municipio respectivo”*. Una interpretación literal de este precepto llevó a la instructora a declarar la falta de legitimación pasiva de la Administración regional y a trasladar la reclamación a la Corporación Local competente para el mantenimiento de las instalaciones docentes, en el entendimiento de que dicha competencia le atribuía una legitimación pasiva exclusiva y excluyente de cualquier otra.

Como bien indica la instructora en su propuesta de resolución, esta circunstancia ya fue analizada en profundidad por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes núm. 52/2003 y 128/2003, entre otros, en los que, para el supuesto allí contemplado, se afirmaba que el criterio delimitador de la responsabilidad que se había de utilizar no era otro que aquél mediante el cual cada *“Administración responderá de modo independiente de las lesiones que le sean imputables, de conformidad con lo que resulte del reparto de*

competencias efectuado”. Añadiendo más adelante que “ciertamente, el criterio del reparto competencial como delimitador de la Administración responsable del daño podría ser modulado conforme a las circunstancias del caso concreto, especialmente si las competencias concurrentes constituyen dos sectores o “submaterias” de una materia general de la que se desgajan, tal y como sucede en el presente caso, en que tal materia general es la enseñanza y las “submaterias”, como ya hemos dicho, son la prestación de la docencia, de un lado, y el mantenimiento de las instalaciones en que se desarrolla aquélla, de otro. Sin embargo, acudir a una eventual solución de solidaridad por razones de justicia material, esto es, más allá del criterio formal de la distribución de competencias antes reseñada, exigiría que concurrieran, al menos, estas dos circunstancias: a) que la determinación sobre el reparto competencial se encontrase en normas de difícil interpretación, de las que pudiera surgir una duda razonable sobre la Administración concretamente competente, y b) que, en virtud de lo anterior, el interesado hubiera reclamado contra la Administración titular de la competencia sobre la “submateria” respecto a la que no procediera imputar el daño (en nuestro caso, la Administración regional) y no contra la verdaderamente responsable de acuerdo a la distribución competencial establecida en la correspondiente norma jurídica (en nuestro caso, el Ayuntamiento ex D.A. 17ª LOGSE citada)”.

En el supuesto sometido a Dictamen no sólo se da la circunstancia de que la interesada ha deducido su reclamación frente a la Administración autonómica, a la que se ha de considerar una de las posibles legitimadas con base en las competencias de gestión del servicio público educativo que le fueron transferidas mediante el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, sino que, además, no puede obviarse el deber de vigilancia que la Administración educativa, Consejería de Educación y Cultura, ha de desplegar con el fin de que las distintas instalaciones de los colegios estén en las necesarias condiciones de seguridad, obligación que se ve acentuada en lo que se refiere a elementos arquitectónicos que son utilizados constantemente por los alumnos. En este sentido 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.

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).

En consecuencia, procede declarar la existencia de legitimación pasiva de la

Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, correspondiendo la competencia para tramitar el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial a la Consejería de Cultura y Educación, en tanto que Departamento en el que se integra el centro educativo donde se produjo el accidente.

TERCERA.- Tramitación.

Si bien 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, este Consejo Jurídico considera necesario formular las siguientes consideraciones:

1. Los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de coordinación con otras Administraciones Públicas, que el artículo 3.2 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 impone a la actuación de la Administración regional, se cohonestan mal con una actuación instructora que, con desconocimiento de la consolidada doctrina expuesta en la Consideración Segunda de este Dictamen, ha provocado la tramitación de un completo procedimiento de responsabilidad patrimonial en el seno del Ayuntamiento de Molina de Segura, con la consiguiente inversión de tiempo y recursos públicos municipales, que ha finalizado con la devolución de la reclamación a la Administración regional, donde ha continuado su tramitación.

Una instrucción más acorde con los principios expuestos habría exigido otorgar audiencia a la Corporación Local en su calidad de interesada en el procedimiento, atendida su condición de eventual co-responsable, circunstancia que recoge expresamente el artículo 18.2 RRP, al establecer la consulta preceptiva a las Administraciones Públicas implicadas en la fórmula colegiada de actuación para que, en el plazo que determine la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento, aquéllas puedan exponer cuanto consideren procedente.

Como ya quedó expuesto, si bien en el supuesto sometido a consulta no puede hablarse en rigor de la existencia de una fórmula colegiada de actuación, en los términos del artículo 140.1 LPAC, lo cierto es que la existencia de esa actuación concurrente de dos Administraciones eventualmente co-responsables exige la participación de aquella que no es competente para decidir, y ello, ya sea al amparo del citado artículo 18.2 RRP, ya del artículo 84 LPAC, como trámite de audiencia que se le confiere atendida su condición de interesada.

2. Si bien la Corporación Local tuvo conocimiento de la existencia de la reclamación, llegando a tramitar un verdadero procedimiento de responsabilidad patrimonial que finalizó mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Molina de Segura, por el que se devuelve el expediente a la Administración regional para su tramitación, lo cierto es que, una vez retomada la instrucción por la Consejería consultante, debió poner en conocimiento de la Entidad Local las actuaciones realizadas con posterioridad, en particular, el informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos (folio 39 del expediente). Este documento adquiere gran trascendencia en el procedimiento, en tanto que ofrece el necesario soporte técnico para la apreciación del nexo causal entre el funcionamiento irregular del servicio público, por omisión, y el daño sufrido por la menor, y en él se basa de manera expresa la estimación de la reclamación, al permitir apreciar la existencia de un elemento generador de riesgo, que constituye el verdadero

título de imputación de responsabilidad a las Administraciones públicas implicadas.

Al no haber puesto en conocimiento del Ayuntamiento la existencia de este documento, no puede considerarse cumplido el requisito de procedimiento que exige su preceptiva participación en el procedimiento (bien a través del trámite de consulta establecido por el artículo 18.2 RRP, bien por medio del trámite de audiencia del artículo 84.1 LPAC), debiendo proceder la Consejería de Educación y Cultura a comunicar a la Corporación Local implicada todas las actuaciones realizadas con posterioridad a la devolución por aquélla del expediente, otorgándole un plazo para que formule cuantas alegaciones estime oportunas.

3. En la fundamentación jurídica de la propuesta de resolución se ha aludido a la existencia de una eventual responsabilidad solidaria de la Administración regional y la local. Dicha propuesta, que estima la reclamación y reconoce el derecho de la interesada al abono de la indemnización solicitada, sin embargo, en su parte final no se pronuncia de manera expresa acerca de si debe exigirse a la Administración local, y en qué medida, la parte de responsabilidad que le corresponde. Y ello por cuanto la estimación de las pretensiones actoras por parte de la Administración regional no conlleva que sea ella la única obligada a soportar las consecuencias indemnizatorias derivadas del funcionamiento irregular de los servicios públicos, con independencia de a quién corresponda su titularidad.

En consecuencia, procede que la propuesta de resolución se pronuncie de manera expresa acerca de la parte de responsabilidad que corresponde al Ayuntamiento de Molina de Segura, extremo éste del que habrá de ser informada la referida Corporación con ocasión del trámite de audiencia que, de conformidad con las consideraciones precedentes, ha de conferirle la Administración regional.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al juzgar el Consejo Jurídico necesario que, previamente a aquélla, se realicen las actuaciones indicadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 133/06.- Proyecto de Decreto regulador de los clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva de la Región de Murcia.**Consultante : Consejero de Presidencia****Fecha: 04/08/06****Extracto de Doctrina**

La aplicación y obligado respeto por las CCAA de los indicados preceptos “básicos” y, en concreto, por lo que ahora interesa, de los artículos 5.1 y 11.2 LODA, no supone, como ha parecido entender el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante, la imposibilidad de que las CCAA puedan establecer un régimen jurídico de organización y funcionamiento de determinadas asociaciones (aquí, las entidades deportivas así constituidas), si dicha regulación responde adecuadamente al alcance y fines de la competencia autonómica que la ampare. Así, y como es el caso que nos ocupa, cuando el régimen jurídico propuesto no tenga un alcance general y obligatorio para toda asociación con objeto deportivo, sino sólo con un carácter limitado y voluntario, es decir, para aquellas que deseen ser objeto de reconocimiento oficial por la Administración deportiva regional a los exclusivos efectos previstos en la LDMU, que no supedita la actividad deportiva de toda asociación a la obtención de tal reconocimiento oficial, sino que configura este último como un requisito necesario (aunque no por sí solo suficiente, según luego se verá) para que la actividad deportiva pueda integrarse en el sistema organizativo público por ella diseñado (instrumentado a través de las federaciones deportivas) y/o para optar al régimen subvencional o, en general, de fomento, de dicha Administración.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante oficio de 28 de marzo de 2005, el Director General de Deportes de esta Administración regional remitió a la Secretaría General de la Consejería de Presidencia un primer borrador de Anteproyecto de Decreto regulador de los clubes deportivos de la Región de Murcia, para que se procediera a su tramitación, si así se consideraba oportuno.

SEGUNDO.- El 23 de junio de 2005, el Servicio Jurídico de dicha Secretaría General informa sobre el texto remitido, especialmente sobre su ajuste al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y sobre varios aspectos de legalidad ordinaria. Destaca en este sentido su opinión sobre la necesaria supresión de los Títulos II, IV y V del borrador, dedicados respectivamente al régimen jurídico de los miembros de los clubes deportivos, órganos de gobierno y administración, y régimen electoral, por considerar que estos aspectos son regulados por la Ley Orgánica 1/2002, de 27 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en adelante, LODA), de aplicación general en todo el territorio nacional tanto en sus preceptos de carácter orgánico como en los dictados por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas (esencialmente se invoca el artículo 149.1. 1ª CE), Ley de la que se infiere que, más allá de lo regulado por la misma, son los estatutos de cada asociación los que deben libremente reglar los aspectos que el borrador

pretende en los mencionados títulos, por lo que la norma proyectada debería limitarse a otros aspectos, susceptibles de desarrollo reglamentario de la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (en adelante, LDMU), al amparo de las cláusulas específicas (o la genérica de habilitación reglamentaria) que en ella se contienen.

TERCERO.- Mediante oficios de fecha 22 de julio de 2005, el Director General de Deportes remitió el borrador a las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia a fin de que formularan las alegaciones que consideraran oportunas, contestando la Federación de Tiro con Arco (solicitando modificaciones en el proyectado régimen del voto por correo en las elecciones a los órganos de los clubes) y la de Vela (proponiendo que se incluyera en el texto la obligación de todos los clubes deportivos de afiliarse a la correspondiente Federación Deportiva), alegación esta última que se analizará posteriormente.

CUARTO.- El 20 de septiembre de 2005 se constituye un grupo de trabajo con el objeto de examinar el borrador de Anteproyecto. En el acta extendida al efecto, se hace constar que los presidentes de las Federaciones regionales integrantes de dicho grupo (Atletismo, Balonmano y Actividades subacuáticas) consideran conveniente incluir la obligatoriedad de la afiliación de las entidades deportivas a la correspondiente Federación, con el objeto de obligarles a participar en actividades de promoción del deporte, pues existen clubes no adscritos a la respectiva Federación que se dedican a actividades comerciales y no de promoción deportiva.

QUINTO.- El 3 de octubre de 2005 el Director General de Deportes remite a la reseñada Secretaría General una propuesta de iniciación del procedimiento de aprobación de la norma de que se trata, una memoria justificativa de su oportunidad, un estudio económico de la incidencia de la futura norma, un informe sobre su impacto por razón de género y un segundo borrador, documentos que obran en el expediente remitido.

SEXTO.- El 27 de octubre siguiente, el Servicio Jurídico de la Secretaría General emite un nuevo informe (que dice haber sido solicitado por la citada Dirección General), en el que se vuelve a reiterar las consideraciones expresadas en su primer informe sobre la idoneidad de la regulación proyectada en gran parte del borrador en cuestión. Además, considera que la incorporación al nuevo texto de la obligatoriedad de integración de los clubes deportivos en la respectiva Federación para su reconocimiento oficial (arts. 4.2 y 5 del borrador entonces informado), vulnera el derecho fundamental de asociación en su dimensión negativa (libertad de las asociaciones de no asociarse) y la LODA, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional que cita, debiendo eliminarse, por tanto, dichos preceptos del Anteproyecto. Igual conclusión extrae el informe sobre otros artículos del texto analizado, en aplicación de las consideraciones de las que parte sobre el alcance del derecho fundamental de asociación y la aplicación de la LODA, que se analizarán en las Consideraciones del presente Dictamen.

SÉPTIMO.- Elaborado un nuevo borrador por la Dirección General de Deportes, mediante oficio de 2 de noviembre de 2005 de la Secretaría General de la Consejería fue remitido a las Consejerías, Entes y Organismos de la Administración Regional a fin de que pudieran formular las oportunas observaciones, contestando las Consejerías de Economía y Hacienda, de Turismo, Comercio y Consumo, de Agricultura y Agua, y de Sanidad, sin consideraciones significativas.

OCTAVO.- El 22 de noviembre, la Dirección General de Deportes emite informe en el que analiza las observaciones expresadas en los previos informes de la Secretaría

General de la Consejería y las alegaciones formuladas a los borradores remitidos en cada momento. Ha de destacarse aquí su parecer sobre el alcance y sentido de la regulación proyectada, en estos términos:

“La regulación que se efectúa de los clubes deportivos no pretende establecer un régimen jurídico general aplicable a cualquier asociación que se constituya con objeto deportivo, sino sólo para aquellas que pretendan voluntariamente su reconocimiento oficial como clubes deportivos o entidades de promoción y recreación deportiva a los efectos establecidos en la Ley del Deporte de la Región de Murcia, siendo objeto de inscripción, por tanto, en un registro especial como es el registro de entidades deportivas de la Región de Murcia, tal y como considera el Consejo Jurídico de la Región de Murcia en su Dictamen nº 19/2000, emitido como consecuencia de sus consideraciones al Anteproyecto de la Ley de Deportes de la Región de Murcia”.

Además, pone de manifiesto que *“el artículo 50.3 de la Ley del Deporte señala que los estatutos de los clubes deportivos configuran su estructura interna y régimen de funcionamiento de acuerdo con principios democráticos y representativos y establecerán la elección de todos los órganos de representación y administración mediante sufragio libre, directo, igual y secreto de todas las personas asociadas.*

La finalidad de la Dirección General de Deportes en el proyecto de Decreto que se encuentra en tramitación no es otra que la de garantizar a través de su articulado que la generalidad de clubes deportivos inscritos en el registro de entidades deportivas de la CARM se someten a tales principios democráticos y representativos. Ello no significa que se esté limitando la libertad a la hora de configurar su estructura interna y régimen de funcionamiento a través de sus estatutos sino, al contrario, es precisamente dentro de tales principios básicos, que la Administración tiene obligación de garantizar, donde los clubes deportivos pueden y deben desarrollar sus propios estatutos con total libertad”.

Por otra parte, acepta lo informado por el citado Servicio Jurídico sobre la inconstitucionalidad de la previsión de la integración obligatoria de los clubes deportivos en las respectivas Federaciones, por lo que procedió a eliminar dicha prescripción del nuevo borrador elaborado al efecto.

NOVENO.- Según certificación de 24 de noviembre extendida al efecto, el 23 anterior el Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia informó favorablemente el Anteproyecto de referencia, *“con el voto en contra de los representantes de las Federaciones de Atletismo y Luchas Olímpicas y Disciplinas Asociadas de la Región de Murcia”.*

DÉCIMO.- Remitido el expediente a la Dirección de los Servicios Jurídicos para su preceptivo informe, fue emitido el 20 de febrero de 2006, en el que, desde el punto de vista procedimental, indica que no consta en el expediente la recepción del texto por todas las Federaciones deportivas interesadas a efectos del trámite de alegaciones, ni que, de haber sido así, se hubiera sometido al conocimiento y opinión de los miembros de dichas Federaciones; asimismo, señala que no consta el preceptivo informe de la Vicesecretaría de la Consejería proponente. En cuanto al fondo, indica que conforme a la STC 173/1998 las Comunidades Autónomas que no tienen competencia normativa en materia de asociaciones, como es el caso de la Región de Murcia, pero sí en sectores en que el asociacionismo es factor relevante, ostentan competencias para la regulación de las correspondientes asociaciones sectoriales a efectos de su fomento y promoción,

en sentido amplio, pero no pueden afectar al régimen jurídico del asociacionismo en general, pudiendo, por ello, regular las asociaciones deportivas que de forma voluntaria solicitan ser reconocidas por la Administración regional.

Además, realiza otras observaciones puntuales para la mejora del articulado del Anteproyecto.

UNDÉCIMO.- A virtud del oficio de 27 de febrero de 2006 del Vicesecretario de la Consejería y a la vista de las observaciones realizadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se procedió a elaborar un nuevo borrador de Anteproyecto y a remitirlo a las Federaciones interesadas, cuya recepción consta en los acuses de recibo que obran en el expediente remitido, sin que conste que hayan formulado alegaciones.

DUODÉCIMO.- El 27 de marzo, el Vicesecretario de la Consejería de Presidencia emitió su preceptivo informe, considerando procedente la aprobación del Anteproyecto de referencia, previa solicitud de Dictamen preceptivo al Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

DECIMOTERCERO.- Consta en el expediente el texto autorizado por el Consejero de Presidencia del Proyecto objeto de Dictamen, siendo solicitado éste mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico con fecha 12 de abril de 2006, 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 de carácter general que constituye desarrollo reglamentario de la LDMU, concurriendo, por tanto, 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.- Cuestiones formales.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que se ha cumplido, en lo sustancial, con 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, sobre procedimiento de elaboración de reglamentos.

En lo que se refiere a la observación realizada por la Dirección de los Servicios Jurídicos en el sentido de no constar que las Federaciones hayan conocido o podido alegar sobre los borradores remitidos en su día, debe decirse que, desde la perspectiva de las obligaciones que competen al órgano instructor de un procedimiento normativo como el presente (y, por tanto, desde el prisma de la validez de su tramitación), dicho órgano sólo debe trasladar el borrador de que se trate al representante del órgano o entidad interesada (aquí, los Presidentes de las respectivas Federaciones regionales), siendo cuestiones internas del ente consultado las relativas al órgano competente del mismo para formular alegaciones o las actuaciones que dicho representante pudiera tener que realizar para evacuar el trámite de alegaciones conferido.

TERCERA.- Estructura y contenido del Proyecto dictaminado.

El Proyecto objeto de Dictamen consta de una Exposición de Motivos, 39 artículos y las Disposiciones Transitoria, Derogatoria y Final.

Los artículos se dividen así:

-Título I: “*Objeto y ámbito de aplicación*” (arts. 1 y 2).

-Título II: “*De los Clubes Deportivos*” (arts. 3 a 6).

-Título III: “*De las Entidades de Promoción y Recreación Deportiva*” (arts. 7 a 10).

-Título IV: “*Disposiciones comunes a los Clubes Deportivos y a las Entidades de Promoción y Recreación Deportiva*” (arts. 11 a 39), dividido en diez capítulos, dedicados al Régimen Jurídico (I), Constitución, Reconocimiento y Disolución (II), Miembros (III), Estatutos (IV), Órganos de Gobierno y Administración (V), Régimen Electoral (VI), Régimen de Responsabilidad (VII), Régimen Económico (VIII), Régimen Documental (IX) y sobre la Inscripción en el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia de los Clubes Deportivos y las Entidades de Promoción y Recreación Deportiva (X).

CUARTA.- Competencia regional y habilitación legal.**I. Consideraciones generales.**

Como expresan la Exposición de Motivos del Proyecto y los informes emitidos, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dispone de competencia exclusiva en materia de promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio (artículo 10. Uno 17 del Estatuto de Autonomía), fruto de la cual es la vigente LDMU, en cuyo articulado se contienen diversas habilitaciones reglamentarias específicas para las materias que conciernen al Proyecto que nos ocupa (arts. 37, 51.2, i) y 3, 55.2 y 56) y, en su Disposición Final Segunda, una habilitación genérica al Consejo de Gobierno a estos efectos.

Para resolver las controversias suscitadas entre diversos órganos de la Consejería proponente acerca del ajuste constitucional de buena parte de los preceptos proyectados, es necesario recordar lo expresado por este Consejo Jurídico en su Dictamen 19/2000, de 10 de abril, al Anteproyecto de lo que hoy es la LDMU:

“La regulación que puede realizar la Comunidad Autónoma no puede incidir sobre el asociacionismo deportivo en general, sino sólo sobre el que sea objeto de reconocimiento oficial a los efectos de la legislación deportiva regional, es decir, respecto de asociaciones deportivas que voluntariamente soliciten ser reconocidas por la Administración Deportiva regional para participar en las competiciones federativas u organizadas por la Comunidad y beneficiarse de sus medidas de fomento.”

Como se desprende de las Sentencias del Tribunal Constitucional 157/92 y 173/98, el Estado es el competente para regular los aspectos esenciales del derecho fundamental de asociación previsto en el artículo 22 CE, en virtud de los artículos 81.1 y 149.1,1º de la Norma Fundamental, y las Comunidades Autónomas que ostenten competencias en materia de “asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares” (incluidas las deportivas) lo son para la regulación del régimen jurídico de éstas a partir de lo establecido con carácter general por el Estado. El resto de Comunidades Autónomas (como la de la Región de Murcia) que no tienen aquella competencia general, pero sí la relativa a sectores en los que el asociacionismo es pieza importante (consumo, juventud,

o, como en este caso, deportes), sólo ostentan competencia para regular las asociaciones a los efectos de su fomento, entendido en sentido amplio, incluyendo aquí lo relativo a su participación en estructuras públicas (por ejemplo, en el deporte, su participación en competiciones oficiales). En otras palabras, estas Comunidades no pueden desarrollar lo que el Tribunal Constitucional denomina “régimen jurídico general” de estas asociaciones, entendiendo por tal el que se dirige a regular asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 CE e inscritas simplemente en el Registro General de Asociaciones y que no desean acogerse a los beneficios que para su reconocimiento oficial vía inscripción en Registros sectoriales, pues su regulación pertenece no a la competencia sectorial correspondiente (juventud o deportes) sino a la más genérica de asociación, ya en su núcleo esencial y general, que corresponde al Estado, ya al título de asociaciones docentes, culturales, artísticas y similares a que se ha hecho referencia, que corresponde a las Comunidades Autónomas que la tengan atribuida.

Precisamente por tal circunstancia, las leyes deportivas de muchas Comunidades Autónomas incluyen la cláusula “a los efectos de esta ley” para indicar que la regulación que efectúan respecto de las asociaciones deportivas no pretende establecer un régimen jurídico general aplicable a cualquier asociación que se constituya con objeto deportivo, sino sólo para aquellas que pretendan voluntariamente su reconocimiento oficial a los indicados efectos de participación en competiciones oficiales, subvenciones, etc., lo que se suele instrumentar a través de su inscripción en un Registro Especial, como hace el Anteproyecto”.

Aplicado lo anterior a lo que dispone la LDMU, se advierte ya desde su artículo 3, e) que ésta tiene como objetivo “*el fomento y la regulación del asociacionismo deportivo reconocido como tal a los efectos previstos en la presente Ley*”, lo que se proyecta en sus artículos 35, 50.2, 55.1 y 57.1, que recogen esa necesaria limitación del alcance de la normativa deportiva de las CCAA que, como la de Murcia, carecen de competencias para desarrollar una regulación de alcance general sobre asociaciones, o incluso sobre determinado tipo de asociaciones, en el sentido indicado en el citado Dictamen.

Ahora bien, esta autolimitación, plasmada en las cláusulas de salvaguarda oportunas (“*a los efectos de esta Ley*” y similares) no excluye, *a priori*, que en la regulación contenida en la LDMU y ahora en el proyectado Decreto, puedan existir, en hipótesis, determinaciones contrarias al artículo 22 CE, sobre el derecho fundamental de asociación y, hoy, sobre la LODA, que desarrolla tal derecho. Y ello porque desde la STC 67/85, el Alto Tribunal indicó que “*la reserva de la Ley Orgánica en el artículo 81.1 de la Constitución en orden a las leyes relativas “al desarrollo de los derechos fundamentales” se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica*” (f.j.3). Inciso final éste que es ratificado en la sentencia 173/98 citada y en la reciente 133/06, de 27 de abril, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad contra la LODA, al decir el Tribunal que “*la Comunidad Autónoma, al regular el régimen jurídico de las asociaciones sometidas a su competencia, no puede entrar a regular el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación. Este es un ámbito reservado al Estado ex art. 81.1 CE y las normas que las Cortes Generales pueden dictar en su ejercicio constituyen un prius del que necesariamente debe partir la Comunidad Autónoma al regular, no el derecho de asociación en cuanto tal, sino el*

régimen de las asociaciones que surgen del ejercicio de ese derecho” (f.j. 2).

Además, vistas las citadas SSTC y el tenor de la LODA, las CCAA han de respetar asimismo lo dispuesto por el Estado en ejercicio de sus propios títulos competenciales, incluido singularmente el contenido en el artículo 149.1. 1ª CE, que aquí se proyecta en el establecimiento de un marco común de legalidad ordinaria tendente a garantizar la igual LDMUad básica en el ejercicio del derecho de asociación, lo que en la LODA se plasma en los preceptos de directa aplicación en todo el territorio nacional a que se refiere su Disposición Final Primera, 2. La aplicación directa y general de tales preceptos ha de entenderse sin perjuicio de que la misma pudiera quedar eventualmente desplazada por leyes específicas también emanadas del Estado, único que puede alterar la uniformidad dimanante del citado título competencial, siempre, claro está, que se ejerza en sus límites constitucionales. Así han de entenderse las referencias que a las legislaciones especiales se contienen en el artículo 1.3 y en la Disposición Final Segunda de dicha Ley Orgánica, so pena de desnaturalizar la razón de ser del mencionado título estatal si se aceptase que tal desplazamiento pudiera operarse por cualquier legislación especial (sectorial) regional, aun dictada en el ejercicio de la respectiva competencia autonómica.

Ahora bien, y conectando lo dicho con lo expresado en nuestro Dictamen 19/2000, antes parcialmente transcrito, la aplicación y obligado respeto por las CCAA de los indicados preceptos “*básicos*” y, en concreto, por lo que ahora interesa, de los artículos 5.1 y 11.2 LODA, no supone, como ha parecido entender el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante, la imposibilidad de que las CCAA puedan establecer un régimen jurídico de organización y funcionamiento de determinadas asociaciones (aquí, las entidades deportivas así constituidas), si dicha regulación responde adecuadamente al alcance y fines de la competencia autonómica que la ampare. Así, y como es el caso que nos ocupa, cuando el régimen jurídico propuesto no tenga un alcance general y obligatorio para toda asociación con objeto deportivo, sino sólo con un carácter limitado y voluntario, es decir, para aquellas que deseen ser objeto de reconocimiento oficial por la Administración deportiva regional a los exclusivos efectos previstos en la LDMU, que no supedita la actividad deportiva de toda asociación a la obtención de tal reconocimiento oficial, sino que configura este último como un requisito necesario (aunque no por sí solo suficiente, según luego se verá) para que la actividad deportiva pueda integrarse en el sistema organizativo público por ella diseñado (instrumentado a través de las federaciones deportivas) y/o para optar al régimen subvencional o, en general, de fomento, de dicha Administración.

En efecto, el que los artículos 5.1 y 11.2 LODA establezcan que los estatutos de cada asociación rijen el funcionamiento de la misma sólo significa que se configuran como el principal instrumento jurídico interno de la entidad, esto es, sin perjuicio de que, externamente, la normativa válidamente emanada de los poderes públicos pueda incidir en el régimen jurídico de las mismas (incluyendo su funcionamiento interno), si ello es necesario para los fines propios de la competencia de que se trate, lo que constituye, a su vez, un límite para el ejercicio de dicha intervención normativa externa.

Así, la citada STC 133/2006, y sobre el comentado artículo 11.2 LODA, señala que “*en este precepto se define el marco normativo en el que se encuadran los estatutos asociativos en los que se manifiesta la potestad de organización que comprende el derecho de asociación. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que esta facultad del derecho fundamental de asociación debe ejecutarse en el marco de*

la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen (art. 53.1)” (f.j. 8), afirmando más adelante que “la igualdad a la que el art. 149.1. 1º CE se dirige no puede garantizarse con ignorancia del sistema de fuentes que rigen un concreto sector del Ordenamiento. Así sucede en este caso al exigir (el comentado artículo 11.2) la adecuación de los estatutos asociativos exclusivamente a las normas dictadas por el Estado e ignorando, con ello, la potestad legislativa que, en esta materia, ostentan diferentes Comunidades Autónomas” (f.j. 9). Tal doctrina es extensible al supuesto que nos ocupa, en donde primero la LDMU, y luego el presente Proyecto, pretenden establecer, en ejercicio de una competencia autonómica, un régimen jurídico sobre determinadas asociaciones deportivas con un alcance voluntario que respeta el contenido esencial del derecho de asociación, en los términos expuestos. En un supuesto análogo (ejercicio de una competencia autonómica en materia de juventud), la STC 157/1992 señaló que era lícito que con este carácter voluntario la Comunidad Autónoma “puede exigir a las asociaciones que deseen acogerse a estos beneficios el cumplimiento de unos requisitos administrativos -como, por ejemplo, la inscripción en determinados registros- e incluso la posesión de determinadas características específicas” (f.j. 2).

Ciertamente, algún autor ha planteado que la normativa pública -estatal y autonómica- sobre deporte pudiera incidir negativamente en una de las facetas o dimensiones que configuran el contenido esencial del derecho fundamental de asociación, como es la libertad de no asociarse, en cuanto advierten que dicha normativa exige la integración de la asociación deportiva en la correspondiente Federación (y, antes, en el Registro especial deportivo público creado por dicha normativa) para poder participar en competiciones deportivas públicas u oficiales, siendo así que la actividad competitiva oficial es uno de los fines más relevantes, en la práctica, de gran parte de los clubes deportivos españoles. Sin embargo, en la STC 67/1985, el Alto Tribunal, con ocasión de la impugnación del régimen jurídico de reconocimiento oficial de asociaciones deportivas establecido en la entonces vigente Ley estatal 13/1980, del 12 de abril, General de la Cultura Física y el Deporte (que establecía un régimen análogo, en lo que aquí interesa, al plasmado tanto en la posterior y vigente Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, como, en nuestro ámbito regional, en la LDMU), consideró que el sistema de inscripción y reconocimiento oficial de los clubes a los solos efectos deportivos públicos (que se configuraba ya entonces como un requisito previo para la posterior integración en la correspondiente Federación), al ser un sistema de verificación reglada para la Administración, “no va en contra del contenido esencial del derecho de asociación que debe respetar el legislador (art. 53.1 de la Constitución), en cuanto puede ser un requisito necesario para que una determinada asociación pase a estar regulada por el ordenamiento correspondiente” (f.j.3, D), insistiendo, además, en que, de acuerdo con la citada Ley 13/1980, “los particulares pueden constituir asociaciones deportivas con personalidad jurídica -clubes deportivos- no sometidos al régimen de la Ley 13/1980” (f.j.4, A).

A la vista de lo anterior, cabe concluir que cuando el artículo 57.1 LDMU establece que la inscripción registral (en el Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia) es requisito previo e indispensable para la iniciación de la actividad de las entidades deportivas, debe entenderse que lo es para que tal actividad sea reconocida a los exclusivos efectos de dicha Ley, lo que concuerda con el objetivo de la LDMU plasmado en su artículo 3, e), consistente en “la regulación del asociacionismo deportivo reconocido como tal a los efectos previstos en la presente Ley”. Regulación que será constitucional si respeta lo establecido en los preceptos orgánicos y

“básicos” de la LODA antes comentados, y si el sistema de reconocimiento oficial es de verificación reglada para la Administración regional.

No habiendo duda sobre este segundo extremo, el ajuste del Proyecto a lo establecido en algunos preceptos que dicha Ley Orgánica califica como de aplicación general en todo el Estado ex artículo 149.1.1ª CE, suscita algunos reparos que deberían ser subsanados de la manera que se indica a continuación, por referencia a diversos artículos del Proyecto.

II. El Proyecto y su ajuste a la LODA.

-Artículo 20.

Establece el contenido mínimo que han de incluir los estatutos de las entidades deportivas que pretendan ser reconocidas a los efectos de la LDMU. Al hacerlo por remisión a los extremos relacionados en el artículo 51.2 LDMU y ser esta Ley anterior a la LODA (cuyo artículo 7, de directa aplicación en todo el Estado, establece el contenido mínimo estatutario de las asociaciones), procede añadir, como aspectos necesarios de los estatutos de dichas asociaciones deportivas, algunos que no se recogen en la LDMU: la duración de la asociación, cuando no se constituya por tiempo indefinido (art. 7, c) LODA), las clases de asociados, en su caso, y el régimen sancionador interno, por exigirlo así la letra e) de dicho artículo 7.

-Artículo 26.

Al dedicarse este precepto a la Junta Directiva de las entidades deportivas, es decir, al “*órgano de representación*” que, según el artículo 11.4 LODA, debe existir en toda asociación, procede añadir en el proyectado artículo 26 lo dispuesto en este último precepto sobre la cualidad y los requisitos indispensables para ser miembro de dicho órgano social, así como lo establecido en el artículo 11.5 de dicha Ley Orgánica sobre la necesidad de previsión estatutaria y presupuestaria de la percepción de retribuciones por dichos miembros.

-Artículo 34.

Este artículo constituye el desarrollo reglamentario de la habilitación contenida en el artículo 51.2, i) LDMU.

En el Dictamen 19/2000 antes citado, y respecto del entonces previsto (en el Anteproyecto de Ley) régimen de responsabilidad para las entidades deportivas objeto de reconocimiento oficial, este Consejo Jurídico indicó que “*la determinación de las obligaciones de las entidades deportivas, sus cargos y sus miembros, así como la de los que suscriban un contrato de patrocinio con las primeras (artículo 39.2), es materia perteneciente a la legislación civil y mercantil, que corresponde al Estado (artículo 149.1.8º CE) (...)*”

En este punto, lo único que ha de hacer la legislación deportiva autonómica, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Quinta, en relación con el artículo 15.4, ambos de la Ley 10/90, y para que las entidades deportivas constituidas o inscritas en los Registros deportivos autonómicos puedan participar como clubes en competiciones de ámbito estatal o internacional, es establecer que en los Estatutos de las citadas entidades se prevea un régimen de responsabilidad de los directivos y socios, y así se hace en el artículo 56.2, i). Por lo demás, la responsabilidad de las entidades

deportivas se registrará por lo dispuesto con carácter imperativo en las normas civiles y, en lo que no se oponga a éstas, por sus Estatutos”.

A lo dicho entonces se añade que los artículos 10.3 y 4 y 15 LODA configuran hoy un régimen jurídico uniforme en materia de responsabilidad civil y administrativa de las asociaciones, al que han de atenerse las CCAA, y en el que la limitación de responsabilidad que allí se establece respecto de los asociados por deudas sociales se vincula a la inscripción de la entidad en el Registro General de Asociaciones, estatal o autonómico, según el caso. En este sentido, desde la competencia regional en materia de fomento y promoción del deporte, la Comunidad Autónoma carece de facultades para extender tal efecto limitativo de responsabilidad a la inscripción de la asociación en el registro especial deportivo que prevé la LDMU y que desarrolla -parcialmente- el Proyecto informado, como pretende el artículo analizado en sus números 2 y 3. Asimismo, tampoco alcanza dicha competencia sectorial a establecer otras reglas de responsabilidad, tanto de las entidades como de los asociados frente a terceros, como se pretende en el resto de números del artículo proyectado.

Por todo ello, a lo sumo, cabría una remisión o reenvío meramente formal a los citados preceptos de la LODA, así como, para cumplir con lo previsto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley estatal del deporte, añadir en el artículo proyectado que dicho régimen legal de responsabilidad deberá incluirse en los estatutos de la entidad. Se trataría, pues, de un contenido necesario de éstos, predeterminado por la LODA, y a partir del cual operarían las especificaciones o previsiones estatutarias de la asociación, en su caso.

-Artículo 35.1, a).

Para ajustarse a lo dispuesto en el artículo 13.2 LODA, la prohibición de reparto de beneficios entre los miembros de las entidades deportivas, prevista en la letra a) comentada, debe extenderse a los “*cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de efectividad*” y a los “*parientes*” de los asociados.

III.- Sobre el alcance subjetivo del Proyecto y su coordinación con el Real Decreto 1252/1999, de 16 de julio.

Los artículos 50.2 y 55.1 LDMU definen a los clubes deportivos y a las entidades de promoción y recreación deportiva, respectivamente, como aquellos que estén inscritos como tales en el Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Por su parte, el artículo 1 de dicha ley señala, como no podía ser de otra forma, que su objeto es regular el deporte “*en el ámbito y marco de competencias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*”.

El Proyecto dictaminado, en sus artículos 3 y 7.2, añade a la definición legal de estas clases de entidades deportivas, respectivamente, el requisito de que tengan su domicilio social en el territorio de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, debe advertirse que el mero dato formal de la ubicación de la sede social no puede determinar sin más la Administración deportiva competente para reconocer oficialmente a tales entidades, pues ha de estarse, necesariamente, al correspondiente ámbito de actuación de las mismas, autonómico o supraautonómico. Así lo demuestra que el Estado, al regular su Registro de Asociaciones Deportivas por Real Decreto 1252/1999, de 16 de julio, de modificación parcial del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, utilice el criterio del ámbito (estatal)

de dichas asociaciones para determinar las que hayan de acceder al mismo.

En este sentido, a la vista de lo anterior y del Proyecto dictaminado, ha de distinguirse a estos efectos entre una y otra clase de entidades deportivas. Así, para los clubes, el artículo 3 comentado debería añadir una cláusula de salvaguarda y coordinación con el citado Real Decreto, para indicar que se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en dicha norma y de la eventual participación de los clubes en competiciones deportivas de ámbito estatal (participación que, como se dijo en nuestro citado Dictamen 19/00, remite a la competencia estatal y excluye la autonómica). Sin embargo, para las entidades de promoción y recreación deportiva, al no poder realizar, por definición legal, actividad competitiva alguna (art. 55.1 LDMU), la delimitación competencial debe plasmarse, sin más, y como análogamente establece el citado Real Decreto (art. 44.1), mediante una simple referencia a su ámbito de actuación. En concordancia con dicha norma, en el proyectado artículo 7.2, al requisito del domicilio social ha de añadirse el que tales entidades tengan un exclusivo ámbito regional de actividad. Ámbito que, en estos términos, debería figurar en los correspondientes estatutos de la entidad y que, para evitar dudas al respecto, debería especificarse asimismo en el proyectado precepto que es requisito para el reconocimiento oficial por la Administración regional.

IV. Sobre la pretendida obligatoriedad de adscripción federativa de los clubes deportivos.

Desde la perspectiva constitucional y de cobertura legal a que se dedica este epígrafe, ha de abordarse también la cuestión, suscitada en la tramitación del procedimiento por alguna federación regional y debatida por los órganos preinformantes, relativa a la procedencia o no de introducir en el Proyecto la determinación de que la adscripción (o integración) a las respectivas federaciones regionales de los clubes deportivos sea un requisito imprescindible para que puedan obtener el reconocimiento oficial de la Administración deportiva regional.

A este respecto debe indicarse, en primer lugar y conforme con lo razonado con anterioridad, que en esta cuestión no se ve comprometido el contenido esencial del derecho de asociación en su dimensión negativa (derecho de las asociaciones a no asociarse con otras), pues la indicada obligatoriedad de afiliación de un club deportivo a la correspondiente federación sólo lo es a los efectos de que pueda participar en las competiciones federadas oficiales, es decir, dentro de la estructura organizativa oficial de la Administración a través de su delegada, la respectiva Federación (art. 44.1, a) y 45.1 LDMU), no afectando tal requisito al libre ejercicio de la actividad deportiva, competitiva o no, de los clubes al margen de dichas estructuras.

De este modo, la improcedencia de incluir en el Proyecto el indicado requisito no puede fundarse en razones de constitucionalidad, sino de mera legalidad ordinaria, en cuanto la citada integración o adscripción federativa es configurada por el artículo 45.1 LDMU como requisito exclusivo para participar en competiciones federadas oficiales, pero no para obtener el previo y también necesario reconocimiento oficial de la Administración deportiva vía inscripción del club en el Registro deportivo regulado en el artículo 57 de la citada Ley. Y ello porque no se pueden confundir o identificar ambas situaciones. Así, en teoría es posible que un club pretenda el mencionado reconocimiento oficial (a efectos de subvenciones u otros beneficios posibles) y no quiera participar en competiciones

oficiales de la federación, pero sí en las no oficiales organizadas por ésta (en los términos establecidos en el artículo 61.3 LDMU), o en competiciones que se celebren al margen de la respectiva Federación o, claro está, para desarrollar su actividad deportiva en la faceta no competitiva. También puede pretender la protección de su nombre, en los términos previstos en el artículo 58.1 LDMU. Cuestión distinta será, obviamente, que estos supuestos se den o no en la práctica, pues dependerá de diversas circunstancias, como puede ser, por ejemplo, que la acción subvencionadora pública se dirija o canalice hacia los clubes que participan o estén habilitados para participar en competiciones oficiales federadas, en cuyo caso el club tendría que integrarse en la respectiva federación, pues su mero reconocimiento oficial sólo produce el efecto de posibilitar “*ab initio*” el acceso a tales ayudas (vedado en todo caso a los clubes no reconocidos).

V. Sobre la alegada existencia de clubes que realizan actividades comerciales. Debe decirse que si a la Administración deportiva regional le constase la existencia de entidades deportivas reconocidas oficialmente como tales que no tuvieran efectivamente un objeto deportivo con el alcance exigido a tal efecto por los artículos 50.2 y 55 LDMU, debería proceder a la revocación de dicho reconocimiento, en los términos que se indican en el comentario a los proyectados artículos 5 y 9. O, en su caso, claro está denegar el reconocimiento oficial que se le hubiera solicitado. Sin embargo, y por las razones ya expuestas, desde la competencia en materia de promoción del deporte no puede acordarse la obligatoriedad de la adscripción federativa para evitar desviaciones en el objeto social de estas entidades. Ello ha de entenderse, no obstante, sin perjuicio de que dicha Administración dispone de la potestad sancionadora en los términos establecidos en el artículo 75,d) LDMU, que tipifica como infracción muy grave “*la realización con ánimo de lucro de actividades empresariales y profesionales a través de entidades deportivas sin ánimo de lucro*”, estén o no reconocidas oficialmente como tales, pues tal reconocimiento es, se insiste, a los exclusivos efectos previstos en los artículos 57.1, 58.1 y concordantes LDMU, y no excluye otros supuestos de aplicación general de dicha ley, como el sancionador indicado, en que no se regula propiamente el régimen jurídico de las asociaciones deportivas (o lo que podría denominarse su “*régimen asociativo*”), sino que se incide legítimamente en la actividad de las mismas, como en la de cualquier otro sujeto (vgr., y paradigmáticamente en dicha ley, en la de los titulares de instalaciones deportivas de uso público) en casos en que dicha actividad sea contraria a la promoción del deporte, como puede resultar en supuesto de entidades que aparezcan como clubes deportivos sin ánimo de lucro y que, en realidad, actúen como entidades con ánimo de lucro. En este punto, debe recordarse que dicho ánimo lucrativo no puede identificarse sin más con la realización de una actividad comercial, si no existe ánimo de reparto de ganancias (o, claro está, efectivo reparto), único supuesto al que se dirige el citado artículo 75,d), que no alcanza a castigar la mera realización de una actividad comercial deportiva a través de la figura asociativa.

QUINTA.- Otras observaciones.

Para la mejora del Proyecto, es procedente realizar las siguientes consideraciones sobre determinados contenidos del mismo.

-Exposición de Motivos.

Por las razones expuestas en la Consideración precedente, es conveniente precisar algunas cuestiones esenciales en esta Exposición, con el objeto de que su lectura ilustre

más adecuada y precisamente sobre el alcance de la norma.

Así, en el cuarto párrafo, debería precisarse: “... *Ley del Deporte de la Región de Murcia, y a los exclusivos efectos de la misma, son aquellas asociaciones de carácter privado que, inscritas como tales en el Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, tienen por objeto exclusivo o principal...*”, o fórmula similar.

En el noveno párrafo, debería perfeccionarse la redacción: “... *establece que las entidades deportivas previstas en dicha Ley se registrarán por la misma, así como por las disposiciones que la desarrollen*”, o frase similar.

Además, deben introducirse las siguientes correcciones:

En el tercer párrafo, suprimir un “*la*”. En el sexto párrafo: “*Por otro lado, el artículo...*”. En el noveno párrafo: “... *establece cómo el conjunto...*”. En el penúltimo párrafo, incluir los acentos: “*Título*”, “*así*” y “*capítulos*”.

-Artículo 1.

En la misma línea de precisar y acotar el alcance del Proyecto, en este artículo debería especificarse que el presente Decreto tiene por objeto “*desarrollar el régimen jurídico de los clubes (...) de la Región de Murcia establecido en la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia, con la finalidad de garantizar...*”.

-Artículos 4.2, 8.2, 15 y Capítulo X (artículos 37 a 39).

Los proyectados artículos 4.2 y 8.2 remiten al artículo 38 del Proyecto el régimen jurídico de la inscripción de los clubes deportivos y las entidades de promoción y recreación deportiva en el Registro de Entidades Deportivas creado por el artículo 56 LDMU. Dicho artículo 38 se inserta en el Capítulo X del Proyecto, dedicado a regular la inscripción en tal Registro de estas clases de entidades deportivas.

A juicio de este Consejo, no parece sistemáticamente acertada la regulación –además, parcial- en el presente Proyecto de la inscripción de tales entidades deportivas en el citado Registro, cuando se pretende aprobar también –pendiente del Dictamen de este Consejo- un Decreto cuyo objeto es, precisamente, regular el mencionado Registro, y no sólo en sus aspectos puramente internos u organizativos, sino también, e incluso principalmente, la actividad misma de la inscripción, tanto en sus requisitos y efectos generales como los derivados de las particularidades de las diferentes clases de entidades deportivas (las reguladas en el Proyecto ahora informado y, además, de las Federaciones Deportivas y las Sociedades Anónimas Deportivas).

Examinado el aludido Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia y confrontado con el Proyecto ahora informado, resulta mucho más coherente y sistemático que el presente se limite a hacer las referencias y remisiones que procedan al otro futuro Decreto, evitando con ello reiteraciones innecesarias o que puedan suscitar dudas sobre la integración de algunos preceptos de ambos cuerpos normativos, aun cuando no exista en el fondo una contradicción entre ellos.

Por ello, se estima más correcto suprimir el citado Capítulo X, incorporando al Proyecto de Decreto específico del citado Registro lo que de aquél proceda, y disponer en los proyectados artículos 4.2 y 8.2 comentados que la inscripción se registrará por lo establecido en el Decreto regulador del citado Registro.

Idéntico proceder, pero referido al procedimiento de revocación del reconocimiento e inscripción registral de estas dos clases de entidades deportivas, debería seguirse en el proyectado artículo 15. Debe notarse que en él se regula tal procedimiento de una forma escueta (se dispone que “*se asegurarán los principios de audiencia y de defensa de los interesados*”), mientras que en el artículo 18 del Proyecto de Decreto específico del Registro se regula con mayor detalle, lo cual es lógico y revela que es la sede normativa natural de esta cuestión.

-Artículos 5 y 9.

En estos preceptos se establecen, respectivamente, las causas (no el procedimiento antes comentado) de revocación administrativa del reconocimiento e inscripción registral de los clubes y entidades de promoción y recreación deportiva.

Considerando que el reconocimiento oficial a los efectos de la LDMU se produce, a tenor de lo dispuesto en su artículo 57.1, con la misma inscripción registral de la entidad deportiva en el Registro creado “*ad hoc*” (inscripción, se entiende, de su acta fundacional, de los estatutos y los demás documentos que así se establecieran), esta cuestión también habría de ser residenciada en la norma específicamente reguladora de la inscripción registral, en concreto, en un artículo 11 bis que culminará el Capítulo I del citado Proyecto de Decreto, dedicado a las disposiciones generales relativas a la inscripción registral (entre las que, en lógica sistemática, debería figurar la disposición relativa a la revocación de tal inscripción).

Por ello, en el Proyecto dictaminado procedería eliminar los comentados artículos 5 y 9, pudiendo aprovechar los artículos 4.2 y 8.2 antes comentados para, en la remisión allí indicada sobre la inscripción registral, añadir allí la referencia a la “*revocación del reconocimiento e inscripción registral*”.

En cualquier caso, si se optara por mantener en el Proyecto dictaminado una determinación no meramente remisoria al Proyecto de Decreto regulador de la inscripción registral, debe advertirse la improcedencia de configurar como causa de revocación distinta de la recogida en el artículo 53 LDMU (desaparición de las condiciones que dieron lugar al reconocimiento e inscripción), al incumplimiento de alguno de los fines que dieron lugar a la “*creación*” (rectius, constitución) de las entidades deportivas, como se hace en la letra b) de los respectivos artículos 5 y 9. En realidad, no se trata de una causa de revocación distinta de la prevista en el citado precepto legal, pues no parece discutible que constituye una condición esencial (expresa o tácita) del acto administrativo de reconocimiento e inscripción registral de la entidad deportiva el de que ésta mantenga los fines (deportivos, se entiende) que justificaron su constitución. Cuestión distinta es si el mantenimiento de esos fines ha de ser meramente formal (es decir, en los estatutos sociales) o material, esto es, cuando la Administración advierta un efectivo apartamiento por la entidad de los fines deportivos que justifican su existencia y, por ende, su reconocimiento oficial a efectos deportivos. Esta es una cuestión que debería especificarse reglamentariamente. En cualquier caso, habría de establecerse como única causa de revocación “*la desaparición de las condiciones que dieron lugar al reconocimiento e inscripción registral, incluido el incumplimiento de alguno de los fines de objeto deportivo que justificaron la constitución de la actividad*”, o fórmula similar, con el alcance, sobre este último inciso, que se considere procedente.

Lo anterior ha de considerarse sin perjuicio de que debería determinarse el tratamiento

a dispensar en el supuesto de que se mantuviera alguno de los fines deportivos (aunque no todos) que justificaron la constitución de la entidad, pues no parece que en tal caso proceda la revocación del reconocimiento oficial, sino la adaptación de este último, en su caso, al objeto y fines asociativos deportivos que se mantuvieran.

-Artículos 6 y 10 y concordantes (18,19, 23.3 y 4, e), f) y h), 35.1, b) y 36, c).

Los proyectados artículos 6 y 10 establecen las diferentes categorías de miembros que pueden existir en las entidades deportivas objeto del Proyecto. En primer lugar, hay que decir que del proyectado artículo 23.3 se deduce que algunas de estas categorías no son excluyentes entre sí, pues una misma persona puede ser “*socio o asociado de pleno Derecho*” y “*deportista*”, e incluso a la vez “*técnico*”, según las definiciones que al efecto se contienen en estos preceptos.

Junto a lo anterior, la configuración de la categoría de “*asociado de pleno Derecho*” como sinónima a la tradicional de “*socio*”, plantea innecesarias dudas de integración del Proyecto con la terminología acuñada por la LODA, que para referirse con carácter general a los miembros o integrantes de una asociación utiliza el término “*asociados*”, sin perjuicio, con ello, de mayores especificaciones que puedan introducir legislaciones sectoriales como la presente o los propios estatutos (en cuyo contenido necesario está, si existe, la especificación de las “*clases*” de asociados, ex art. 7.1, e).

Para evitar confusiones, sería conveniente eliminar la referencia a los “*asociados de pleno Derecho*” y referirse simplemente a los “*socios*”, para indicar con ello que se pretende aludir, no a todos los miembros de la entidad, sino específicamente a los que tengan la cualidad de socio, frente a las demás categorías posibles, todas ellas englobadas en la condición general de asociado. Condición general, además, a la que deben ser aplicables los derechos y deberes previstos para los asociados en la LODA (al decir del artículo 18 proyectado), y la obligación de los estatutos de regular la pérdida de la condición de tal (en atención, en su caso, a las diferentes categorías, ello en el artículo 19 previsto).

En concordancia con lo expresado, también debería modificarse y perfeccionarse la redacción del artículo 23.3 y 4, e), f) y h):

Así, el 23.3 debería referirse a “*una representación de los abonados o colaboradores, deportistas y técnicos, en su caso, que no tengan la condición de socios*”, o similar.

Por su parte, el número 4, letra e), habría de referirse a las formas de admisión “*de las diferentes clases de asociados, en su caso*”, al igual que debería disponerse en las siguientes letras f) y h) de este número, así como en los artículos 35.1, b) y 36, c), pues en todos estos supuestos ha de extenderse a los asociados las previsiones que allí se contienen (con el alcance que proceda según la clase de asociado de que se trate, a juicio de la entidad deportiva).

-Artículo 11.1 y 3.

El número 1 debería corregirse: “*...por el presente Decreto y demás disposiciones reglamentarias de desarrollo de aquella, por sus propios estatutos...*”.

En el número 3, debería especificarse: “*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.1 LDMU...*”, pues tal reserva no puede considerarse creada “*ex novo*” por norma reglamentaria.

-Artículo 12.

Es superfluo, por estar claramente implícito en la “*plena capacidad de obrar*” reconocida a las entidades deportivas en el precedente artículo 11.2.

-Artículo 13.1, c).

Debería completarse: “...*de la entidad deportiva y texto autorizado de los mismos, cuyo contenido...*”.

-Artículo 16.1.

Debería completarse con la oportuna remisión: “...*acuerdo de disolución, debiendo estarse a lo dispuesto en el Decreto regulador del Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*”, o similar. Con ello se conecta este precepto con lo proyectado, hoy, en el artículo 20 del Proyecto de Decreto tramitado al efecto.

-Artículo 17.

Debería sustituirse su título (“*miembros*”) por el de “*libertad de asociación y menores de edad*” o similar, por ser más acorde con el contenido del artículo en sus dos números.

-Artículo 36, d).

Completar: “*todos aquellos documentos auxiliares...*”.

-Disposición Transitoria.

Esta Disposición establece que las entidades deportivas reguladas en el Decreto deberán adaptar sus estatutos y reglamentos al contenido del mismo en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor. Ello trae causa de la Disposición Transitoria Tercera LDMU, que remite a los reglamentos de desarrollo de la ley la fijación del plazo de que hayan de disponer las federaciones y clubes deportivos a tal efecto, añadiendo tal Disposición que mientras no se proceda al desarrollo reglamentario citado se continuarán aplicando todas aquellas disposiciones estatutarias y reglamentarias vigentes.

Sobre este particular, y en trance ahora de aprobar tal desarrollo, cabe realizar las siguientes observaciones:

1) En primer lugar, y aunque la citada Disposición Transitoria no lo diga expresamente, debe entenderse que la exigencia de adaptación estatutaria se refiere a los clubes deportivos que ya hubieran sido objeto de reconocimiento oficial vía inscripción en el actual Registro de Entidades Deportivas, regulado por el todavía vigente (hasta que no se apruebe el nuevo Decreto regulador de este Registro) Decreto 47/1983, de 1 de julio, por el que se crea el Registro de Clubes y Asociaciones Deportivas de la Región de Murcia. Y ello porque tal inscripción provocaba el reconocimiento oficial a los efectos de la antecedente Ley 4/1993, de 16 de julio, del Deporte de la Región de Murcia, quedando al margen, al igual que en el sistema diseñado por la vigente LDMU, los clubes no reconocidos e inscritos en dicho Registro (art. 13.1 de aquella Ley).

2) Asimismo, y aun cuando la citada Disposición Transitoria Tercera no incluya expresamente a más entidades deportivas que las federaciones y los clubes, debe entenderse que también alcanza a las “*Agrupaciones deportivas*” reguladas en la Ley

4/1993, que constituyen el antecedente de las hoy denominadas “*entidades de promoción y recreación deportiva*” y que también son objeto del presente Proyecto. El artículo 17.1 de dicha ley establecía que para conseguir su reconocimiento oficial, estas Agrupaciones debían inscribirse en el citado Registro, y que su reconocimiento se revisaría cada cuatro años. Procede, pues, realizar una interpretación extensiva del ámbito subjetivo de la citada Disposición Transitoria Tercera LDMU para incluir en ella a las citadas Agrupaciones deportivas.

Conforme con lo anterior, el desarrollo reglamentario de tal Disposición Transitoria debe tener en cuenta lo siguiente:

1º. Debe referirse específicamente a los clubes deportivos y Agrupaciones deportivas inscritas en el actual Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia.

2º. Aun cuando dicha Disposición Transitoria no establezca “*sanción*” alguna para el incumplimiento del plazo reglamentario de adaptación estatutaria por parte de las entidades deportivas, tal incumplimiento no puede ser inocuo, pues resulta obvio que en tal caso se frustraría la plena efectividad de la LDMU, al permanecer inadaptados “*sine die*” los estatutos y reglamentos internos y, por tanto, tampoco sería operativo el régimen jurídico establecido en el presente Proyecto y futuro Decreto.

En tal situación, el Proyecto dictaminado aparece como el instrumento jurídico adecuado para, como complemento indispensable de la LDMU, establecer las determinaciones necesarias para conseguir la plena efectividad de aquélla y de la regulación jurídica que, en su desarrollo, el mismo establece.

Considerando que tal desarrollo reglamentario ha de ejercerse en el marco de la LDMU a la que complementa, se estima que la Administración dispone de un cierto margen de maniobra para determinar las consecuencias de la falta de adaptación estatutaria en el plazo previsto en el Proyecto. Así, estas consecuencias pueden ser la revocación automática del reconocimiento e inscripción registral (supuesto más contundente), o bien la determinación de que se procedería a la iniciación de los correspondientes procedimientos para la revocación de tal reconocimiento e inscripción (procedimiento durante el cual cabría admitir, claro está, la inscripción de las adaptaciones estatutarias). Debe ponderarse la solución más adecuada, considerando incluso la posibilidad de prever que la revocación del reconocimiento pudiera ser automática en cuanto a los efectos menos relevantes (acceso a subvenciones, por ejemplo, para incentivar el proceso de adaptación) y dejar otros más contundentes (como la participación de la entidad en competiciones federadas autonómicas, pues ya se ha dicho que el reconocimiento e inscripción registral es requisito necesario y previo, aunque no suficiente, para posibilitar tal participación) para un eventual acto administrativo de revocación del reconocimiento e inscripción registral de la entidad, previa tramitación del correspondiente procedimiento.

Finalmente, sería deseable repasar el texto del Proyecto para unificar las alusiones a clubes y entidades deportivas (mayúsculas o minúsculas), y corregir en los artículos 4.1 y 8.1 el artículo masculino que precede a “*acta*”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen, sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Cuarta, II y III, de este Dictamen en relación con sus artículos 3; 7.2; 20; 26; 34 y 35.1, a).

SEGUNDA.- Para la mejora del Proyecto, deben introducirse las modificaciones o adiciones en su Exposición de Motivos (párrafos cuarto y noveno), artículos 1; 4.2; 5; 6; 8.2; 9; 10; 11.1 y 3; 12; 13.1, c); 15; 16; 18; 19; 23.3 y 4, e), f) y h); 35.1, b); 36, c); 37 a 39 y Disposición Transitoria, en los términos indicados en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 134/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. D. R. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. R. L., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 04/08/06

Extracto de Doctrina

No se ha probado por la 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 el informe del Director el niño se encontraba muy cerca del tutor, y el desplazamiento de la china se produjo de forma totalmente accidental, sin que conste que mediara lanzamiento alguno por parte de cualquiera de los condiscípulos de D.. Además, los hechos se produjeron en el transcurso de una actividad (recreo) 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 86/20001 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de octubre de 2004 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Educación y Cultura reclamación de daños y perjuicios formulada por D. D. R. P., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. R. L., a consecuencia

del accidente sufrido por el menor el día 6 anterior (por error, consigna, como fecha del accidente, el día 8), cuando hallándose en el *“recreo recibió una pedrada en el ojo y fue llevado al servicio de urgencias de la ciudad sanitaria, donde le curaron y enviaron a su pediatra de zona, la cual nos envió al oftalmólogo especialista pero con 35 días de espera. Ante tal evento lo llevamos ese mismo día a la sanidad privada en donde le diagnosticaron que tenía un importante hematoma, corte interior en el párpado, inflamación orbital ocular y fisura ocular (en el globo) en la parte superior interna”*.

La solicitud viene acompañada de la siguiente documentación:

a) Informe del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca en el que se recogen los siguientes datos:

-Diagnóstico: traumatismo palpebral superior ojo derecho, de carácter leve y corneal superior superficial.

-Tratamiento a seguir: Revisión por oftalmólogo de zona, el viernes 8-10-04.

b) Factura de una clínica oftalmológica por importe de 70 euros.

c) Informe médico de la misma clínica.

d) Fotocopia del libro de familia.

e) Informe del Director del Colegio de Educación Infantil y Primaria Félix Rodríguez de la Fuente, centro en el que ocurrió el accidente, con el siguiente relato de los hechos: *“El niño jugaba en el patio salió una piedra, impactándole en el ojo derecho párpado superior. Una profesora le puso hielo, para evitar el hematoma. Posteriormente se le observó un ligero enrojecimiento; como era la hora de la salida se le comunicó directamente a la madre”*.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de 18 de febrero de 2005, aquél solicitó informe al Director del CEIP, acerca de las circunstancias en que ocurrieron los hechos.

En contestación a tal requerimiento, el Director remitió el siguiente informe:

“Eran las 12:45 del día 3 (sic) de octubre de 2004, todos los alumnos se encontraban en el patio del recreo, los responsables de vigilancia ese día eran los profesores D. V. M. T. (tutor del alumno), Dña. D. S. y Dña. R. P..

El niño jugaba en el patio (circunstancialmente muy cerca del tutor), en la parte de tierra, de la zona de la pista polideportiva que está elevada sobre la tierra 20 cm. Salió un piedra de pequeño tamaño (china) posiblemente desplazada por algún niño al correr sobre la parte encementada. La china le impactó a D. R. en el párpado superior.

Su tutor se hizo cargo de él inmediatamente, también acudieron las otras profesoras responsables del recreo: Dña. M. D. S., profesora de Educación Física, con la que tenía que iniciar la siguiente actividad lectiva, le puso hielo en el párpado, durante 3 minutos aproximadamente, para evitar el hematoma. Cuando le quitó el hielo envuelto en una gasa, se le pudo observar al alumno un ligero enrojecimiento. Se lo envió a su tutor y como era la hora de la salida de clase, éste le comunico directamente a la madre la sucesión de los hechos y el primer auxilio prestado”.

TERCERO.- Con fecha 4 de octubre de 2005 se dirigió oficio al interesado comunicando la apertura del trámite de audiencia, al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que conste que el reclamante haya hecho uso de este derecho.

CUARTO.- Tras haber dejado de prestar sus servicios en la Consejería de Educación y Cultura el instructor del expediente, el Secretario General de dicha Consejería procedió, con fecha 23 de febrero de 2006, a designar nueva instructora, dando traslado al reclamante a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a la recusación de aquélla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 en relación con el 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Seguidamente la instructora procede a conceder al interesado un nuevo trámite de audiencia, del que tampoco consta hiciese uso al no comparecer ni formular alegación alguna.

QUINTO.- Con fecha 16 de mayo de 2006 fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, por considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro donde se produjo el accidente.

Sin perjuicio de lo anterior, también señala la instructora que los gastos reclamados correspondientes a la asistencia de la sanidad privada no resultan resarcibles, puesto que no consta acreditada una denegación o retraso asistencial de la sanidad pública que justifique haber acudido a la privada. En apoyo de esta afirmación cita el Dictamen núm. 157/2004, de este Consejo Jurídico.

SEXTO.- Con fecha 23 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 presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Tramitación.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de

valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal del menor, circunstancia que, respecto del reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el CEIP Félix Rodríguez de la Fuente.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

Por lo que se refiere al procedimiento, en términos generales se ha cumplido lo establecido en el RRP. No obstante, es preciso señalar que se ha superado ampliamente el plazo máximo de resolución y notificación que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses. En efecto, en la tramitación del expediente, que no presenta dificultad alguna de instrucción, se ha invertido un año y nueve meses, sin que la circunstancia de haber dejado de prestar servicio en la Consejería de Educación y Cultura el funcionario que lo instruyó constituya justificación para ello. Como ha tenido ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en otros Dictámenes emitidos en procedimientos que han sufrido dilaciones de tramitación similares, estos retrasos colisionan frontalmente con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa, debiendo adoptar la Consejería consultante las medidas oportunas para que hechos como éste no se repitan.

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).

De la instrucción del expediente se desprende que el daño se produjo con independencia del actuar administrativo, pues el alumno se encontraba durante el recreo en el patio, jugando, cuando, accidentalmente, le impactó una pequeña piedra.

Por otro lado, no se ha probado por la 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 el informe del Director el niño se encontraba muy cerca del tutor, y el desplazamiento de la china se produjo de forma totalmente accidental, sin que conste que mediara lanzamiento alguno por parte de cualquiera de los condiscípulos de D. Además, los hechos se produjeron en el transcurso de una actividad (recreo) 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 86/20001 del Consejo Jurídico).

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 este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de julio de 2002, recaída en un supuesto similar al que nos ocupa (impacto de un cuerpo extraño en el ojo de un alumno, asistente a la actividad de plantar árboles en el denominado “día del árbol”); afirma el Alto Tribunal lo siguiente: *“Consideramos nosotros que la consecuencia derivada de una interpretación laxa del citado precepto (art. 139.1 LPAC) hasta el extremo de 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, es la más 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, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto en su salud, para lo que, sin embargo, no está concebido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas si no concurren los requisitos para declararla y que debe tener amparo por otras vías no menos eficaces, y, en cualquier caso, más justas para paliar un problema siempre que no concurren todos los requisitos legalmente establecidos para que nazca dicha responsabilidad patrimonial por más que ésta sea objetiva o de resultado”*.

CUARTA.- Sobre la procedencia de abonar gastos en la sanidad privada.

El contenido de la consideración anterior, relativo a la falta de concurrencia de los requisitos determinantes para poder declarar la existencia de relación de causalidad entre la actuación administrativa y los daños que se alegan padecidos, eximiría, por sí misma,

a este Consejo de la obligación de pronunciarse sobre el resto de aspectos a los que se refiere el artículo 12.2 RRP. No obstante, la referencia que se efectúa en la propuesta de resolución relativa a la falta de resarcibilidad de los daños que se reclaman, aconseja abordar el análisis de dicha aseveración.

Efectivamente, con carácter general cabe afirmar, como hizo este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 157/2004, que la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente para que el lesionado, beneficiario del sistema de seguridad social, tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada.

En el supuesto objeto de Dictamen, la causa alegada por el reclamante para justificar su decisión de acudir a la sanidad privada es el retraso con el que se iba a producir la prestación en la pública (35 días, indica en su solicitud). Sin embargo, esta afirmación se encuentra huérfana de prueba alguna; es más, del único documento procedente de los servicios sanitarios públicos (informe de alta de urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, obrante al folio 5), parece desprenderse que la revisión por el oftalmólogo de zona debía producirse el día 8 de octubre de 2004, es decir, dos días después de ocurrir el accidente. La falta de acreditación por el interesado del retraso asistencial que alega impediría hacer efectiva la cantidad reclamada, en el supuesto de que hubiera concurrido el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al menor.

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 135/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 04/08/06

Extracto de Doctrina

La concurrencia de causas apreciadas, aunque no tenga suficiente relevancia para la ruptura del nexo causal con el funcionamiento del servicio público, sí trae como consecuencia la moderación del quantum indemnizatorio con cargo a la Administración, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de la Sala 3ª, de 19 de abril de 2001). En el mismo sentido el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 89/2000).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de enero de 2004, D. M. Á. M. M. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por el accidente sufrido el 26 de enero de 2003, sobre las 15 horas, cuando circulaba por la carretera autonómica E-9 (carretera de Valladolides a Lobosillo) en el punto kilómetro núm. 3, concretamente en el trayecto que une Balsapintada y Valladolides.

Imputa el accidente al mal estado de la carretera y, concretamente, a la existencia de un gran bache donde introdujo la rueda delantera de su motocicleta Honda CBR 600, matrícula 4629-BKW, saliendo despedidos la moto y su conductor. Como consecuencia del accidente tuvo que ser trasladado al Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, donde se le realizó una intervención quirúrgica, habiendo estado en tratamiento hasta el 1 de julio de 2003, en que fue dado de alta, quedándole ciertas secuelas según describe.

Solicita una cuantía indemnizatoria de 29.169,3 euros y aporta, como prueba documental, el parte de la Policía Local de Fuente Álamo, que acudió al lugar del accidente, un informe médico sobre secuelas de 25 de noviembre de 2003, el parte de alta, así como varias fotografías del lugar (documentos cinco a ocho) que prueban, según el reclamante, que los baches han sido tapados con posterioridad al accidente.

SEGUNDO.- Recabado el atestado de la Policía Local de Fuente Álamo se remite un informe de 25 de febrero de 2004, en el que se manifiesta que no existe atestado policial instruido al respecto, sino un parte interno que coincide con el aportado por el reclamante, e indica que la policía local no puede constatar si a la fecha del accidente existía o no un gran bache, puesto que no se realizó labor de investigación para determinar la causa del mismo, si bien precisa que, con fecha 25 de febrero de 2004 (un año después al accidente), se ha podido comprobar que en la zona inmediatamente anterior al lugar del accidente existe una parte de la calzada que está parcheada, desconociéndose la fecha en que se procedió a dicho parcheado.

TERCERO.- Previo requerimiento de la instructora para que subsane las deficiencias advertidas y complete la documentación presentada, el interesado lo cumplimenta según los folios 26 a 36 (expte. 95/05).

CUARTO.- El Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras emite un informe el 10 de marzo de 2004, en el siguiente sentido:

“La carretera E-9 es competencia de esta Dirección General.

A)No existe constancia ni conocimiento en este servicio de la realidad y certeza del evento lesivo.

B)Dadas las causas que se señalan como motivo del presunto accidente, parece una actuación inadecuada del perjudicado.

C)No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

D)No es imputable a la Administración o Administraciones, contratistas u otros agentes.

E)La carretera se encuentra con la velocidad limitada a 60 km./h., y en el tramo que nos afecta y en concreto ese punto, se encuentra señalizada verticalmente con la señal tipo P-15: “perfil irregular”.

F)No se pueden valorar los daños causados.

G)No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.

H) En el punto indicado por el reclamante nunca ha existido un “gran bache” como indica en su reclamación, sino un badén señalizado. La reparación del firme que aparece en las fotografías aportadas corresponden al extendido de una capa de aglomerado en frío para evitar la erosión de la capa superficial del firme, con apenas 1 centímetro de altura, dado que se trata de un triple tratamiento superficial, y no la reparación de un gran bache como señala el reclamante.

Por otra parte, el tramo de carretera en que ocurrió el presunto accidente es un tramo recto y con visibilidad.

En el informe de la Policía Local sólo se indica el lugar del accidente y no las causas, como indica el reclamante”.

QUINTO.- Entre las pruebas que propone el reclamante por escrito de 27 de febrero de 2004, se encuentra la testifical de las personas que circulaban detrás de él cuando se produjo el accidente (entre ellas su novia), siendo practicada el 15 de marzo de 2005, según el acta que figura en los folios 63 a 68 (expte. 95/05), que contiene las respuestas al pliego de preguntas formulado por la parte reclamante.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia se presentan alegaciones por el reclamante (folios 74 a 77), quien muestra su desacuerdo con el informe emitido por la Dirección General de Carreteras, transcrito en el Antecedente Cuarto, considerando que existen pruebas suficientes (las fotografías aportadas, la testifical, y el informe de la Policía Local) que acreditan el acaecimiento del accidente, así como la presencia del bache denunciado en la carretera, y que el motivo del accidente se debió precisamente a la presencia del mismo en la carretera.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 5 de julio de 2005, 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 el hecho acaecido, con su efecto lesivo, y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

OCTAVO.- Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, es evacuado bajo el núm. 149/2005 en el sentido de que han de completarse los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución (artículo 78 LPAC), por las siguientes razones:

“1ª. Sobre el lugar del accidente.

Si el mismo se produjo en el punto kilométrico 3 de la carretera autonómica E-9 (folio 4), donde existe un badén señalizado, según el informe de la Dirección General de Carreteras (folio 40), y el socavón se encontraba en el badén (de acuerdo con la declaración de los testigos en el folio 66), llama la atención que el informe de la Policía Local de Fuente Álamo omita la descripción del mismo. Por otra parte la deficiente reproducción de las fotografías aportadas por el reclamante impide al Consejo Jurídico poder apreciar, como lo hace el órgano instructor, si existe o no algún badén y, por tanto, si coincide con el lugar del accidente.

2ª. Sobre el alcance del parcheado y si tiene entidad suficiente para provocar el accidente.

La deficiente reproducción de las fotografías tampoco permite apreciar que el parcheado consista en un triple tratamiento superficial y no en la reparación de un gran bache, como recoge la propuesta de resolución.

Por otra parte, el informe del Jefe de la Policía Local (folio 17) dice que el parcheado actual está en la zona inmediatamente anterior al lugar del accidente, sin que describa la realidad del badén, por lo que interesa que se documente su existencia, y se constate el parcheado de un socavón dentro del badén, y si se tiene conocimiento de la producción de otros accidentes en el lugar.

3ª. Sobre la participación del reclamante en la producción del evento lesivo.

Puesto que la Administración sostiene que el accidente es imputable al reclamante, al reconocer un testigo que circulaba a unos 70-80 Km./h., superior a la permitida (60 Km./h.), debería acreditar este extremo en relación con la posición final del ciclomotor y conductor, que salió despedido al lado derecho de la calzada, terminando en un bancale a unos 12 metros de donde había quedado la motocicleta, según el parte interno de la policía local (folio 21), a cuyos efectos sería útil la petición de un croquis a este último cuerpo.

Concluye el Dictamen en que debía completarse el expediente con las siguientes actuaciones:

“- Deben remitirse al Consejo Jurídico las fotografías originales al objeto de que puedan ser verificadas las conclusiones que sostienen la Administración y la parte reclamante. En el caso de que no obren en el expediente de la Consejería, deben solicitarse al interesado.

-Debe recabarse una ampliación del informe de la Policía Local, concedora del lugar, concretamente a los agentes que se personaron y atendieron al motorista, para

que describan, mediante croquis, la posición del ciclomotor y conductor, la existencia de un badén en el punto kilométrico 3 desde la carretera MU-601, y si dicho badén estaba señalizado, así como si se visualiza una zona de parqueado en el interior del badén y, si fuera posible, la entidad del mismo. También si dicha policía ha tenido conocimiento de otros accidentes en el mismo lugar.”

- Por último se indicaba que, una vez completada la instrucción, con audiencia previa al interesado, debía elevarse nueva propuesta de resolución, que debía también considerar la indemnización solicitada, de acuerdo con los requisitos que para dicha propuesta establece el artículo 12.1 del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 429/1993 (RRP), que se remite a los fijados por el artículo 13 del mismo Reglamento para la resolución que pone fin al procedimiento, y elevarse de nuevo al Consejo Jurídico para dictaminar sobre la cuestión de fondo planteada.

NOVENO.- Con fecha 13 de julio de 2006, se ha recabado de nuevo el Dictamen del Consejo Jurídico, acompañando las actuaciones complementarias (expte. 129/06), que se describen seguidamente.

DÉCIMO.- Consta el informe ampliatorio de la Policía Local de Fuente Álamo sobre el accidente, de 23 de febrero de 2006, que señala:

“Contestando su escrito arriba referenciado, con entrada en estas dependencias policiales con el núm.60148 y con fecha 18 de febrero de 2006, donde se solicita ampliación del informe emitido en su día por los agentes que se personaron y atendieron al motorista para que describieran, mediante croquis, la posición del ciclomotor y conductor, la existencia de un badén en el punto kilométrico 3 desde la carretera MU-601, y si dicho badén estaba señalizado, así como se visualiza una zona de parqueado en el interior del badén, y si fuera posible, la entidad del mismo, Asimismo solicitan información sobre si la Policía Local ha tenido conocimiento de otros accidentes en el mismo lugar, y una vez realizadas las gestiones oportunas por agentes a mis órdenes RESULTA:

PRIMERO.-Adjunto croquis del lugar del accidente realizado por los agentes que se personaron en el lugar con indicación aproximada de la posición en que encontraron al conductor herido y a la motocicleta (Aproximadamente a unos cincuenta metros de la ubicación del badén, la motocicleta en la cuneta del lado izquierdo y el conductor en la cuneta del lado derecho según el sentido de marcha Valladolides a Balsapintada. Igualmente se acompaña reportaje fotográfico del lugar del accidente y de la señalización previa al mismo según el sentido de marcha con que circulaba la motocicleta, referida al día de la fecha. Los agentes que se personaron en el lugar del accidente no pueden precisar si en la fecha del mismo existía la señalización actual, por los motivos que ya le fueron expuestos en nuestro escrito de fecha 25 de febrero de 2004.

SEGUNDO.-Actualmente se sigue visualizando una zona de parqueado en el interior del badén en mal estado, con tendencia a producirse pequeños y múltiples socavones.

TERCERO.-Esta Policía no ha tenido conocimiento de otros accidentes en el mismo lugar”.

UNDÉCIMO.- El reclamante, tras un nuevo trámite de audiencia, presenta alegaciones el 21 de abril de 2006, manifestando que ha quedado corroborada la veracidad de sus

afirmaciones sobre la responsabilidad de la Administración regional por las siguientes razones:

1ª) El informe de la Policía Local viene a constatar que el accidente sólo pudo ocurrir dentro del badén, tal y como describieron los testigos propuestos, y por la posición de la motocicleta y el interesado.

2ª) El informe de la Policía Local viene a constatar el mal estado del tramo de la carretera, pues señala expresamente: “en el interior del badén se sigue visualizando una zona de parcheado en mal estado, con tendencia a producirse pequeños y múltiples socavones”.

3ª) Falta un pronunciamiento expreso de la Policía Local sobre la señalización del lugar en la fecha en que ocurrió el accidente, sin que exista prueba alguna que confirme que a la fecha del accidente existiese señalización relativa a la limitación de la velocidad, peligro por estrechamiento de la calzada y por badén, en los mismos términos que en la actualidad.

4ª) Insiste en que no conducía a una velocidad excesiva, a diferencia de lo que recoge la propuesta de resolución basándose exclusivamente en las declaraciones de un testigo, quien sólo señaló que él iba a dicha velocidad, no que los demás fueran, pudiendo, por ejemplo, el testigo ir adelantando.

Finalmente ratifica su solicitud inicial de responsabilidad patrimonial, pues estima que los daños son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin que exista el deber jurídico de soportarlos.

DUODÉCIMO.- La nueva propuesta de resolución, de 7 de julio de 2006, que se somete a Dictamen del Consejo Jurídico, ratifica la anterior desestimando la reclamación al considerar que el daño se produjo por una actuación inadecuada del propio conductor, que conducía presumiblemente a una velocidad superior a la permitida, sin adecuarse a las circunstancias de la vía.

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 E-9, de Valladolid a Lobosillo, perteneciente a la red de tercer nivel, según el Anexo de la Ley regional de Carreteras de 27 de agosto de 1990.

Asimismo, la acción indemnizatoria se ha ejercitado por la reclamante dentro del plazo de un año desde que fue dado de alta por incapacidad temporal (el 1 de julio de 2003), de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 LPAC sobre el cómputo del plazo en el supuesto de daños físicos.

TERCERA.- Procedimiento y medios probatorios.

El procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 y ss. RRP, salvo en el plazo máximo para resolver, que ha rebasado ampliamente los seis meses reglamentariamente establecidos (13.3 RRP).

No obstante, es preciso realizar una consideración sobre los medios de prueba de que se han valido tanto la reclamante como la Administración, partiendo del principio de que incumbe la carga de la prueba a quien reclama (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).

Precisamente, la falta de elementos de juicio para adoptar una resolución congruente en el presente caso, motivó que el Consejo Jurídico dictaminara inicialmente (con el número 149/05), la necesidad de completar la instrucción del expediente, pues quedaban sin aclarar una serie de circunstancias sobre el lugar del accidente, características de la carretera e intervención del conductor (Antecedente Octavo), que podrían ser solventadas a través de los policías locales de Fuente Álamo que acudieron al lugar de los hechos para atender al accidentado *in situ*.

Ciertamente dicha actuación instructora complementaria ha permitido despejar determinadas dudas, como el lugar del accidente y si existía o no un parcheado dentro del badén; pero no todas, como el tamaño del socavón, o si existía la señalización actual cuando se produjo el accidente. Tampoco ha contribuido a despejar todas las dudas planteadas el transcurso del tiempo, por las modificaciones ulteriores que pudieran haberse producido en el lugar del accidente, en parte atribuible al interesado, que ejercitó la acción de reclamación un año después de producirse el accidente, aunque dentro de plazo teniendo en cuenta su alta laboral, pero también en parte debido a la Administración, por el tiempo transcurrido desde que se ejercitó la acción y la actuación instructora complementaria (tres años después de producirse el accidente).

Llegado a este punto, el Consejo Jurídico va a tener en cuenta el principio de la carga de la prueba en relación con la acreditación del nexo causal, que el reclamante ha intentado probar con la testifical propuesta, fotografías del lugar, e informes de la Policía Local, y la Administración ha negado con fundamento en el informe del Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras, y en ciertas afirmaciones por parte de un testigo y de la Policía Local, en su informe de 25 de febrero de 2004. Conviene, no obstante, realizar una observación sobre la valoración de la prueba testifical que se realiza por parte del órgano instructor, pues si bien se cuestiona en conjunto la declaración de los tres testigos, por falta de objetividad porque viajaban en grupo en distintos vehículos y, entre ellos, figura la novia del reclamante, sin embargo sí la considera concluyente a la hora de atribuir al interesado la exclusiva responsabilidad del accidente, al apoyarse en la declaración de un testigo (trabajador del Ayuntamiento de Fuente Álamo), sobre la velocidad aproximada a la que circulaban (70-80 Km./h.).

Por último cabe reseñar que no se han remitido las fotografías originales aportadas por el reclamante, como se solicitaba en nuestro Dictamen núm. 149/05.

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, 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 mínimas de seguridad y conservación para su utilización y circulación, como lo prueba el parcheado posterior, que confirma el informe de la Policía Local. También que no se ha probado en el expediente que la carretera tuviera la señalización que actualmente dispone.

Para la Administración el accidente es atribuible a la conducta del perjudicado, que circulaba por encima de la velocidad permitida en la vía, de acuerdo con la declaración de un testigo, que manifiesta que *“no iban muy rápidos debido al estado de la carretera, aproximadamente a unos 70-80 Km./h.”*, cuando se encontraba limitada a 60 Km./h. Además, cuestiona la afirmación del reclamante sobre la existencia de un gran bache en dicho lugar, con fundamento en el informe del Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras, existiendo, por el contrario, un badén que se encontraba señalizado, y que la carretera era recta y con visibilidad para poder ser abordado a una velocidad adecuada.

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, de 7 de julio de 2006, reconoce que ha quedado acreditada la producción del daño, atendiendo al informe de la Policía Local de Fuente Álamo, que prestó auxilio al accidentado, así como a los informes médicos aportados.

Sin embargo, dicha efectividad del daño sólo puede predicarse de los daños físicos del accidentado, pues los concernientes a la motocicleta que conducía, ni han sido

acreditados, ni tampoco reclamados, cuando, según el informe complementario de la Policía Local de Fuente Álamo, la motocicleta se encontraba, aproximadamente, a unos 50 metros de la ubicación del badén, por lo que presumiblemente debió de sufrir daños de diversa consideración.

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 nexos 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).

Conviene partir de los siguientes datos que el Consejo Jurídico considera probados o, al menos, se infieren del expediente sobre las circunstancias del accidente y el estado del tramo de la carretera donde se produjo:

a) Que el accidente ocurrió a la altura de un badén existente en la carretera, en el punto kilométrico núm. 3, conforme al croquis de la Policía Local, que se acompaña al informe complementario (folio 20 del expte. 129/06), y a la declaración de los testigos.

b) Que en la zona inmediatamente anterior al accidente existe una parte de la calzada que está parcheada (informe de la Policía Local de Fuente Álamo de 25 de febrero de 2004) y que en el interior del badén, donde se produjo el accidente, existe una zona de parcheado en mal estado, con tendencia a producirse pequeños y múltiples socavones (Informe complementario de la Policía Local del citado municipio, de 23 de febrero de 2006). Por otra parte, si bien la Policía Local del municipio no conoce la fecha del parcheado, la Administración regional, a quien correspondería acreditar tal extremo por el principio de facilidad probatoria, no niega que se realizara con posterioridad al accidente, aunque se trate para el Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras de un triple tratamiento superficial, y no de la reparación de un bache.

c) Cuando se produjo el accidente la carretera se encontraba con la velocidad limitada a 60 Km./h., y con la señal vertical tipo P-15, perfil irregular, circunstancia que ahora cuestiona el reclamante -ante la manifestación de la Policía Local de que no pueden precisar si a la fecha del mismo existía la señalización actual-, pero que, en su día, no negó cuando se le otorgó el primer trámite de audiencia, tras el informe del Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras que recogía tal extremo, a diferencia de otros puntos del citado informe (escrito de alegaciones de 14 de abril de 2005), que sí fueron cuestionados por el mismo.

d) La motocicleta se salió de la vía por el lado izquierdo, según el sentido de la marcha, siendo despedido el conductor hacia el lado derecho de la calzada, terminando en un bancale a unos 12 metros de donde había quedado la motocicleta (folio 21, correspondiente al parte de la Policía Local). Añaden, en el informe complementario de 23 de febrero de 2006, que se encontraron a la motocicleta y al conductor herido, aproximadamente, a unos 50 metros de la ubicación del badén.

Por tanto, en los informes de la Policía Local de Fuente Álamo y en las declaraciones testificales (aun formulando la tacha correspondiente a la testigo novia del accidentado) se contienen datos que permiten relacionar los daños con el estado del lugar en el

momento de producirse el accidente (parcheado en el interior del badén), que conducen a la verosimilitud del nexo causal, como tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen núm. 158/2005, y a la existencia de un título de imputación a la Administración por cuanto, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones de seguridad para la circulación, según preceptúa 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. Pero tampoco ha podido probar el reclamante que el accidente se produjera exclusivamente por dicha causa (no se ha acreditado la existencia de un gran bache, como dice el reclamante), existiendo, además, otros datos en el expediente que permiten sostener que la actuación del interesado también incidió en la producción del mismo, y que no acomodó su conducción a las características de la vía y circunstancias concurrentes (artículo 19 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad, ya citada), como sostiene la propuesta de resolución, atendiendo a la posición final de la motocicleta y conductor (a 50 metros del bache, aproximadamente, según la Policía Local), a la señalización existente sobre dicho tramo (perfil irregular), y a la declaración de un testigo sobre la velocidad a la que conducían, a la que podemos añadir que la Policía Local de Fuente Álamo manifieste, a petición de la instructora, que no tiene conocimientos de otros accidentes en el lugar donde se produjo éste.

En consecuencia, la concurrencia de causas apreciadas, aunque no tenga suficiente relevancia para la ruptura del nexo causal con el funcionamiento del servicio público, sí trae como consecuencia la moderación del *quantum* indemnizatorio con cargo a la Administración, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de la Sala 3ª, de 19 de abril de 2001). En el mismo sentido el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 89/2000).

3) En cuanto al último de los requisitos exigidos para reconocer la responsabilidad de la Administración, cabe añadir que el daño alegado se reputa de antijurídico, puesto que el reclamante no está obligado a soportarlo en la parte que no le sea atribuible, conforme al artículo 141.1 LPAC.

QUINTA.-Cuantía indemnizatoria.

Pese a que en nuestro Dictamen anterior (núm. 149/2005) recomendamos la necesidad de que la propuesta de resolución entrara a considerar la cuantía indemnizatoria reclamada (29.169,3 euros), se ha considerado innecesario por parte de la instructora, al no apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial, por lo que no se ha cuestionado ninguna de las partidas reclamadas. Tal circunstancia obliga a este Consejo Jurídico a entrar a valorar pormenorizadamente el *quantum* indemnizatorio y su acreditación en el expediente:

-En concepto de días de hospitalización, se reclaman 329,70 euros, por 6 días (54,95 euros por día), desde el 26 de enero al 31 de enero de 2003, aplicando el baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico correspondiente al año 2003, fecha en la que se produjo el accidente (Resolución de 20 de enero de 2003). Efectivamente, se ha acreditado en el expediente que el accidentado fue dado de alta hospitalaria el 31 de enero; sin embargo, la fecha de ingreso registrada en el Hospital Santa María del Rosell data de 27 de enero (folio 7), aunque el accidente se produjo el 26, alrededor de las 15,00 horas, y que el herido fue trasladado en una ambulancia, de acuerdo con el parte de la Policía Local de Fuente Álamo. Dicha diferencia en la fecha registrada de ingreso puede

deberse a la falta de disponibilidad de camas, y que el herido pudo tardar en ingresar en planta. No obstante, se consideran acreditados los 6 días reclamados y la cuantía por este concepto.

-Por los días de baja improductivos para sus ocupaciones habituales (soldador) reclama la cantidad de 6.697,50 euros (44,65 euros por 150 días), por el periodo que discurre entre el 1 de febrero al 1 de julio de 2003, fecha en la que fue dado de alta, según la parte de incapacidad temporal por contingencias comunes de la Seguridad Social. Sin embargo, hay un error en el cálculo, pues se computan durante dicho periodo un total de 120 días improductivos (no 150) para sus tareas habituales, por lo que la cantidad resultante por esta partida sería de 5.358 euros.

-En cuanto a las secuelas, se estiman las alegadas por el interesado conforme al informe pericial que acompaña (doc. 2), al no haber sido cuestionadas por la Administración.

Por último, en congruencia con la concurrencia de culpas apreciada, procede moderar la cuantía indemnizatoria, correspondiendo a la Administración regional un 50 % de la cantidad que finalmente se determine en atención a los criterios expuestos con anterioridad. La cantidad que resulte deberá actualizarse en los términos expresados por 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, al apreciar la responsabilidad de la Administración regional, pero de forma concurrente con la del interesado.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria reclamada se determinará en la forma que se establece en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 136/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a P. B. M., como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.

Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 28/08/06

Extracto de Doctrina

Según la jurisprudencia del TS, la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por alguna de las vías posibles para ello.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 3 de marzo de 2006 tiene entrada en la Ventanilla Única de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en Molina de Segura, escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial instada por D. P. B. M.. Según relata, el 7 de febrero de 2003, cuando prestaba servicios como cocinera en el Centro Ocupacional de El Palmar, dependiente de la Consejería consultante, al intentar abrir una puerta de salida ésta se le vino encima, debido a las deficientes condiciones de instalación y seguridad que presentaba. A consecuencia del accidente permaneció 414 días en situación de incapacidad temporal (IT), resultando del accidente las siguientes secuelas: tendinosis del supraespinoso derecho, afectación de ambos nervios cubitales a nivel de codos y agravación de artrosis previa, con calcificación del ligamento vertebral común anterior a nivel C5-C6 y C6-C7.

Solicita una indemnización de 26.594 euros, según el siguiente detalle:

Indemnización por IT (414 días x 48 euros/día)...19.872 euros

Indemnización por secuelas.....6.722 euros

Junto a la reclamación aporta los siguientes documentos:

1.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Murcia, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2005 que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la interesada contra la sentencia 246/05 del Juzgado de lo Social n.º 4 de Murcia, de 27 de junio, que desestima la pretensión de la ahora reclamante de ser declarada en situación de incapacidad permanente parcial.

2.- Sentencia del TSJ de Murcia, Sala de lo Social, de fecha 29 de noviembre de 2004 que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la interesada contra la sentencia 254/2004 del Juzgado de lo Social n.º 5 de Murcia, de 15 de julio, que desestima la pretensión de declarar nula el alta médica producida con fecha 20 de marzo de 2004.

3.- Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en la que se determina que la baja médica de la Sra. B. M., de fecha 5 de mayo de

2003, deriva del accidente de trabajo de 7 de febrero anterior, a la vez que declara que la Mutua I. es la responsable del pago de las prestaciones.

4. Informe médico del Jefe del Servicio de Rehabilitación del Hospital de I., de fecha 3 de marzo de 2004, según el cual, la interesada manifestaba continuar con dolor en ambas muñecas. Tras realizar diversas pruebas, no se aprecia lesión traumática alguna justificativa de la clínica que presenta.

5.- Informe de la médica de familia (Dra. V. G.) emitido para el Equipo de Valoración de Incapacidades, de fecha 14 de septiembre de 2004.

6.- Informe de Traumatólogo del Servicio Murciano de Salud, de fecha 16 de junio de 2004, que sugiere *“cambio de puesto de trabajo ya que el actual de cocinera le obliga a la utilización forzada y mantenida de ambos miembros superiores y columna cervical. Existe un evidente riesgo de empeorar con su trabajo actual”*.

7.- Parte de accidente de trabajo, de 18 de febrero de 2003.

SEGUNDO.- Dada la multitud y diversidad de hechos y actuaciones que constituyen los diferentes procesos seguidos como consecuencia del accidente de trabajo de que trae causa la presente reclamación, se procede a continuación a su síntesis, todo ello de conformidad con la documentación obrante en el expediente remitido al Consejo Jurídico. De ella se desprende que:

1. El 7 de febrero de 2003, D. P. B. M. sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba servicios como cocinera del Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia, causando baja médica el mismo día, situación en la que estuvo hasta el 26 de febrero, fecha en la que se le expidió parte de alta médica por curación, causando nueva baja médica por recaída el 7 de abril y alta médica el 16 de abril 2003.

2. Disconforme con el alta, la Sra. B. M. presenta demanda frente a la Mutua I., Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia, Servicio Murciano de Salud, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social. La sentencia que pone fin al proceso entablado (la n° 254/04, de 15 de julio) declara como hechos probados que la interesada:

“Sufrió un accidente de trabajo al ser golpeada por el desprendimiento de una puerta el día 7 de febrero de 2003. Iniciando un periodo de I.T. en la misma fecha como consecuencia de dolor en ambas muñecas y hemitórax izquierdo (hecho probado segundo).

Después de sucesivas bajas por recaída como consecuencia del accidente laboral ha sido dada de alta por curación de día 28 de marzo de 2004, con secuelas (hecho probado tercero).

Y señala en su fundamento de derecho primero: *“Que de los informes médicos obrantes en autos resulta una manifiesta contradicción entre los médicos informantes como peritos en el acto del juicio; ya que el Dr. G. informó que la actora sigue necesitando tratamiento médico y rehabilitador; a diferencia del Dr. G., quien mantuvo que el proceso médico se encuentra finalizado. Discrepancia que obliga tener en cuenta la entidad del accidente, largo período comprendido desde la fecha de aquél hasta la fecha del alta discutida, tiempo suficiente para que el proceso se encuentre finalizado”*.

3. Contra dicha sentencia la interesada interpone recurso de suplicación en el que solicita que se declare nula y sin efectos el alta médica por curación.

Con fecha 29 de noviembre de 2004, la Sala de lo Social del TSJ de Murcia dicta Sentencia (nº 1307/2004) que desestima el referido recurso de suplicación, confirmando el pronunciamiento de instancia, y, en consecuencia, la validez del alta médica por curación.

4. Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 30 de septiembre de 2004 se deniega a la demandante la pensión de incapacidad permanente por ella solicitada, *“por no ser constitutivas sus lesiones de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, ni valorables como lesiones permanentes no invalidantes”*.

Interpuesta reclamación previa contra dicha resolución, fue desestimada el 20 de diciembre de 2004, presentando la interesada demanda ante la Jurisdicción Social con la pretensión de ser declarada en situación de invalidez permanente en el grado de parcial para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo. Finaliza el proceso mediante sentencia 246/2005, de 27 de junio, del Juzgado de lo Social nº 4 de Murcia, desestimatoria de la demanda, al no concurrir los requisitos legales de la situación pretendida, pues las secuelas que presenta la actora *“no le ocasionan una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para su profesión habitual de cocinera”*.

5. Contra dicha resolución judicial interpone la reclamante recurso de suplicación, que será desestimado por sentencia (nº 1094/05) de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 17 de octubre de 2005.

TERCERO.- Por Orden de la Consejera de Trabajo y Política Social, de 14 de marzo de 2006, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, se incoa el correspondiente expediente, se designa instructora y se notifica a la reclamante y a la compañía aseguradora, en concepto de interesada, practicándose las siguientes actuaciones:

1. Requerimiento a los correspondientes Juzgados de lo Social para que remitan copia de las resoluciones judiciales citadas por la interesada en su reclamación.

2. Solicitud de informe a la Dirección del Centro Ocupacional de El Palmar.

CUARTO.- La reclamante y la compañía de seguros de la Consejería consultante son notificadas de la apertura del trámite de audiencia, facilitándoseles una relación de los documentos obrantes en el expediente y concediendo plazo para la presentación de alegaciones, documentos y justificaciones.

QUINTO.- Con fecha 24 de mayo de 2006, la reclamante presenta escrito de alegaciones en el que reitera su pretensión y los fundamentos esgrimidos en su solicitud inicial.

SEXTO.- El 7 de junio de 2006 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar prescrito el derecho a reclamar de la interesada, por haber transcurrido más de un año entre la estabilización de las secuelas derivadas del accidente de trabajo y el ejercicio de su acción de responsabilidad.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 16 de junio.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.

1. La reclamación ha sido interpuesta por quien sufre los daños físicos y psíquicos que imputa 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.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Trabajo y Política Social es competente para resolver la reclamación, al integrarse en su organización el centro de trabajo donde acaeció el accidente del que aquélla trae causa.

2. El procedimiento seguido para la tramitación de la solicitud formulada se ha ajustado a los trámites que exigen las normas legales y reglamentarias reguladoras, habiéndose recabado el informe preceptivo del centro donde ocurrió el accidente y otorgado trámite de audiencia a la interesada.

TERCERA.- Sobre la prescripción.

1. Dispone el artículo 142.5 LPAC 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, de carácter físico o psíquico, a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Es evidente que, en el supuesto sometido a consulta, había transcurrido más de un año entre el momento de producirse el accidente, el 7 de febrero de 2003, y la presentación de la reclamación el 3 de marzo de 2006. Resta por determinar, no obstante, cuál es el momento de estabilización de los daños físicos y psíquicos derivados del accidente, pues tal será el *dies a quo* del plazo de prescripción.

Al efecto, ha de considerarse que la interesada estuvo de baja por incapacidad temporal durante diversos períodos. El primero, que sucede inmediatamente al accidente, abarca del 7 al 26 de febrero de 2003; el segundo, desde el 7 al 16 de abril de 2003; y finalmente, desde el 5 de mayo de 2003 al 28 de marzo de 2004, fecha del alta médica definitiva por curación. Es ésta la fecha en la que ya cabe considerar estables las secuelas e, incluso, los días de incapacidad derivados del accidente por los que se reclama. En este momento la interesada ya conoce el alcance de los daños que le han sido irrogados y puede 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 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).

Establecido el día inicial del cómputo, resta por dilucidar si cabe entenderlo interrumpido por alguna de las actuaciones practicadas por la interesada y, en particular, por la reclamación de incapacidad permanente y posterior proceso judicial, finalizado por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 17 de octubre de 2005, única sentencia que, por su fecha, podría amparar la presentación de la reclamación el 3 de marzo de 2006 (no así la que pone fin a las actuaciones encaminadas a determinar la validez del alta médica, pues es de fecha 29 de noviembre de 2004).

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000 señala que *“la interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que puede estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1988 que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980)”*.

Sigue diciendo la sentencia que *“de esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por alguna de las vías posibles para ello”*.

En orden a aplicar esta consolidada doctrina jurisprudencial al supuesto sometido a consulta, es preciso centrar el análisis en el objeto del proceso seguido ante la jurisdicción social, que no es otro que la determinación de si la interesada ha de ser declarada en situación de incapacidad permanente para así obtener unas determinadas prestaciones del sistema de seguridad social. Adviértase que en nada incide dicho objeto sobre la pretensión resarcitoria propia de la acción de responsabilidad patrimonial, pues se trata de dos acciones distintas y compatibles entre sí y que podían ser ejercitadas de forma simultánea. De hecho, en las actuaciones judiciales no se altera el estado de las secuelas de la interesada, que aparece como estable y predeterminado, como un hecho ya dado y sobre el que basa su decisión el juzgador, quien se limita a aplicar a dicho supuesto las normas de seguridad social oportunas.

En definitiva, el proceso judicial que culmina con la sentencia de 17 de octubre de 2005, persigue obtener determinados beneficios de orden asistencial laboral, quedando al margen, por tanto, de esa voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de un servicio público, que exige la jurisprudencia para reconocerle eficacia interruptiva de la prescripción (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 26 de junio de 2002, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala del mismo orden jurisdiccional, de 23 de marzo de 2004, que resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina).

Del mismo modo, el Consejo de Estado (Dictamen 3710/2001) niega que las actuaciones que persiguen la declaración del interesado en situación de invalidez permanente total interrumpen el plazo de prescripción del derecho a reclamar, afirmando que aquella “*no inicia el cómputo el plazo porque no implica ni que en esa fecha se manifestase el hecho lesivo ni que con ella se haya determinado finalmente el alcance de las secuelas, sino el nacimiento del derecho a percibir una pensión con cargo al Estado*”.

2. Al folio 18 del expediente obra un informe médico elaborado por facultativo público (Medicina Familiar y Comunitaria) y dirigido al Equipo de Valoración de Incapacidades en el que, a fecha 14 de septiembre de 2004, se relata el trastorno ansioso-depresivo que presentó la interesada a raíz del accidente laboral. Según la doctora informante, la hoy reclamante sufre una recaída de su enfermedad el 7 de julio de 2004, permaneciendo en incapacidad laboral transitoria desde esa fecha. No consta en el expediente cuándo obtuvo el alta médica por curación.

Este informe podría determinar que la estabilización de las secuelas no se hubiera producido en la fecha del alta definitiva, el 28 de marzo de 2004, sino que la determinación de las secuelas psíquicas fuera posterior a dicha fecha. Ello no obstante, los términos de la reclamación impiden alcanzar tal conclusión, y ello por las siguientes razones:

a) Porque en ningún momento alude la reclamante a los daños psíquicos derivados del accidente, limitando su pretensión resarcitoria a las secuelas físicas: tendinosis del supraespinoso derecho, afectación de ambos nervios cubitales a nivel de codos y agravación de artrosis previa, con calcificación del ligamento vertebral común anterior a nivel cervical.

b) Porque cuando efectúa el cómputo de la indemnización correspondiente a los días de incapacidad temporal, únicamente la refiere al período comprendido entre el 7 de febrero de 2003 y el 28 de marzo de 2004 (414 días).

c) Un elemental principio de congruencia impide extender la reclamación más allá de lo pretendido por la actora, lo que determina que el análisis de la responsabilidad patrimonial derivada del accidente haya de circunscribirse a las secuelas físicas y al período de incapacidad temporal por los que se reclama.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, es que el *dies a quo* del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC ha de fijarse en la fecha del alta médica por curación de las secuelas físicas, es decir, el 28 de marzo de 2004, de donde deriva la extemporaneidad de la reclamación interpuesta el 3 de marzo de 2006, que cabe declarar ante la ineficacia de la sentencia de 17 de octubre de 2005 para interrumpir dicho plazo.

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 haber prescrito el derecho a reclamar de la interesada, según lo expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 137/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. D. S. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad Á. C. S., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 28/08/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 61.

DICTAMEN 138/06.- Interpretación del contrato relativo al servicio de limpieza de las dependencias de los I.E.S. “Felipe de Borbón” de Ceutí (Murcia), y “Lorquí”, de Lorquí (Murcia).

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 28/08/06

Extracto de Doctrina

La interpretación de la totalidad del contrato es insoslayable para indagar la intención de las partes, la cual no se puede encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye ya que, la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible (SSTS, Sala 1^a, 10 de mayo de 1994 y 28 de julio de 1990, aplicando el artículo 1285 del Código Civil).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de febrero de 2006 fue adjudicado a S. R. A. (la contratista) el contrato del servicio de limpieza de los Institutos de Educación Secundaria de Lorquí y Ceutí (Murcia), por importe de 75.600 euros, contrato que fue suscrito el día siguiente.

SEGUNDO.- El Pliego de Prescripciones Técnicas recogía un posible programa de mejoras, entre las cuales se encontraba la de “5 horas semanales de limpieza adicional a las que el Pliego plantea”, con una valoración de 2 puntos en el baremo del concurso, mejora ofrecida por la contratista en su oferta, recogiendo iguales términos a los expresados en el Pliego.

TERCERO.- El Director facultativo del contrato, a la vista de diferencias interpretativas surgidas con la contratista, emitió informe el 11 de abril de 2006 en el

sentido de que, en los expedientes de limpieza que integran más de un Centro, las cinco horas semanales de limpieza adicional se entienden referidas a cada uno de los Centros que integran el expediente, y no a la totalidad del mismo.

CUARTO.- Dada audiencia a la contratista, adujo que, en su criterio, las 5 horas de la mejora se referían al total de la contrata y que, en cualquier caso, debido a su inexperiencia se equivocó al presupuestar y que su margen de beneficio es casi nulo; considera que su servicio es satisfactorio y que cumple íntegramente las mejoras ofrecidas.

QUINTO.- El 8 de mayo de 2006, el Jefe del Servicio de Contratación propuso resolución en el sentido que sigue: *“La interpretación del segundo punto del programa de mejoras recogido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato del servicio de limpieza de las dependencias de los IES “Felipe de Borbón” de Ceutí (Murcia) y “Lorquí” de Lorquí (Murcia), suscrito entre esta Consejería y la empresa S. R. A., con domicilio en C/ A., Cieza (Murcia) C.P. 30.530, con NIF: X, es que las “5 horas semanales de limpieza adicional a las que el Pliego plantea”, se entienden referidas a cada uno de los Centros que integran el expediente, y no a ambos, resultando un total de 10 horas adicionales”*. Tal propuesta fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico Administrativo de la Consejería consultante el 11 de mayo de 2006.

Tras ello fue solicitado el Dictamen de este Consejo Jurídico, en donde tuvo entrada la solicitud con su expediente el 21 de julio de 2006, completándose el 28 de igual mes y año.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De conformidad con el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, en concordancia con el 59.3, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al haberse formulado oposición por parte de la contratista.

SEGUNDA.- Planteamiento de la cuestión controvertida.

1) En el procedimiento instruido se han seguido los trámites esenciales señalados por el artículo 59 TRLCAP, constando que se ha dado audiencia a la contratista, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente.

2) El objeto de este Dictamen es la interpretación del contrato de servicios citado, cuya controversia propone resolver el órgano de contratación, en el ejercicio de la prerrogativa de interpretación unilateral que le reconoce el artículo 59 TRLCAP, acordando que a la contratista corresponde realizar 5 horas de limpieza adicionales por cada uno de los institutos comprendidos en el contrato, es decir, 10 horas en total, apoyando tal propuesta de decisión en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y demás documentación contractual.

La contratista, por su parte, entiende que esa pretendida obligación suya no deriva del Pliego, el cual contiene como posible mejora la realización de 5 horas adicionales al

total de las recogidas en el mismo, es decir, a la suma de horas necesarias para los dos Institutos.

La cuestión controvertida ha de afrontarse, según el artículo 7 TRLCAP, desde las prescripciones de dicho texto refundido y su normativa complementaria, es decir, el RLCAP, partiendo particularmente de lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el de Técnicas, ambos documentos de valor contractual (art. 49 TRLCAP); con carácter supletorio, según recuerda el citado artículo 7 TRLCAP, serán aplicables las restantes normas del Derecho administrativo y, en su defecto, las del Derecho privado, particularmente las disposiciones del Código Civil relativas a la interpretación de los contratos (arts. 1.281 a 1.289).

3) En el expediente que sirvió para adjudicar el contrato controvertido constan:

a) La cláusula 2.1 del Pliego de administrativas, según la cual el contrato tiene por objeto el servicio de limpieza de las dependencias de los IES “Felipe de Borbón” de Ceutí (Murcia) y “Lorquí” de Lorquí (Murcia), figurando en los Pliegos de Prescripciones Técnicas que rigen la presente contratación una descripción pormenorizada de la prestación objeto del contrato.

b) La cláusula 13.1 del indicado Pliego, según la cual podrán los licitadores ofrecer una mejora de “5 horas semanales de limpieza a las que el Pliego plantea”.

c) El Anexo del Pliego “plantea” 90 horas semanales de limpieza para el Instituto de Ceutí y 60 para el de Lorquí.

d) Aunque no se dice expresamente, el conjunto del programa de mejoras en el que se inscriben las 5 horas adicionales va referido a cada Instituto.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Aunque los documentos que integran el expediente de contratación no facilitan la respuesta a la cuestión controvertida, a juicio del Consejo Jurídico la interpretación de los términos del contrato debe llevar a la conclusión de que la Administración ha fijado un programa de mejoras aplicable en su conjunto y en cada uno de sus apartados singulares a cada uno de los Institutos que se integran en el objeto del contrato, como se aprecia de la lectura sistemática de dicho programa de mejoras, las cuales sólo pueden entenderse aplicables individualizadamente a cada centro. Por otra parte, la contratista presentó su oferta siguiendo las pautas señaladas en el Pliego, sin realizar precisión en ningún sentido.

Desde el punto de vista estructural el Pliego está compuesto de prestaciones referidas a cada uno de los Institutos comprendido en su objeto. Así se aprecia no sólo en cuanto al programa de mejoras, sino también respecto al presupuesto de licitación que, si bien es único, se obtiene por agregación de dos presupuestos individualizados para cada Instituto (folio 17).

En sentido contrario, no sería razonable ni lógico entender que las prestaciones recogidas en el programa de mejoras corresponden con carácter general a cada centro, excepto la relativa a las horas adicionales; difícilmente puede llegarse a tal conclusión en una valoración de conjunto del Pliego. Como ha señalado la jurisprudencia, la interpretación de la totalidad del contrato es insoslayable para indagar la intención de las partes, la cual no se puede encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo

orgánico que constituye ya que, la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible (SSTS, Sala 1ª, 10 de mayo de 1994 y 28 de julio de 1990, aplicando el artículo 1285 del Código Civil). En el Pliego que sirvió de base para la contratación se puede apreciar que su objeto es la limpieza de ambos centros como unidades, a las cuales van referidas las prestaciones del contratista y la formación del presupuesto de licitación.

Aduce la contratista un error padecido por ella relativo al presupuesto de la contrata, error, en cualquier caso, no atribuible a la Administración, sino a su propia falta de diligencia que le era exigible según la naturaleza de la obligación que pretendía contraer; de existir dicho error tampoco alcanzaría el carácter esencial e inexcusable necesario como para dar lugar a la invalidez de la obligación; según reiterada jurisprudencia, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con carácter restrictivo y con un muy acusado sentido excepcional.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 139/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. O. M., en nombre y representación de su hija menor de edad D. O. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 28/08/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 140/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. L. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 28/08/06

Extracto de Doctrina

El instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial administrativa es de carácter exclusivamente resarcitorio de un daño producido a un tercero en un caso concreto, y no un instrumento sancionador para la Administración. Por ello, un hipotético funcionamiento anormal de un servicio público no es circunstancia suficiente para reconocer una indemnización si no puede considerarse razonablemente acreditado que ha causado, total o parcialmente y con arreglo a un criterio de imputación objetiva y adecuada, un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 30/04/02, D. G. A. A., en nombre y representación de D. E. L. O. (aunque en el expediente se consigna, por error, el apellido “L.”), presentó escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que señala que en fecha 27 de marzo de 2002, sobre las 15:20 horas, acudió al Centro de Salud de Archena con su esposa, Doña C. L. A., aquejada de una dolencia torácica, siendo allí atendida por el Dr. Á. V. L. J. quien, tras examinar a la paciente, solicitó una UVI móvil, de la que el Centro carecía, que llegó desde Cieza 45 minutos después. A la llegada de la UVI móvil se le practican maniobras de reanimación, sin resultado positivo, puesto que la paciente había fallecido en dicho Centro de Salud, no constando en su historial médico que padeciera enfermedad alguna.

En la reclamación se destaca que el Centro médico fue inaugurado días antes del ingreso de la paciente, y que el doctor que les atendió les informó de que carecían de medios para atender un caso así. Asimismo, el reclamante manifiesta que la UVI móvil ignoraba la ubicación del Centro de Salud de Archena, por lo que hubo que salir a su espera.

Por todo ello, solicita una indemnización de 150.000 euros, habida cuenta del dolor moral por la pérdida familiar y la existencia de dos hijos de corta edad.

SEGUNDO.- Se admite a trámite la reclamación patrimonial interpuesta, mediante Resolución del Director Gerente del SMS de fecha 14/5/02, notificándose dicha admisión al reclamante.

TERCERO.- Atendiendo a la previa solicitud de prueba documental, en fecha 24/6/02 se remite copia de la reclamación al Director del Centro Comarcal de Salud de Archena-Valle de Ricote, interesando la emisión de informe del Dr. D. Á. V. L. J., la remisión del informe interno emitido por dicho facultativo a sus superiores relativo al fallecimiento de la paciente, e informe del Director de dicho Centro, relativo a si éste contaba con desfibrilador, UCI móvil y ambulancia, y si estos tres servicios eran obligatorios para el recientemente inaugurado Centro Comarcal de Salud de Archena-Valle de Ricote.

En esa misma fecha se notifica la admisión a trámite de la reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria y a una correduría de seguros, a efectos de su comunicación a la compañía aseguradora del SMS.

CUARTO.- Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

- Hoja de interconsulta primaria-especializada del Centro de Salud de Archena-Valle de Ricote, de fecha 27/03/02, en la que se hace constar lo siguiente:

“Paciente de 35 años que acude a las 15,45 al Centro de Salud por dolor precordial acompañado de cortejo vegetativo.

Tras breve interrogatorio sobre clínica, antecedentes, alergias y exploración básica, se le administra cafinitrina s. l. ante la sospecha de urgencia cardiológica de origen isquémico y se procede a la práctica de ECG que no da tiempo a realizar, pues la paciente presenta de forma brusca cuadro de parada cardíaca sin pulso, por lo que inician de inmediato maniobras de RCP básica con los medios disponibles (masaje cardíaco externo y ventilación con O2 mediante ambu), dando la orden de aviso al 112 para que acudiera equipo de 061, con la intención de pasar a RCP avanzada. Se mantuvieron las maniobras de RCP básica hasta la llegada del 061, que confirma asistolia, ausencia de pulsos centrales, pupilas midriáticas arreactivas, cianosis periférica y tras 40 minutos de RCP básica se confirma la hora del éxitus a las 16,30 horas.

Juicio clínico.- Urgencia cardiológica de muy probable origen isquémico.

-Parada cardíaca.

-Éxitus.”

- Informe de 3 de julio de 2002, del doctor D. Á. V. L. J., del siguiente tenor:

“Que el día 27/3/02 fue atendida en mi guardia de tarde Doña C. L. A., que acudió al Centro de Salud de Archena acompañada de su esposo por dolor torácico a consecuencia de urgencia cardiológica de muy probable origen isquémico y que posteriormente derivó en parada cardíaca y éxitus, tras maniobras de RCP básica y asistencia del 061. De todo ello fue testigo presencial su esposo. Para más detalles sobre lo sucedido me remito al informe emitido de urgencias de ese día.

Tras lo acontecido y tras la lógica alteración emocional de la familia, por mi parte se procedió a dar explicaciones a los familiares (padre y esposo de la paciente) ante la autoridad (guardia civil) que acudió avisada por el 061, de lo que según mi juicio clínico había sucedido.

Se les explicó que a mi juicio se trataba de una urgencia cardiológica, cuya etiología más probable era de origen isquémico, aunque existían otras causas mucho menos probables, y que había presentado una situación de parada cardíaca antes de poder realizar un electrocardiograma, de lo que fue testigo su esposo, y que la mayoría de éstas eran debidas a arritmias ventriculares. Que en cualquier caso y ante la emergencia de paro cardíaco lo que había que hacer se hizo, iniciando de inmediato las maniobras de RCP básicas con los medios de los que disponíamos.

Ante las quejas por la falta de una ambulancia disponible en el centro, se les explicó que aunque su disponibilidad sería una situación deseable en general, lo que nosotros pedimos que acudiera en aquel momento fue una UVI móvil del 061, para

poder continuar con una RCP avanzada puesto que ellos están dotados de desfibrilador y medios adecuados; que garantizarían incluso en el caso hipotético de haber salido de la parada cardíaca, los medios suficientes para la estabilización durante el traslado al hospital.

Preguntaron si disponíamos de desfibrilador en el centro de salud, y se les respondió que no. También se les explicó que las posibilidades de recuperar una parada cardíaca no son del 100%, aún disponiendo de desfibrilador, UVI móvil e incluso en el propio medio hospitalario, pues depende de muchos factores.

Delante de la guardia civil ellos escucharon que lo expuesto era mi juicio clínico; y no había sospecha, por mi parte, de muerte no natural, pero si ellos tenían alguna sospecha, querían tener certeza absoluta, o pensaban emprender acciones jurídicas, avisaran al juzgado para valorar la posibilidad de autopsia clínica e investigaciones pertinentes. A continuación, por petición de la guardia civil, abandoné la reunión que continuó hasta finalizar las pesquisas; y tras la cual se me solicitó expediese certificado de defunción según mi juicio clínico, el cual fue infarto agudo de miocardio y parada cardíaca.

Todo lo acontecido se le comunicó verbalmente, junto con el informe de urgencias, al coordinador del centro de salud. Hice constar por mi parte la conveniencia de reclamar un monitor-desfibrilador y la presencia de una ambulancia, cuestiones a las que se me contestó que el desfibrilador ya estaba concedido y la ambulancia estaba en proceso de resolución”.

Informe de 5 de julio de 2002 del Coordinador Médico del Centro de Salud de Archena, en el que indica lo siguiente:

“El Centro de Salud comarcal de Archena Valle de Ricote, se inauguró el día 21-3-02 con apertura al público el día 22-3-02.

En el diseño de los Centros de Salud y siendo el de Archena-Valle de Ricote un centro estándar, no se contempla desfibrilador, UCI móvil ni ambulancia.

Se había pedido un desfibrilador que la Gerencia de Atención Primaria nos manda un mes después aproximadamente.

Cuando necesitamos UCI móvil o ambulancia la solicitamos al 061 o a las contratadas con Cieza”.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, es emitido el 25 de agosto de 2002, en el que Inspector concluye considerando *“la actuación facultativa en el presente expediente acorde con los criterios adecuados a los medios disponibles; en efecto, las medidas terapéuticas adoptadas tendentes a mantener el estado hemodinámico, rápidas y acordes con el diagnóstico (reanimación cardiopulmonar) y el aviso de medios más especializados fueron pertinentes y acertados. La causa probable del fallecimiento de la paciente parece deberse más a la gravedad y rapidez de instauración de la patología que presentó (probable síndrome coronario agudo) que a la falta de medios para su atención y/o a la propia actitud profesional del facultativo.*

Por todo lo anterior se propone la desestimación de la presente reclamación indemnizatoria”.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados, con fecha 17/10/02 el reclamante presentó escrito de alegaciones ratificándose en su petición inicial y adjuntando informe elaborado el 16/10/02 por el doctor D. M. M.-C. T., en el que se concluye lo siguiente:

“1-C. L. A., falleció el día 27/3/02, al parecer, a consecuencia de un I.A.M., de cuyas características nada conocemos ya que no existe registro electrocardiográfico.

2. Independientemente de la extensión y localización del infarto, para el manejo del mismo sólo se pudieron aplicar técnicas de RCP-básica debido a la falta de material adecuado en el medio sanitario en que tuvo lugar la asistencia, Centro de Salud de Archena-Valle de Ricote con sede en Archena (Murcia).

3 La asistencia precoz y tratamiento adecuado en este tipo de patología, mejora la supervivencia. Están indicadas las maniobras de RCP-avanzada, incluso en medio sanitario extrahospitalario. La paciente no recibió este tipo de asistencia.

4. La presencia o no de una UCI-Móvil en el lugar del suceso nos parece irrelevante

Todo ello nos lleva a establecer las siguientes conclusiones:

a. La asistencia médica recibida por C. L. A. el día 27/3/02 fue insuficiente debido a la falta de medios del Centro de Salud de Archena, no pudiéndose decir si, con medios adecuados, habría sobrevivido o no.

b. En virtud de ello entendemos que la fallecida no recibió todos los cuidados exigibles que podrían haber garantizado su supervivencia”.

SÉPTIMO.- Remitido el indicado dictamen a la Inspección Médica del SMS, esta contestó el 28 de marzo de 2003 indicando que *“a la vista de la información contenida en el presente expediente, no puede concluirse que la falta de medios esté relacionada con el fallecimiento de la paciente”.*

OCTAVO.- Otorgado a los interesados un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, el 28 de mayo de 2003 el reclamante presentó escrito solicitando copia de los escritos de solicitud de informe complementario al Inspector Médico del SMS, efectuada por el instructor, y el informe evacuado por éste, antes reseñado, siéndole facilitados.

Por su parte, obra en el expediente un dictamen médico presentado por la compañía aseguradora del SMS, fechado el 2 de julio de 2003, elaborado por los doctores D. J. M. A. M. y D. T. I. M., en el que formulan las siguientes conclusiones:

“1. D^a C. L. A. acudió al centro de salud de Archena-Valle de Ricote por un cuadro de dolor torácico con sospecha de una etiología potencialmente grave, por lo que se iniciaron las maniobras de diagnóstico y tratamiento necesarias.

2. No se pudo realizar electrocardiograma porque la paciente presentó PCR, iniciándose de modo inmediato maniobras de RCP con los medios disponibles y activándose los recursos adecuados (UVI móvil) para continuar prestando la asistencia necesaria a la paciente.

3. A la llegada de la UVI móvil, en el monitor desfibrilador se objetiva asistolia, midriasis y se confirma la situación de apnea. Se suspenden de forma correcta las maniobras de reanimación, tras 40 minutos de reanimación cardiopulmonar básica.

4. Ignoramos la causa del fallecimiento de la paciente puesto que no se realizó autopsia ni clínica ni judicial por voluntad de los familiares, y no existen antecedentes personales y/o familiares que orienten a una determinada etiología.

5. Desconociendo la causa de la defunción es imposible asegurar ni descartar que la presencia de un desfibrilador hubiera solucionado el problema de la parada cardíaca, ya que pudo fallecer de causa ajena a una alteración del ritmo, en cuyo caso era inútil su uso.

6. Si la causa de la parada hubiera sido una alteración del ritmo el uso del desfibrilador no asegura la reversibilidad a ritmo normal en el 100% de los casos.

7. Los profesionales que atendieron a la paciente en el centro de salud actuaron conforme a la *lex artis ad hoc* aplicando los recursos disponibles a la situación y activando inmediatamente los recursos necesarios”.

NOVENO.- Otorgado el 24 de septiembre de 2004 un nuevo trámite de audiencia al reclamante, con indicación de la relación de las actuaciones y documentación obrante hasta esa fecha en el expediente, no consta la presentación de nuevas alegaciones.

DÉCIMO.- Mediante escrito registrado en este Consejo Jurídico el 22/11/05, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicitó la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

ÚNDECIMO.- Mediante Acuerdo de 5 de junio de 2006, este Consejo Jurídico requirió a la Consejería consultante para que completara la documentación remitida con la preceptiva propuesta de resolución, siendo recibida mediante oficio registrado en este Consejo con fecha 7 de julio de 2006, y habiéndose formulado la misma el 20 de octubre de 2005, en sentido desestimatorio de la reclamación, fundado, en síntesis, en dos motivos: a) inexistencia de infracción de la *“lex artis ad hoc”* en la actuación médica realizada, aspecto en el que coinciden todos los informes médicos emitidos; y b) inexistencia de norma que establezca la obligatoriedad en los Centros de Asistencia Primaria de un monitor desfibrilador.

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 sobre 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 y procedimiento.

I. La reclamación se ha interpuesto por persona que ostenta legitimación al respecto, al ser el marido de la fallecida.

II. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo exigido en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y su reglamento de desarrollo en esta materia (Real Decreto 429/93, de 26 de marzo).

TERCERA.- Relación de causalidad entre el daño por el que se reclama y el funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios: falta de acreditación.

De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a responder por los daños y perjuicios que, causados por el funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

Aplicado lo anterior al ámbito de los servicios públicos sanitarios y, en concreto, al supuesto planteado en el caso sometido a Dictamen, la reclamación, con base en un informe pericial aportado por el interesado, se funda en la existencia de relación de causalidad entre el fallecimiento de la esposa del reclamante y la carencia en el Centro de Salud de Archena-Valle de Ricote de los medios necesarios para realizar una reanimación cardio-pulmonar (RCP) avanzada, apuntando el citado informe a estos efectos al monitor desfibrilador, indicando además que se desconoce si se disponía de fármacos como lidocaína o morfina y de sistemas de perfusión intravenosa, sugiriendo con ello la necesidad de todos estos medios para realizar la citada reanimación avanzada, que estima debe poderse realizar en un centro sanitario como el del caso.

El análisis jurídico de la cuestión planteada pasa por recordar, en primer lugar, y como viene reiterando la Jurisprudencia y la doctrina, que el instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial administrativa es de carácter exclusivamente resarcitorio de un daño producido a un tercero en un caso concreto, y no un instrumento sancionador para la Administración. Por ello, un hipotético funcionamiento anormal de un servicio público no es circunstancia suficiente para reconocer una indemnización si no puede considerarse razonablemente acreditado que ha causado, total o parcialmente y con arreglo a un criterio de imputación objetiva y adecuada, un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.

En el presente caso, la reclamación, al remitirse al informe médico que aporta el interesado, viene a alegar que el anormal funcionamiento del servicio público sanitario consistió en la falta de los medios terapéuticos que dicho informe estima necesarios para proceder a una reanimación cardiopulmonar avanzada; reanimación que dicho informe considera ser un servicio que debe ser prestado en todo caso por un Centro de Atención Primaria como el Centro de Salud de Archena al que acudió la paciente, no siendo relevante, por tanto, la presencia de una UVI móvil con tales medios terapéuticos (y, por tanto, no siéndolo la cuestión del tiempo de su llegada al Centro, tras su aviso).

Sin embargo y en lo tocante a la influencia que la falta de dichos medios pudiera haber tenido en las posibilidades de reanimación de la paciente, el citado informe señala que no puede decirse “*si con medios adecuados, habría sobrevivido o no*”. Esta afirmación, que es lógica dadas las limitaciones de la ciencia médica y de la naturaleza humana, tiene además, en el caso que nos ocupa, una previa y más determinante explicación, que resulta esencial para resolver la pretensión indemnizatoria, y que se refiere a la imposibilidad, sólo imputable a los familiares de la fallecida, de poder conocer, “*a posteriori*” del fallecimiento y mediante la oportuna autopsia, cuál era el estado y la patología cardíaca de la paciente, pues si dicha patología era de especial gravedad, hubiera resultado completamente ineficaz cualquier medio terapéutico que pudiera haberse empleado aun

cuando se hubiera dispuesto inmediatamente de los mismos. En este sentido, sin los datos del estado de la paciente que debiera haber aportado la autopsia, resulta imposible poder imputar el fallecimiento de la esposa del reclamante a la carencia de uno o varios determinados medios terapéuticos, ni siquiera plantearse una indemnización por el daño moral inherente a la incertidumbre sobre las posibilidades de supervivencia de la misma de haber dispuesto de tales medios, pues la jurisprudencia reciente ofrece ejemplos en los que se reconoce que, independientemente de que la Administración dispusiera o no de los recursos adecuados, si la patología cardíaca de la paciente era tan grave que, tras un infarto, la situación era irreversible, la hipotética insuficiencia de medios o recursos sanitarios no puede ser considerada como causante, ni siquiera parcialmente, de los daños morales producidos por el fallecimiento, ni reconoce, por tanto, indemnización siquiera por la incertidumbre de su eventual reanimación, al haberse concluido la razonable imposibilidad de tal recuperación, a la vista del estado actual de la ciencia y técnica sanitarias.

Así, en la STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2004, se parte del conocimiento de la patología cardíaca de la fallecida, que murió mientras se encontraba en la sala de espera de un Centro de Salud, siéndole practicadas correctamente actuaciones de reanimación cardiopulmonar básicas, falleciendo antes de que llegara la UVI móvil llamada al efecto. En dicho caso, se conocía que la paciente padecía una cardiopatía isquémica importante por haber sido tratada recientemente, y la Sala considera que *“nos encontramos ante un supuesto de muerte súbita, que representa aproximadamente alrededor del 12% de las muertes naturales y del 50% de todas las muertes de origen vascular, sin que a estos efectos pueda vincularse a una indebida o incorrecta praxis médica, sin que la actuación de la Administración pueda reputarse negligente, imprecavida o inobservante, como así se deduce de la prueba pericial desarrollada. Lo mismo puede decirse de la inexistencia de un mecanismo desfibrilador en el centro de Salud, en cuanto que tal instrumento no resulta de obligatoria presencia en este tipo de instalaciones sanitarias, sin que, por otro lado, pueda asegurarse que su utilización hubiera sido determinante para alterar el curso de los hechos”*.

El mismo Tribunal y Sala, en su sentencia de 31 de marzo de 2005, parte igualmente del conocimiento de la patología de la paciente, valorada por los peritos en el sentido del *“carácter mortal de la disección de la arteria descendente que compromete a la segunda diagonal, rama de la primera, caso que según la bibliografía examinada se corresponde con uno de los supuestos de alta mortalidad precoz, como lo pone de manifiesto el que, a pesar del masaje cardíaco efectuado por el médico vecino de la finada, de forma inmediata, fuera absolutamente ineficaz. De donde se colige la práctica inutilidad de la presencia de un desfibrilador, que hubiera debido portar la ambulancia medicalizada exigida y que a juicio de la demandante y de la sentencia, al no llegar a tiempo, fijó la existencia de la responsabilidad administrativa. No se puede aceptar, por lo dicho, lo razonado en la instancia. El nexo causal exigido ha quedado demostrado que no se produjo, y la sola fatalidad de la gravísima afección cardíaca a la que nada hubiera aportado el desfibrilador, según refiere el Perito Dr. B. en su intervención ante el tribunal de instancia. La misma gravedad que se deduce de la testifical de Don. J., recordemos que fue el medico presente durante todo el proceso, que consideró el intento de reanimación de totalmente ineficaz”*.

En el presente caso, se deben tener en cuenta las siguientes circunstancias:

1ª. La paciente falleció de un infarto agudo de miocardio, “*de cuyas características nada conocemos, ya que no existe registro electrocardiográfico*”, como señala el informe presentado por el reclamante. Y no existe tal registro porque, estando atendida por el facultativo, y cuando se iba a proceder a su monitorización, sufrió la brusca parada cardíaca que le llevó a la muerte, procediéndose entonces a practicar maniobras de reanimación cardio-pulmonar básica hasta la llegada de la UCI móvil que certifica el éxitus, proceder que se ha reconocido correcto por todos los informes emitidos. Las dudas sobre la etiología del infarto también son planteadas por el dictamen pericial de la compañía aseguradora, que frente al “*posible*” origen isquémico del infarto apuntado por el facultativo actuante en su informe de 3 de julio de 2002 ya reseñado, objeta la improbabilidad de tal isquemia, dada la edad y circunstancias de la paciente (informe de 2 de julio de 2003).

2ª. Ante la singularidad y dudas sobre el fallecimiento (paciente joven sin antecedentes conocidos de patologías cardíacas, que acude por su propio pie al Centro de Salud y que sufre una parada cardíaca fulminante en el momento de estar atendida por el médico, que ya le ha administrado cafinitrina sublingual), se informó a los familiares de la conveniencia de realizar la autopsia si se planteaban la posibilidad de emprender acciones legales. Descartada la autopsia a instancia judicial al no advertirse signos de muerte no natural, aquélla sólo procedía a instancia familiar, y es precisa para poder determinar con la necesaria fiabilidad (nunca al 100%, como es lógico, pero sí con mayores posibilidades que sin su realización), cuál era el estado de la paciente y la patología cardíaca que pudiera haber padecido. En este sentido, las conclusiones 4 y 5 del informe pericial de la compañía aseguradora no han sido desvirtuadas por una prueba pericial independiente que se pronunciara sobre la relevancia de la autopsia para averiguar la etiología del infarto y, en consecuencia, sobre la eventual eficacia del desfibrilador, que resulta inútil en determinados casos de patologías cardíacas, como indica el citado informe pericial y otros emitidos en supuestos análogos, como ponen de manifiesto las sentencias transcritas. Por otra parte, aun cuando los informes periciales no lo digan expresamente, no parece discutible que el hecho de que a la paciente no se le conocieran hasta ese momento patologías cardíacas no descarta que no las tuviera, ni que no pudieran haberse revelado de forma brusca e irreparable. En esta línea de razonamiento, en fin, parece moverse el parecer de la Inspección Médica del SMS (a pesar de ser excesivamente escueto), al considerar en sus informes que la causa a la que imputar la muerte ha de ser la gravedad de la patología de la paciente y la rapidez del suceso, sin que pueda concluirse la influencia en el óbito de los medios de que dispusiera o debiera disponer la Administración en el Centro de Salud.

Aun cuando este Consejo Jurídico es consciente de las difíciles circunstancias en que se encuentran los familiares en casos tan dolorosos como el presente, que enturbian o entorpecen la adopción de determinadas decisiones, ello no obsta para considerar también que una hipotética insuficiencia de medios, planteada en términos como la inexistencia de un desfibrilador en un Centro de Atención Primaria (aun cuando no fuese reglamentariamente exigible su presencia) y un fallecimiento por una causa cardíaca no determinada con la mínima fiabilidad exigible, no puede desencadenar la responsabilidad de la Administración sanitaria si no se acredita razonablemente (es decir, con todos los procedimientos disponibles y adecuados al caso, siempre con la limitada certeza inherente al proceso sanitario) que la carencia de esos medios ha influido, aun parcialmente, en la causación del daño por el que se reclama. En el presente caso, no puede determinarse

si los medios cuya inexistencia se constata (desfibrilador) o simplemente se plantea (determinados fármacos y sistema de perfusión) eran o no indicados en el tratamiento reanimador de la paciente, o bien, aun indicados, si puede decirse que hubieran tenido alguna virtualidad, pues para ello se necesitaba, al menos y en todo caso, vista la singularidad del supuesto, de una autopsia que hubiese aportado datos al respecto; sin que, como se dice, pueda utilizarse un situación de mayor o menor disponibilidad de medios para obtener un resarcimiento económico, que en tal caso constituiría realmente una sanción a la Administración por no disponer del citado recurso, pero sin que constase una necesaria y razonable convicción de que tal insuficiencia del medio pudo tener alguna influencia en la causación del daño por el que se reclama.

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

CONCLUSION

UNICA.- Al no quedar acreditada, en los términos expuestos en la Consideración Tercera de este Dictamen, la necesaria y adecuada relación de causalidad entre un anormal funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama indemnización, procede desestimar la reclamación objeto del presente expediente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 141/06.- Proyecto de Decreto de estructura orgánica del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia.

Consultante : Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 04/09/06

Extracto de Doctrina

No es apropiado que el Decreto de estructura regule ni el régimen jurídico aplicable, ni los fines, objetivos o funciones que corresponden al Instituto en su conjunto, como tampoco lo es que desarrolle el régimen de los órganos directivos del organismo. En relación a este último extremo, debe recordarse que la creación de sus órganos directivos -condición predicable del Director del Instituto no sólo porque el artículo 5 LISSL lo incardina entre los órganos de dirección del Organismo, sino también porque así se desprende de las funciones que le atribuye su artículo 10- corresponde a la Ley de creación (artículo 66.2 de la Ley 1/1988 y artículo 40.2, letra c) de la Ley 7/2004), por lo que a ella también corresponde el establecimiento de las funciones propias del órgano, en aplicación de lo establecido por el artículo 11.2, letra b) LPAC.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, el Organismo Autónomo Instituto de Seguridad y Salud Laboral, adscrito a la Consejería de Trabajo y Política Social, elabora un anteproyecto de Decreto por el que se modifica la estructura orgánica del Organismo.

El Proyecto consta, en el expediente acompañado, de la siguiente documentación:

- Propuesta, de fecha 7 de julio de 2005, del Director del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia (ISSL), dirigida a la Consejera de Trabajo y Política Social, para la tramitación como Decreto de una modificación de la estructura orgánica del Organismo.

- Propuesta, en el mismo sentido, de la Consejera de adscripción del Instituto.

- Informe de necesidad y oportunidad, emitido por el Servicio de Promoción, Normas, Estadística e Informática, que detalla las razones que amparan la propuesta de modificación efectuada, aludiendo, en esencia, a la necesidad de adaptar la estructura orgánica del Instituto al nuevo escenario legal surgido de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, que modifica la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), atribuyendo a los funcionarios técnicos del Instituto funciones comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo, que se suman a las que ya venían desempeñando de colaboración y asesoramiento técnico a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Asimismo, incide en la necesidad de modificar la estructura orgánica del Organismo la instauración -por Ley 3/2001, de 3 de julio, de modificación de la Ley 1/2000, de 27 de junio, de creación del Instituto de Seguridad y Salud Laboral (en adelante, LISSL)- de una Subdirección General Técnica. El Proyecto persigue concentrar en dicho órgano diversas funciones de carácter técnico, agrupando bajo su dependencia los Servicios que en la actualidad las desempeñan, separándolos de los puramente administrativos que seguirán dependiendo, directamente, de la Dirección del Instituto.

- Certificación expedida por el Secretario del Consejo de Dirección del Organismo, según la cual el referido órgano aprobó el anteproyecto y acordó dar conocimiento de él a la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral.

- Certificación del Secretario de la citada Comisión, acreditativa de la toma de conocimiento del anteproyecto.

- Memoria económica, que analiza los costes derivados de la creación de dos unidades (la Subdirección General Técnica y una Sección), que singulariza en un incremento del Capítulo I (gastos de personal) de 95.495,20 euros, que serán sufragados con las economías generadas por la supresión de diversos puestos de trabajo que ascienden a 98.720,27 euros. En consecuencia, la nueva estructura genera un ahorro de 3.225,07 euros.

- Certificación expedida por el Secretario del Consejo Regional de la Función Pública, según la cual el anteproyecto fue informado favorablemente por el referido órgano consultivo.

- Informe favorable de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas sobre la propuesta de modificación de la Relación de Puestos de Trabajo del Instituto, que

incorpora tanto la creación de los puestos correspondientes a las nuevas unidades como la supresión de aquellos otros de donde derivan las economías que permiten financiar la modificación organizativa.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de diciembre de 2005, el Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de la Función Pública emite informe favorable al Proyecto.

TERCERO.- El 29 de diciembre de 2005, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda emite informe favorable al Proyecto, si bien formula dos observaciones:

a) La conveniencia de adecuar el título o denominación de la norma a la verdadera naturaleza de ésta, por cuanto el texto revela no una mera modificación de la estructura en vigor, sino una nueva que vendrá a sustituir a la existente.

b) Recuerda la doctrina del Consejo Jurídico relativa a la incidencia de la Disposición Transitoria primera de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sobre el régimen jurídico aplicable a aquellos organismos autónomos que aún no hayan procedido a adaptar su régimen al establecido por la referida Ley. En este sentido, recuerda cómo este Órgano Consultivo viene sugiriendo la conveniencia de efectuar dicha adaptación antes de la aprobación de las nuevas estructuras orgánicas.

CUARTO.- También el 29 de diciembre de 2005 se emite informe de la Vicesecretaría, que concluye afirmando la necesidad de recabar el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y el del Consejo Jurídico.

QUINTO.- Remitido el expediente a la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta informa favorablemente el Proyecto, si bien formula diversas observaciones que serán plenamente asumidas por el ISSL, según consta en informe elaborado por su Servicio de Gestión Económica y Personal, dando así lugar a un nuevo texto, que cabe considerar como definitivo, en tanto que última versión del anteproyecto obrante en el expediente.

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 18 de mayo de 2006.

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. El Proyecto sometido a consulta,

en tanto que desarrolla la estructura orgánica del organismo autónomo creado por la LISSL, requiere nuestro Dictamen preceptivo.

SEGUNDA.- Del régimen jurídico aplicable al ISSL: la Disposición Transitoria primera de la Ley 7/2004.

Como de manera reiterada viene sosteniendo el Consejo Jurídico, la Disposición Transitoria primera de la Ley 7/2004 demora la entrada en vigor de las disposiciones que sobre los organismos autónomos se contienen en la referida Ley, al momento en que se proceda a la adecuación del régimen de cada organismo a lo en ella dispuesto. En efecto, el apartado 1 de dicho precepto establece que, *“sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones contenidas en el título primero de esta Ley (artículos 1 a 9) y de las competencias de control atribuidas en la misma a la consejería de adscripción, los organismos autónomos y las demás entidades de Derecho público existentes, se seguirán rigiendo por la normativa vigente a la entrada en vigor de esta ley, hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma”*.

De acuerdo con el precepto transcrito, y dado que no consta que se haya procedido a la adecuación del ISSL a la regulación que sobre organismos autónomos contiene la Ley 7/2004, el régimen aplicable a aquél en materia de organización no se ha visto afectado todavía por la nueva norma, que deja vigente, de manera transitoria, no sólo lo establecido en la Ley de creación del organismo, sino también el régimen general aplicable a los mismos, contenido en el Título VI de la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia.

La citada disposición de la Ley 7/2004 pretende establecer un régimen transitorio que permita una gradual adecuación de los entes que a la entrada en vigor de la Ley conforman la Administración instrumental de la Comunidad Autónoma, para permitir su paso de una regulación a otra sin las brusquedades e incertidumbres que se producirían si se declarara sin más la vigencia del nuevo régimen, lo que obligaría a considerar derogado todo aquello que resultara incompatible con el mismo en virtud del aforismo *“posteriora derogant prioribus”*, según el cual la ley posterior deroga a la anterior.

La adecuación debe realizarse de una forma reflexiva y completa, debiendo tender a evitar, en aras de un elemental principio de seguridad jurídica, las posibles antinomias y dificultades interpretativas que derivan de la sucesión de regímenes. Sólo así podrá alcanzarse la finalidad perseguida con la disposición, pues sólo cuando se haya producido la adaptación, podrá ser aplicado el nuevo régimen. Para dicho proceso, el apartado 3 de la disposición establece un plazo máximo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2004.

La actuación descrita es configurada como necesaria por la Ley, y a ella habrán de someterse todos los organismos autónomos existentes. Sea cual sea el alcance que la adaptación del ISSL a las previsiones de la nueva Ley requiera, lo cierto es que cualquier estructura orgánica que se apruebe en la actualidad vendrá marcada por una cierta provisionalidad. De ahí que, quizás, lo más adecuado fuera efectuar primero la adaptación del régimen del Instituto a las previsiones de la Ley 7/2004 para, posteriormente, proceder a la aprobación, si se quiere simultánea, de la estructura orgánica y de unos Estatutos (artículo 41 de Ley 7/2004) que desarrollen con carácter general el régimen del Organismo.

TERCERA.- Habilitación competencial y procedimiento.

a) Como ha quedado expuesto el Proyecto desarrolla la LISSL, cuyo artículo 21 dispone que la estructura orgánica inicial del Instituto se creará por Decreto del Consejo de Gobierno, a iniciativa del Consejero competente en materia de Trabajo y a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda. Este esquema procedimental resulta acorde con el sistema establecido en el artículo 66 de la Ley 1/1988, según el cual la Ley creadora del organismo fija las bases generales de su organización (art. 66.2), mientras que corresponde al Consejo de Gobierno el desarrollo, mediante Decreto, del régimen jurídico establecido en aquélla (63.3). Del mismo modo, también sería acorde con el sistema establecido por el artículo 14.2 de la Ley 7/2004, según el cual corresponde al Consejo de Gobierno, a iniciativa de los Consejeros afectados, previo informe de la citada Consejería, y a propuesta del Consejero competente en materia de organización administrativa, el establecimiento o modificación, por Decreto, de la estructura orgánica de cada Consejería y sus organismos públicos, de acuerdo con lo que disponga su Ley de creación.

b) El procedimiento del artículo 14.2 de la Ley 7/2004 es el que se ha seguido para la tramitación del Proyecto, el cual coincide sustancialmente (salvo en lo referente al carácter del informe antedicho) con el establecido en el artículo 47.2 de la Ley 1/1988, por lo que cabe entender cumplidas las normas de elaboración de las estructuras orgánicas de los organismos públicos establecidas en la regulación general de tales entes, conclusión que sólo quedará completa si, además, se han llevado a efecto todos los trámites que, para la aprobación de las estructuras en el seno del propio organismo autónomo, contiene su Ley de creación.

Con carácter previo, será necesario determinar si los requisitos formales adicionales que el artículo 21 LISSL establece para la aprobación de la “*estructura orgánica inicial*” son exigibles en las sucesivas modificaciones organizativas o si, por el contrario, únicamente fueron preceptivos en el momento de aprobar la primigenia estructura del Organismo, otorgando un significado estrictamente temporal a la expresión “inicial”.

Considera el Consejo Jurídico que una lectura del artículo a la luz de los criterios hermenéuticos sistemático y contextual (artículo 3.1 del Código Civil) parece descartar esta última interpretación, atendida la ubicación del precepto en el articulado y no en la parte final de la Ley, situación que no parece adecuada para una norma que hubiera de agotar su vigencia en su primera aplicación. Así, habría que entender el término “inicial” en su acepción de “origen” de toda la organización del Instituto, siendo susceptible de ser desarrollada en unidades inferiores, en un proceso de concreción sucesiva que tenía su reflejo expreso en el artículo 47.3 de la Ley 1/1988 y hoy en el artículo 14.3 de la Ley 7/2004.

A mayor abundamiento, la tramitación seguida por el Proyecto apoya esta interpretación, pues consta en el expediente que se puso en conocimiento de la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral la propuesta de estructura que dio lugar al Proyecto de Decreto objeto de Dictamen, tal y como exige el precepto de la Ley de creación.

Puede concluirse, pues, que el segundo párrafo del artículo 21.1 LISSL establece dos requisitos procedimentales adicionales a los de general aplicación para la elaboración de las estructuras de organismos autónomos, los cuales habrán de ser respetados en la

elaboración tanto de las estructuras orgánicas del Instituto como en su modificación. Tales trámites son los siguientes:

1) Oír a las organizaciones sindicales más representativas.

No especifica el precepto legal el ámbito de la representatividad, lo que puede dar lugar a dudas interpretativas atendidas las funciones que desempeña el Organismo. En efecto, en tanto que extiende su actividad a todas las relaciones laborales existentes en la Región de Murcia, podría considerarse que la representatividad sindical debería venir referida a dicho ámbito y no únicamente al de la Administración regional. No obstante, al insertarse la norma en un precepto que se intitula como “del régimen jurídico del personal”, cabe acudir a la interpretación más restringida, en el entendimiento de que lo que se persigue es garantizar la participación de los representantes del personal del Instituto en la elaboración de las estructuras orgánicas, normas con una evidente repercusión en las condiciones de trabajo de sus empleados. Ello, además, sería coherente con lo establecido en el artículo 34.2 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

No consta en el expediente el cumplimiento del trámite. Ello no obstante, y dado su carácter de mera comunicación del texto y recepción de observaciones (finalidad que ya quedó materialmente cumplida con ocasión de la consulta al Consejo Regional de la Función Pública, órgano que en su composición cuenta con presencia de los representantes del personal), considera el Consejo Jurídico que puede dictaminar sobre el fondo.

2) El segundo de los trámites adicionales consiste en poner en conocimiento de la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral la propuesta de estructura definitiva elaborada por el Consejo de Dirección, oído el Director. Si bien no consta el cumplimiento de esta última exigencia, lo cierto es que el hecho de ser él mismo quien eleva a la Consejera de Trabajo y Política Social la propuesta de anteproyecto, permite entender cumplido el trámite.

c) No se identifica en el expediente el texto definitivo de la disposición, verdadero objeto de la consulta. A tal efecto, el Consejo Jurídico ha considerado que dicha condición corresponde al remitido por la Dirección General de la Función Pública a la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, con posterioridad a la emisión del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

Aunque se encuentra rubricado en todas sus páginas, el texto no permite identificar al firmante, lo que impide conocer si dicha rúbrica otorga a la copia el carácter de autorizada, tal y como exige el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

No obstante, al ser la propia Consejera de Economía y Hacienda quien solicita el Dictamen de este Órgano Consultivo, cabe entender que conoce y asume como propio el contenido del Proyecto. Del mismo modo, permite entender formulada la propuesta, que también falta, de la Consejera de Economía y Hacienda al Consejo de Gobierno, para la tramitación del Proyecto como Decreto.

CUARTA.- Observaciones de carácter general.

1. Alcance del Dictamen.

Debe recordarse que el contenido del Proyecto sometido a consulta es el fruto de la potestad de autoorganización que corresponde a toda Administración pública para diseñar las estructuras organizativas que den soporte a sus actividades y que, en lo que afecta a la Administración regional, viene consagrada en el artículo 51 del Estatuto de Autonomía, atribuyendo a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de su propia Administración pública, dentro de los principios y normas básicas del Estado, fijando en su apartado 2 los principios a que deberá ajustarse esa organización. Por su parte, el artículo 52 remite a una Ley la determinación del régimen jurídico de la referida Administración pública regional. Dicha Ley, en lo que se refiere a los organismos autónomos, y hasta tanto entre en vigor para cada uno de ellos la normativa que sobre los mismos contiene la Ley 7/2004, no es otra que la 1/1988, a los que dedica el Capítulo II de su Título VI.

El respeto a la citada potestad autoorganizativa ejercitada por el órgano competente, así como la naturaleza y funciones de este Consejo Jurídico, determinan que el presente Dictamen deba ceñirse a efectuar un juicio de legalidad del Proyecto sometido a consulta, mediante su contraste con las normas indicadas y con la normativa sectorial aplicable, sin perjuicio de realizar también aquellas observaciones que, desde la óptica de la técnica normativa, puedan contribuir a la mejora del texto.

2. La reproducción en el reglamento de normas de origen legal.

Es constante la doctrina de este Consejo Jurídico, deudora de la del Consejo de Estado, que advierte sobre los riesgos que conlleva la utilización de la técnica conocida como “lex repetita”, poniendo de manifiesto, además, la conveniencia de evitarla en la medida de lo posible. Parte sustancial de la referida doctrina son las sugerencias que, para evitar tales riesgos, vienen apuntando los órganos consultivos, tales como dejar expresa constancia del origen legal de la norma mediante la cita del precepto reproducido y proceder a la transcripción literal del artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

El examen del texto sometido a consulta permite advertir la presencia de determinados preceptos que, siendo reproducción de normas legales, no contienen una referencia expresa a su origen (artículos 1, 3.1 y 4), o bien alteran o suprimen parcialmente el contenido del precepto legal al reproducirlo en la norma reglamentaria (artículo 1).

3. La omisión en el Decreto de estructura de funciones legalmente atribuidas al Organismo.

A la Subdirección General Técnica y a las unidades de ella dependientes se les asignan buena parte de las funciones que el artículo 4 de la Ley de creación del Organismo atribuye a éste. No obstante, algunas de las consignadas en el precepto legal no tienen su reflejo entre las propias de la Subdirección ni de los Servicios de Seguridad y Formación y de Higiene Industrial y Salud Laboral, aun cuando su desempeño efectivo debería corresponder a tales unidades, en tanto que verdadera columna vertebral de la organización técnica del Instituto.

Así ocurre con las siguientes funciones contempladas en el artículo 4.1 LISSL:

- Tramitación, evaluación y custodia de los partes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (letra b). Los artículos 5 y 6 del Proyecto sólo aluden a la recepción y registro informatizado de tales partes.

- Informar los expedientes de aperturas de centros de trabajo en relación con el cumplimiento de los aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales (letra s).

- Recepción, registro y custodia de la documentación remitida a la autoridad laboral por las empresas que cesen en su actividad (letra w).

- Colaboración con las autoridades educativas para el desarrollo de los programas preventivos en los centros de enseñanza (letra x).

Por otra parte, la división de los servicios técnicos del Organismo en dos unidades (Servicio de Seguridad y Formación, de un lado, y Servicio de Higiene Industrial y Salud Laboral, de otro), permite una distribución funcional según la cual, *grosso modo*, el primero desempeña las competencias del Instituto en materia de accidentes de trabajo, mientras que el segundo hace lo propio con las relativas a las enfermedades profesionales. Ahora bien, el artículo 4.1, letras a) y b) LISSL introduce, junto a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, un tercer concepto, el de “*demás daños derivados de las condiciones de trabajo*”, respecto de los cuales el Proyecto no establece a quién corresponde efectuar las funciones establecidas en los referidos preceptos legales.

Considera el Consejo Jurídico que debería completarse el Proyecto mediante la concreta atribución a alguna de las unidades contempladas en el mismo de aquellas funciones que, correspondiendo por Ley al Organismo, han sido omitidas en el texto.

4. El limitado objeto de los Decretos de estructura orgánica.

El ámbito material propio del Decreto de estructura es la creación y definición de la organización instrumental en que los órganos legalmente determinados han de apoyarse para el cumplimiento de las funciones y fines que les asigna la Ley de creación del organismo. Estas normas reglamentarias organizativas crean unidades administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 7/2004, a cuya regulación deben limitar su contenido.

Por ello, no es apropiado que el Decreto de estructura regule ni el régimen jurídico aplicable, ni los fines, objetivos o funciones que corresponden al Instituto en su conjunto, como tampoco lo es que desarrolle el régimen de los órganos directivos del organismo. En relación a este último extremo, debe recordarse que la creación de sus órganos directivos -condición predicable del Director del Instituto no sólo porque el artículo 5 LISSL lo incardina entre los órganos de dirección del Organismo, sino también porque así se desprende de las funciones que le atribuye su artículo 10- corresponde a la Ley de creación (artículo 66.2 de la Ley 1/1988 y artículo 40.2, letra c) de la Ley 7/2004), por lo que a ella también corresponde el establecimiento de las funciones propias del órgano, en aplicación de lo establecido por el artículo 11.2, letra b) LPAC.

Consecuencia de lo expuesto es que los artículos 1 y 3 del Proyecto no responden al ámbito propio de los Decretos de estructura y deberían ser suprimidos, por tener un mejor encaje en los estatutos, que no se han realizado conforme a la nueva Ley 7/2004, pudiendo destinar el artículo 1 a regular el objeto de la disposición, que no es otro que la aprobación de la estructura orgánica del Organismo.

5. Una observación de técnica normativa.

El Proyecto, al alcanzar la parte final de la norma, abandona la correcta técnica de encabezar cada precepto con un epígrafe expresivo de su contenido, lo que debe ser corregido.

QUINTA.- Observaciones particulares.

1. Exposición de Motivos.

En el segundo párrafo, debe añadirse la preposición “a” delante de “otros servicios”. Del mismo modo, debe efectuarse una revisión ortográfica para colocar diversas tildes omitidas.

Esta última observación resulta extensible al resto del texto sometido a consulta.

En la cuarta línea del párrafo primero, se debe corregir “instituto” poniéndolo en mayúscula, y en la última línea de ese mismo párrafo, “de los efectivos que dispone” debe decir “a los efectivos de que dispone”.

2. Artículo 2.1, letra b).

Debe escribirse con inicial mayúscula la palabra “Laboral”.

3. Artículo 5. Servicio de Seguridad y Formación.

En el apartado 1, letra i) convendría incluir una referencia a la previsión legal de dicha función, en tanto que el artículo 4.1, letra l) LISSL, que la contiene, resulta mucho más detallado y preciso que el precepto reglamentario.

Esta observación es extensible al artículo 6.1, letra h) del Proyecto.

4. Artículo 6. Servicio de Higiene Industrial y Salud Laboral.

a) Si bien el apartado 1, en expresión ya clásica de los decretos organizativos regionales, atribuye al Servicio, entre otras, diversas funciones de contenido jerárquico sobre las unidades de él dependientes, en el supuesto concreto examinado dicha atribución es un conjunto vacío, dada la aparente ausencia de unidades encuadradas en el Servicio, el cual, para el ejercicio de sus competencias únicamente contará con “los técnicos que se determinen en la relación de puestos de trabajo”.

b) En el apartado 1, letra c), debe corregirse el error ortográfico cometido al escribir la preposición “para”.

c) Las funciones designadas con las letras n) y o) deberían intercambiar su orden, quedando la actual n) como norma de cierre del elenco funcional propio del Servicio.

En la enumeración no debe omitirse la letra ñ).

5. Artículo 7. Servicio Jurídico y de Gestión.

a) Este Servicio se configura en el Proyecto como el gestor de las subvenciones para el fomento de la prevención. Así, el apartado 1, letra c), tras asignarle la gestión de las ayudas, becas y subvenciones sobre prevención de riesgos laborales, de carácter propio o transferidas, le atribuye también la “publicación de convocatorias, la tramitación, propuesta de resolución y seguimiento”.

Las actuaciones transcritas pueden ser reconducidas al término “gestión”, aun cuando la redacción actual del precepto parece apuntar a realidades diferentes. Por ello, y en orden a evitar cualquier confusión de las funciones asignadas al Servicio con la gestión presupuestaria de las ayudas (artículo 28 y siguientes de la Ley 7/2005, de 18

de noviembre, de Subvenciones de la Región de Murcia, en adelante LS), convendría suprimir la referencia a la “gestión”, describiendo el precepto las concretas actuaciones que ha de realizar la unidad en relación con las subvenciones.

Asimismo, el término “tramitación” podría sustituirse por el más preciso de “instrucción” (artículo 18 LS).

b) Las funciones consignadas con las letras a) y g) del apartado 1 son parcialmente coincidentes y podrían ser refundidas en una sola.

6. Artículo 8. Servicio de Gestión Económica y Personal.

a) En el apartado 1, letra f) debe consignarse en masculino el término “relativas”.

b) El apartado 3 debería homogeneizarse con el resto de preceptos del Proyecto y subdividirse internamente, atribuyendo a cada función una letra.

En este mismo apartado, es innecesaria la asignación de la función consistente en tramitar expedientes administrativos, pues ésta es consustancial a cualquier unidad administrativa. Todo ello, además, al margen de la imprecisión en que se incurre cuando se otorga tal función sin establecer una mínima limitación por razón de la materia de los expedientes o, mejor, procedimientos a que viene referida.

7. Disposición Adicional primera.

Debe suprimirse la palabra “que” consignada por error tras “características”.

8. Disposición Adicional segunda.

Contiene esta disposición una cláusula de salvaguardia de las funciones que corresponden a otras unidades administrativas de las Consejerías de Sanidad y de Industria y Medio Ambiente. Esta medida, que cabe calificar de prudente y acertada, pues con el presente Proyecto no se pretende modificar la distribución funcional efectuada por otros Decretos de estructura orgánica, quizás debiera reformularse para no quedar limitada a los referidos Departamentos (cuya actuación en la materia está fundamentada por la propia Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, artículos 10 y 11, con remisión expresa a la legislación sectorial de Sanidad e Industria), sino ampliarse a cualesquiera unidades de la Administración regional que ostentan funciones fronterizas o conexas con el ámbito material propio del ISSL. Sirva como ejemplo el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales dependiente de la Dirección General de la Función Pública, sobre cuyas funciones de coordinación general de la prevención de riesgos laborales en la Administración regional y de asesoramiento, asistencia y apoyo en la materia a los órganos, unidades y personal de la misma (artículo 65.1, Decreto 32/2006, de 21 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda), inciden las asignadas a los servicios técnicos del Instituto por los artículos 5.1, letra e) y 6.1, letra f) del Proyecto.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente el Proyecto de Decreto sometido a consulta, con las observaciones efectuadas que, de incorporarse al texto, lo mejorarían técnicamente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 142/06.- Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia.

Consultante : Consejero de Presidencia

Fecha: 04/09/06

Extracto de Doctrina

Debe seguirse el principio de que en cada Proyecto normativo se incluyan las determinaciones propias del específico objeto de cada uno de ellos (aparte las imprescindibles remisiones que demandan la comprensión y coordinación normativas).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 6 de abril de 2006, el Director General de Deportes de esta Administración regional formuló una propuesta para la iniciación del procedimiento para la aprobación de un Decreto regulador del Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, creado por el artículo 56 de la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (en adelante, LDMU). Dicha propuesta fue elevada a la Secretaría General de la Consejería de Presidencia acompañada de un borrador de Proyecto de Decreto, una memoria justificativa de su oportunidad, un informe sobre la incidencia económica de la futura norma y otro sobre su impacto por razón de género, todos ellos con la reseñada fecha.

SEGUNDO.- El 17 de abril siguiente, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería emitió informe en el que señaló que no había de realizar observaciones de carácter sustantivo sobre el borrador remitido, en cuanto se ajustaba a lo informado previamente por dicho Servicio el 28 de marzo anterior en relación con un primer borrador de Proyecto. En consecuencia, se limitó a reseñar los trámites y actuaciones que consideró preceptivos para la aprobación del texto en cuestión.

TERCERO.- El 19 de abril de 2006, el Vicesecretario de la Consejería emitió su preceptivo informe, favorable a la aprobación del Proyecto, previos los informes preceptivos.

CUARTO.- El 3 de mayo de 2006, el Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia informa favorablemente el Proyecto de Decreto que se le había sometido a su consideración, según consta en la certificación de 4 de mayo siguiente extendida al efecto por su Secretario.

QUINTO.- Solicitado el preceptivo informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 19 de mayo de 2006, favorable a la aprobación del Proyecto, previa incorporación al expediente de una certificación de la sesión del citado Consejo Asesor en la que constaran las deliberaciones de dicho órgano consultivo sobre el texto analizado, por considerar insuficiente, a efectos de la instrucción, la mera certificación del sentido del voto de dicho Consejo; también se advierte la necesidad de otorgar un trámite de audiencia a las Federaciones deportivas regionales, por afectar el Proyecto a sus derechos e intereses legítimos. Asimismo, estima conveniente solicitar el parecer de las diferentes Consejerías y Organismos de la Administración regional, del Comité de

Disciplina Deportiva de la Región de Murcia y de la Junta de Garantías Electorales del Deporte de la Región de Murcia.

En cuanto al fondo del Proyecto, realiza observaciones para la mejora técnica del texto, de carácter no sustancial.

SSEXTO.- Mediante oficio de fecha 31 de mayo de 2006, el Director General de Deportes remite un borrador de Proyecto a las diferentes Federaciones deportivas regionales a fin de que puedan formular las oportunas alegaciones.

SSEXTIMO.- El 28 de junio siguiente, el citado Director emite informe en el que, tras resumir las actuaciones practicadas, señala que se incorpora al expediente un extracto de las consideraciones realizadas por el Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia al borrador del Proyecto sometido en su día a su informe; asimismo, indica que no se han presentado alegaciones por las Federaciones deportivas consultadas y que, al tratarse el Proyecto de una norma de carácter interno y organizativo, no incide en ningún ámbito material que deba ser objeto de informe de otros organismos diferentes de los consultados. En cuanto al fondo de las observaciones realizadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, señala que se han incorporado a un nuevo borrador.

SSEXTAO.- El 30 de junio de 2006, el Vicesecretario de la Consejería de Presidencia emite nuevo informe, sustancialmente igual al emitido en su momento, favorable a la aprobación del nuevo borrador elaborado, previo dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SSEXVENO.- Consta en el expediente remitido texto autorizado por el Consejero de Presidencia el 30 de junio de 2006 relativo a un Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia (folios 103 a 114).

SSEXSIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 11 de julio de 2006, la Secretaria General de la Presidencia, 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 Proyecto de Decreto que constituye un desarrollo reglamentario de la LDMU, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/97, de 19 de julio, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Conforme se desprende de los antecedentes reseñados, la Dirección General de Deportes, con carácter previo a la iniciación formal del expediente (mediante la formalización de la propuesta a la Consejería a que se refiere el artículo 53.1 de la Ley 6/04, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia), elaboró un inicial borrador de Proyecto de Decreto, que remitió a

su Secretaría General para su informe, el cual se dice que fue emitido el 28 de marzo de 2006 y que no ha sido remitido a este Consejo Jurídico, como tampoco ese primer borrador. Aun cuando no hay obstáculo para que el Centro Directivo competente realice actuaciones preparatorias en el seno de su Consejería, previas a la formal iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos, tales actuaciones deben incorporarse al expediente que posteriormente incoe, con el objeto de completar la instrucción de los comparecientes e informantes en el mismo, máxime en casos como el presente en que, tras la realización de dicho informe, no consta otro del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería competente relativo a las cuestiones sustantivas o de fondo del Proyecto en cuestión. No obstante lo anterior, el contenido del Proyecto remitido y otros antecedentes normativos sobre la materia permiten entrar sin mayor dilación en su análisis de fondo, una vez constan cumplimentados los trámites de audiencia (consulta a las Federaciones deportivas regionales y al Consejo Asesor Regional del Deporte, si bien sin incorporar al expediente la certificación relativa a las deliberaciones de dicho órgano sobre el borrador que le fue remitido en su día para su informe) y los informes preceptivos (memoria justificativa y económica y los informes sobre impacto por razón de género, de la Vicesecretaría y de la Dirección de los Servicios Jurídicos).

TERCERA.- Estructura del Proyecto objeto de Dictamen.

El proyecto de Decreto objeto de Dictamen consta de un Preámbulo, 22 artículos, una Disposición Adicional, cuatro Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

Los artículos se dividen así:

-Título I: “*Disposiciones generales*” (arts. 1 a 6).

-Título II: “*De la inscripción*”, dividido en un Capítulo I (“*Disposiciones generales*”, arts. 7 a 11) y un Capítulo II (“*Especificidades en función de los diferentes actos inscribibles*”, arts. 12 a 22).

CUARTA.- Competencia autonómica y habilitación legal.

A la vista del contenido del Proyecto en cuestión, no existen objeciones que formular sobre su encuadre en la competencia autonómica sobre promoción del deporte (artículo 10.Uno.17 del Estatuto de Autonomía) y sobre su habilitación y amparo legal, al constituir un correcto desarrollo del Título VI (“*Del Registro de Entidades Deportivas*”) de la LDMU. En este punto, hemos de remitirnos a los Dictámenes de este Consejo Jurídico 19/00, 119/06 y 133/06, sobre el Anteproyecto de la LDMU hoy vigente y sobre los Proyectos de Decretos reguladores de las Federaciones deportivas regionales y de los clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva, respectivamente, de posterior comentario.

Sin perjuicio de lo anterior, y como análogamente señalamos en el Dictamen 119/06 sobre un precepto similar a la Disposición Final Primera del Proyecto ahora dictaminado -sobre una habilitación al Consejero para la aprobación de disposiciones reglamentarias de desarrollo del futuro Decreto-, dicha Disposición resulta “*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”, cuya atribución ya se infiere de dicha Ley.

QUINTA.- Otras observaciones.

-Título de la disposición y referencias al Registro objeto de la misma.

Para ajustarse a lo establecido en el artículo 56 LDMU, en el título de la norma y todas las menciones que en ella se hacen al Registro que regula, debe completarse su denominación haciendo referencia al Registro de Entidades Deportivas *“de la Comunidad Autónoma”* de la Región de Murcia.

- Preámbulo.

Resulta conveniente eliminar esta denominación 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.

Por otra parte, debe revisarse el empleo de los signos de puntuación, especialmente de las comas, con el objeto de facilitar la lectura.

- Artículos 2.1 y 3.1, 2 y 3.

Por las razones expresadas en el Dictamen 133/06, deben realizarse las siguientes precisiones en estos artículos, con el objeto de evitar innecesarias dudas de articulación competencial del Proyecto con el ordenamiento deportivo estatal (ya suscitadas por el Estado con ocasión de un precepto de la LDMU, vid. nuestro Dictamen 77/00), o para aclarar el alcance de alguna de las determinaciones incluidas en la LDMU y en los Proyectos ya dictaminados sobre el régimen jurídico de las entidades deportivas.

a) Artículos 2.1 y 3.1.

Para delimitar el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma en lo que atañe a las entidades de promoción y recreación deportiva, y para coordinar el Proyecto con la norma reguladora del Registro estatal de asociaciones deportivas (Consideración Cuarta, III del citado Dictamen 133/06), en el proyectado artículo 2.1 debería añadirse: *“... y, además, en el caso de las entidades de promoción y recreación deportiva, cuyo ámbito de actuación esté limitado al territorio de esta Comunidad. Lo dispuesto en este Decreto se entenderá sin perjuicio de lo establecido en el Real Decreto 1252/1999, de 16 de julio, ...”*, o fórmula similar.

Igualmente, en el previsto artículo 3.1, debería precisarse: *“... domicilio social en la Región de Murcia y, además, en el caso de las entidades de promoción y recreación deportiva, cuyo ámbito de actuación esté limitado al territorio regional, deberán inscribirse en el Registro ...”*.

b) Por lo que se refiere al artículo 3.2 proyectado, sería conveniente aclarar, tal y como indicábamos en la Consideración Cuarta, I del indicado Dictamen, para evitar dudas sobre el respeto del Proyecto al derecho fundamental de asociación, que la inscripción en el Registro en cuestión es requisito indispensable *“para el reconocimiento oficial, a los efectos de la LDMU, de la actividad de las entidades deportivas ...”*, mejor que lo que dispone el proyecto (y la propia LDMU) en el sentido de que la inscripción es

requisito previo para “*la iniciación de la actividad*” de las entidades deportivas. Con ello, el reglamento cumpliría una función de aclaración de un extremo que en la Ley podría suscitar dudas de relevancia constitucional.

c) Con la misma finalidad de seguir lo indicado tanto en el citado Dictamen como en el 119/06, sobre el Proyecto de Decreto relativo a las Federaciones deportivas regionales, no resulta adecuado que el proyectado artículo 3.3 se refiera a las competiciones oficiales de ámbito nacional, pues, aun sin contradecir la actual normativa estatal sobre deporte, es una materia ajena a la competencia autonómica.

En este sentido, y considerando que el objeto del presente Proyecto es el Registro que regula, resulta más apropiado establecer en este precepto que la inscripción del club deportivo y, en su caso, de la sociedad anónima deportiva, será requisito previo para solicitar su integración en la federación deportiva regional correspondiente. Cuestión distinta (y ya regulada tanto en la Ley estatal 10/90 como en la LDMU) será la necesidad de estar integrado en una federación autonómica o estatal, o la de estar previamente inscrito en uno u otro Registro de asociaciones deportivas (o incluso en otro registro autonómico), pues ello se regirá por lo dispuesto por el citado RD 1252/99 en coordinación con las respectivas normas autonómicas (en nuestro caso, con el presente Proyecto y los que fueron objeto de los repetidos Dictámenes 119 y 133/06). Así pues, con el apuntado contenido que debiera tener el proyectado artículo 3.3, el Proyecto que nos ocupa se coordinaría con el artículo 42,a) del Proyecto de Decreto sobre Federaciones Deportivas de la Región de Murcia, que exige la inscripción del club deportivo en el Registro autonómico como requisito para su integración en la respectiva federación regional. Ello ha de entenderse sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Adicional Única del reseñado Proyecto que, recordemos, exime de la inscripción en el Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a efectos de su integración en la respectiva Federación regional y consiguiente participación en las competiciones oficiales organizadas por ésta, a los clubes deportivos que, con sede social en otras Comunidades Autónomas, a la entrada en vigor de dicho futuro Decreto estuvieran participando en alguna de esas competiciones, es decir, estuvieran ya integrados en la federación regional, en cuyo caso podrán renovar periódicamente su integración -vía licencia, como es sabido- y, por tanto, seguir estando habilitados para participar en las competiciones oficiales que organice dicha federación, sin necesidad de la mencionada inscripción.

- Artículo 4.2.

Suprimir las comas tras “*entidades deportivas*” y “*error o confusión*”. Modificar: “... *no podrán* (en plural) *ser utilizadas* ...”.

- Artículo 5.

Suprimir la coma tras “*Región de Murcia*” y modificar: “*Sociedades Anónimas Deportivas*”.

- Artículo 10.1 y 3.

En el número 1, y conforme con lo establecido en todo el Proyecto, la referencia al Director General de Deportes debe sustituirse por la de “*el titular de la Dirección General competente en materia de deporte*”.

En el número 3 debería evitarse la redundancia: “... *podrán ser recurridos en alzada*”

ante el titular de la Consejería (...) en los términos y plazos establecidos en la Ley 30/1992 ...”, o frase similar.

- Artículo 11.1, f), 2 y 3.

En el número 1, f), corregir: “*nombre y apellidos de los miembros ...*”.

En el número 2, corregir: “*resolución del titular de la Dirección General ...*”.

En el número 3, suprimir la coma tras “*se expidan*”.

- Artículo 15.2.

El requisito de la publicación en el BORM de la aprobación administrativa de los estatutos y reglamentos federativos es cuestión ajena (una fase posterior) a su inscripción en el Registro, que es el objeto del Proyecto que nos ocupa. Considerando, además, que lo que establece este precepto ya se contiene en los artículos 43 LDMU y 13 del Proyecto de Decreto sobre federaciones deportivas, resulta inadecuada su repetición en el presente Proyecto.

- Artículo 18.1, 2, 4 y 5.

En su Título y número 1, a la referencia al “*reconocimiento*” debería añadirse la expresión “*e inscripción registral*”, para ajustarse a la fórmula empleada por la LDMU y los Proyectos sobre federaciones, clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva, considerando, además, y como se sabe, que el reconocimiento oficial de todas estas entidades deportivas se produce, precisamente, con dicha inscripción registral (arts. 42.2, c) y 51.2 LDMU).

En la misma línea de razonamiento, en el número 2 debería sustituirse la expresión “*entidades que pudieran ser revocadas*” por la de “*entidades interesadas*”, aludiendo después a los motivos que pudieran determinar la revocación “*de la resolución administrativa de inscripción registral y, en consecuencia, de su reconocimiento oficial*”, o similar.

En el número 4, debe precisarse que se está refiriendo al supuesto de iniciación de oficio del procedimiento de revocación de la inscripción registral y reconocimiento oficial, pues se habla de la caducidad de dicho procedimiento.

Por otra parte, y dado que el número 1 del artículo reconoce a la entidad inscrita la facultad de instar la revocación de su reconocimiento, debería añadirse un párrafo que aclarase que, en tal supuesto, el transcurso del plazo de 6 meses previsto determinará la estimación de dicha solicitud, pues el sentido desestimatorio del silencio sólo viene previsto en la Ley regional 1/02, de 20 de marzo, para las solicitudes de inscripción y reconocimiento oficial, no para las de revocación de tales actos administrativos (vid. el proyectado artículo 10.2 y el anexo II de la citada Ley).

En el número 5, debe perfeccionarse la redacción: “*ordenará la inscripción de la correspondiente resolución revocatoria en el Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*”.

- Artículo 22.

Este artículo resulta innecesario, pues redundante sobre lo que ya dispone el proyectado artículo 8.3, que establece el plazo de un mes para la presentación en el Registro de la solicitud de inscripción “*de cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 7*”.

anterior” (vid. el número 1 de dicho artículo 8); artículo en el que se relacionan todos los actos de obligatoria inscripción y que incluye las modificaciones de los datos inscritos de las entidades deportivas.

- Disposiciones Transitorias Segunda a Cuarta.

La Disposición Transitoria Segunda del Proyecto establece que las entidades deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia deberán adaptar sus estatutos a lo dispuesto en el mismo, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, mismo plazo de que disponen para presentar en el Registro la documentación acreditativa de dicha adaptación. La Disposición Transitoria Cuarta señala que, transcurridos tres meses desde la finalización del citado plazo, se cancelarán de oficio las inscripciones registrales de las entidades que no hubieran procedido a la adaptación estatutaria exigida por la “*nueva normativa*”. Esta referencia a “*la nueva normativa*” (es decir, no específicamente al Proyecto objeto de Dictamen) también es empleada por la Disposición Transitoria Tercera, que establece un procedimiento común, aplicable a todas las clases de entidades deportivas, para la adaptación e inscripción en el Registro de la adaptación de sus estatutos y/o reglamentos internos.

Estas Disposiciones Transitorias plantean problemas interpretativos, tanto en sí mismas como en su conexión con algunos preceptos de los Proyectos de Decreto objeto de los Dictámenes antes reseñados.

Así, por lo que respecta a la Disposición Transitoria Segunda, no resulta fácilmente comprensible en qué medida los estatutos de las entidades deportivas pueden resultar contradictorios con el Proyecto que ahora se dictamina, ya que éste no incluye determinaciones relativas a su funcionamiento y organización, sino sobre el régimen jurídico de un Registro administrativo y los efectos de la inscripción en el mismo de determinados actos relativos a la vida de tales entidades. En este sentido, adaptar los estatutos no supone la necesidad de que deban incorporar las determinaciones de este Proyecto, sino eliminar de aquéllos las estipulaciones que pudieran resultar contrarias al mismo, lo que, visto su contenido, parece difícil que se produzca más allá de la necesidad, en su caso, de variar la denominación de la entidad, en el supuesto de que no se ajustase a lo establecido por el proyectado artículo 4.1, que contiene una obligación (que en la denominación se incluya el tipo o clase de entidad deportiva de que se trate) que ha de ubicarse en los citados Proyectos normativos, pero no en el presente, pues no se refiere propiamente al Registro en cuestión.

Por otra parte, y como se ha dicho, las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta no se refieren específicamente al Proyecto de que se trata, sino a la “*nueva normativa*”, expresión genérica que parece referirse, además de al presente Proyecto, a los tan repetidos Proyectos reglamentarios reguladores del régimen jurídico de federaciones deportivas regionales y de clubes y entidades de promoción y recreación deportiva; disposiciones, éstas sí, que establecen un régimen jurídico de organización y funcionamiento que pudiera no venir respetado por las actuales redacciones de los estatutos y reglamentos internos de tales entidades.

A la vista de lo anterior, y en línea con lo indicado por este Consejo en su Dictamen 133/06 atendiendo al principio de que en cada Proyecto normativo se incluyan las determinaciones propias del específico objeto de cada uno de ellos (aparte las imprescindibles remisiones que demandan la comprensión y coordinación normativas),

se considera más adecuado que sean las Disposiciones Transitorias de cada uno de los dos Proyectos reguladores del régimen jurídico de dichas entidades deportivas, las normas que, en lógica culminación del nuevo régimen jurídico que configuran, establezcan tanto los respectivos plazos para la adaptación estatutaria (y la presentación de la correspondiente solicitud de su inscripción en el Registro), como los efectos administrativos anudados al incumplimiento de tal obligación (todo ello en los términos indicados en la Consideración Quinta del Dictamen 133/06 sobre la Disposición Transitoria del Proyecto allí dictaminado, a la que nos remitimos), dejando para el presente Proyecto lo relativo al procedimiento que deben seguir las entidades deportivas para conseguir la inscripción registral de las adaptaciones estatutarias y/o reglamentarias.

En este sentido, la inadecuada sistemática seguida ha llevado, por ejemplo, a prever en el Proyecto que nos ocupa un -correcto- sentido desestimatorio del silencio administrativo en lo tocante a las instancias de reconocimiento e inscripción registral de clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva (vid. el proyectado artículo 10.2), mientras que en el artículo 38.4 del Proyecto ya dictaminado sobre estas entidades se preveía un sentido estimatorio, contrario a lo dispuesto en la Ley regional 1/02 en materia de adecuación de procedimientos administrativos a la Ley 30/92. Asimismo, en la Disposición Transitoria Única del Proyecto sobre federaciones deportivas, el plazo para la adaptación estatutaria se fijaba en dos años, distinto al de un año previsto en la Disposición Transitoria Segunda del presente Proyecto, lo que no resulta justificado.

En esta situación, lo más adecuado sería, pues, que en las Disposiciones Transitorias de los respectivos Proyectos de Decreto reguladores del régimen jurídico de la organización y funcionamiento de las entidades deportivas en cuestión, se establezcan (como ya está previsto) los plazos para las respectivas adaptaciones estatutarias y de reglamentos internos, y se añada en ellas lo relativo a las consecuencias administrativas de la no presentación ante la Administración deportiva, en el plazo de que en cada caso se trate, de la solicitud de inscripción registral de las modificaciones estatutarias y reglamentarias de adaptación a tales Proyectos; consecuencias que, como se dijo en el citado Dictamen, pueden ser la revocación total y consiguiente cancelación registral del reconocimiento oficial, o la revocación parcial de los beneficios del reconocimiento, según se estime; es decir, regular allí lo que en el presente Proyecto se contiene en sus Disposiciones Transitorias Segunda y Cuarta. Con ello, se dejaría en el presente Proyecto lo que parece más propio del mismo, es decir, lo relativo al procedimiento para conseguir la referida inscripción registral (regulado precisamente en su Disposición Transitoria Tercera), así como el procedimiento para acordar la eventual revocación y/ o cancelación registral antes apuntadas.

Conforme con lo dicho, y en resumen, deberían suprimirse del presente Proyecto las Disposiciones Transitorias Segunda y Cuarta, para incorporar su contenido, en el sentido expuesto, a las Disposiciones Transitorias de los Proyectos reguladores de la organización y funcionamiento de las entidades deportivas ya dictaminados, manteniendo en el presente Proyecto lo previsto en su Disposición Transitoria Tercera; Disposición ésta a la que habrían de remitirse las Disposiciones Transitorias de los citados Proyectos, para lograr así una adecuada coordinación y comprensión normativa en este importante aspecto de la adaptación al nuevo marco jurídico instaurado por estos tres futuros Decretos.

Asimismo, y según lo indicado al principio, debería suprimirse del presente Proyecto su artículo 4, llevando lo dispuesto en sus números 1 a 4 a los referidos Proyectos, por tratarse de una cuestión atinente al régimen jurídico de las entidades deportivas y no

propiamente del Registro ahora regulado, debiendo ubicarse lo dispuesto en su número 5 en el proyectado artículo 5, relativo a los efectos de la inscripción en dicho Registro.

- Disposición Derogatoria.

Corregir: "... y, en particular, el Decreto 47/1983 (...) de Clubes y Asociaciones Deportivas".

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dispone de competencia y habilitación legal para la aprobación del Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen, salvo en lo previsto en su Disposición Final Primera, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- Para la mejora del contenido y una más adecuada sistemática del Proyecto dictaminado, deben introducirse en el mismo las correcciones indicadas en la Consideración Quinta de este Dictamen en lo que se refiere a la denominación del Registro que se regula (en el Título del Proyecto y en las referencias realizadas en su texto); Preámbulo; artículos 2.1; 3.1, 2 y 3; 4.2; 5; 10.1 y 3; 11.1,f), 2 y 3; 15.2; 18.1, 2, 4 y 5; 22; Disposiciones Transitorias Segunda a Cuarta y Disposición Derogatoria.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 143/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. D. H. S. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 04/09/06

Extracto de Doctrina

Conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción impropia del accidentado (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 7 de septiembre de 2004, D. D. H. S. L. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, con la pretensión de ser indemnizado por los daños físicos y materiales sufridos con ocasión del accidente de circulación acaecido el 26 de marzo de ese mismo año en la Autovía del Noroeste.

Según el reclamante, cuando circulaba en sentido Mula a muy poca velocidad, pues estaba lloviendo copiosamente, al cambiar del carril izquierdo al derecho, *“pisó una gran cantidad de agua que, formando una especie de pequeño río, cruzaba ambos carriles de la autovía, del izquierdo al derecho”*, lo que le hizo perder el control del vehículo, saliéndose de la vía y *“dando una o dos vueltas de campana”*.

Para el reclamante la causa del accidente es el *“deficiente diseño y ejecución material de los carriles de la Autovía del Noroeste (...), puesto que no parece lógico que la calzada esté peraltada o inclinada de tal forma que al llover con cierta intensidad, el agua que moja los carriles de circulación, en razón del grado y sentido de inclinación de los mismos, se reúna en un cierto punto y caiga hacia el exterior de la calzada atravesando ambos carriles de circulación y formando para ello un pequeño río”*. La existencia de la corriente de agua sobre la calzada, unido a su carácter imprevisible es lo que causa el accidente.

A consecuencia del mismo, el reclamante permaneció de baja laboral hasta el 23 de abril de 2004. El vehículo siniestrado, por su parte, sufrió daños cuyo presupuesto de reparación asciende a 5.791,10 euros, superior a su valor venal (4.381 euros), por lo que el interesado optó por no repararlo e instar la baja definitiva del automóvil.

La pretensión indemnizatoria contenida en la reclamación asciende a 5.821,30 euros en concepto de días de incapacidad temporal, gastos farmacéuticos y de rehabilitación, y valor venal del vehículo.

Propone el interesado los siguientes medios de prueba:

a) Interrogatorio de los dos agentes de la Guardia Civil que le socorrieron inmediatamente después del accidente. Al ignorar su nombre y número de identificación (sólo afirma conocer su pertenencia al destacamento de Caravaca de la Cruz), solicita de la Administración que se efectúen las actuaciones necesarias para posibilitar su identificación y posterior práctica de la prueba.

b) Documental, consistente en que por la Administración se traigan al procedimiento las reclamaciones patrimoniales habidas por los mismos motivos y en el mismo lugar, aun cuando fueren de fechas distintas.

Asimismo, aporta junto a su reclamación copia de la siguiente documentación:

- Informe de alta en Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia.
- Partes médicos de baja (el 26 de marzo de 2004) y alta (el 23 de abril siguiente) de incapacidad temporal por contingencias comunes.
- Presupuesto de reparación del automóvil siniestrado.
- Certificado de destrucción del vehículo al final de su vida útil.

- Página del “Boletín Estadístico Ganvam” donde consta el valor venal asignado a los vehículos de la marca y modelo del siniestrado.

- Factura de un centro de quiromasaje por valor de 15 euros.

- Comprobante de compra de una farmacia, por valor de 14,36 euros.

SEGUNDO.- La instructora del procedimiento requiere al interesado para que “*subsane y mejore*” su solicitud, mediante la aportación de diversa documentación, al tiempo que le traslada la información a la que hace referencia el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En fecha 5 de noviembre de 2004, el reclamante presenta la documentación requerida.

TERCERO.- Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras y al Parque de Maquinaria dependiente de la misma, la primera acompaña informe de la empresa concesionaria encargada de la vigilancia y mantenimiento de la vía, en el que, tras afirmar la titularidad regional de la vía en que acaece el accidente, 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.-A la espera del informe oficial solicitado al Instituto Nacional de Meteorología que acredite la intensidad de lluvia caída, se dispone del dato provisional facilitado igualmente por dicho organismo y que es de 31 mm acumulados en 24 horas.

Si bien la estación de registro se encuentra en las proximidades del lugar donde se reprodujo el accidente (Parque de bomberos de la Puebla de Mula), la naturaleza de este parámetro -precipitación acumulada- no permite cuantificar la cantidad de precipitación caída puntualmente en un momento determinado, aunque comparativamente indica que supuso uno de los días de mayor precipitación en dicho mes.

Consideramos que el conductor, ante la presencia de una fuerte lluvia localizada en la zona, no actuó con la debida precaución al no adecuar la velocidad a las circunstancias que se estaban produciendo en ese momento.

C.-Estimamos que no existe relación de causalidad entre el servicio público que presta esta empresa concesionaria y el siniestro, pues tanto el firme como los elementos señalizadores y de seguridad de la vía se encontraban en perfecto estado de conservación y uso, cumpliendo además con la normativa vigente.

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 usual en este tipo de vías.

En la fecha del siniestro, el aglomerado asfáltico de la carretera se encontraba en perfecto estado de conservación, si bien las condiciones de rodadura de la calzada en ese momento no eran las óptimas al encontrarse mojada por la lluvia.

Las condiciones de drenaje y del peralte de la calzada son las que se definen en la normativa vigente (normas 5.2 IC de drenaje y 3.1 IC de trazado) y que se aplican en el Proyecto de construcción que sirve de base para la ejecución de la obra.

F.-Al no ser materia de su competencia, esta concesionaria no puede emitir ninguna valoración de los daños materiales y físicos alegados por el reclamante.

G.-Como particularidad de la vía en cuestión, debemos decir que la capa de firme que sirve de rodadura, está constituida por una mezcla bituminosa drenante que mejora considerablemente las condiciones de evacuación del agua de lluvia respecto a las mezclas convencionales utilizadas normalmente en la mayoría de carreteras.

No obstante, una lluvia intensa y puntual como la que se produjo, puede producir la aparición en un momento dado de una fina película de agua al ser incapaz el firme de evacuar tan excesiva cantidad de líquido y tener que realizarse dicha evacuación en superficie. Este fenómeno se produce en cualquier vía y es independiente del tipo del firme empleado.

La posible aparición de una pequeña corriente de agua -lo que el reclamante define como una especie de río- en un determinado punto, se debe a la concurrencia de la evacuación de las aguas de escorrentía en dicho punto coincidiendo con el cambio de peralte de las calzadas. Este fenómeno, que se produce cuando la intensidad de la precipitación es considerable, es inherente al trazado de cualquier vía (ver apartado E).

Ante esta situación, resulta obligado tomar las debidas precauciones extremando la atención y adecuando la velocidad a las circunstancias que concurran en cada momento (artículo 45 del Reglamento General de Circulación), además de prestar la debida atención a los mensajes de limitación de velocidad (CON LLUVIA - 90 KM/H) que se disponen en los paneles luminosos desde el centro de control cuando la situación así lo aconseja”.

El Parque de Maquinaria, por su parte, confirma el valor venal del vehículo alegado por el interesado y considera que el presupuesto de reparación presentado junto a la reclamación es acorde con el coste real de aquella. Asimismo indica que los daños que presenta el vehículo son compatibles con una salida de la vía a una velocidad mínima de 90 km/h e impacto con el canal de hormigón que, a tres metros del borde exterior del arcén y a un desnivel negativo de un metro respecto a la cota de la calzada, corre paralelo a la misma.

La velocidad en la zona en que se produce el siniestro está limitada a 120 km/h, si bien unos 200 metros antes del puente del río Mula, a que alude el reclamante en su escrito para situar la zona del accidente, existe un pórtico con información luminosa que, según la empresa concesionaria, estaba funcionando en el momento de producirse aquél, y que recomendaba no exceder la velocidad de 90 km/h en condiciones de firme mojado por lluvia. Finaliza el informe indicando la conveniencia de limitar la velocidad, mediante señalización vertical, en la zona donde se produjo el accidente y apuntando como causa más lógica de éste la falta de adecuación de la velocidad a las condiciones de la vía.

CUARTO.- Por la instructora se requiere a la Guardia Civil de Caravaca que remita copia de las diligencias instruidas con motivo del accidente y que informen acerca de la identidad de los agentes intervinientes.

Contesta el Jefe del Destacamento de Caravaca afirmando que no existen diligencias relativas al accidente, si bien sí hay constancia de que dos agentes de dicha unidad, a los que identifica por sus correspondientes números, *“a las 19,30 horas solicitaron una grúa para el mencionado vehículo, ya que había sufrido una salida de vía en el Km. 19,500 de la C-415”*.

QUINTO.- La instructora del procedimiento acuerda, el 13 de marzo de 2006, abrir el período de prueba para que el interesado presente su permiso de conducir, lo que cumplimenta pocos días después.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante, éste se limita a dar por reproducido todo lo expuesto en sus anteriores escritos.

SÉPTIMO.- El 5 de julio de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño sufrido por el particular, a cuya actuación imprudente, al no adecuar su velocidad a las circunstancias de la vía, se imputa la producción del accidente.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 12 de julio de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

A) La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, dado que entre la fecha del accidente -el 26 de marzo de 2004- y la presentación de la reclamación -el 7 de septiembre siguiente-, tan sólo había transcurrido algo más de cinco meses.

B) La legitimación activa para reclamar corresponde, cuando de daños en las cosas se trata, a quien sufre el perjuicio patrimonial. En el supuesto sometido a consulta cabe reconocer dicha legitimación al reclamante, en tanto que consta como propietario del vehículo accidentado, de conformidad con el certificado de destrucción del mismo.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía a cuyo defectuoso diseño y ejecución se imputa el daño, sin que el hecho de que se trate de una vía cuya explotación, incluido el mantenimiento y conservación, se encuentre concedida a una empresa, altere dicha legitimación. Todo ello sin perjuicio de que la relación entre concedente y concesionaria incida en la determinación de quién habría de asumir el pago efectivo de una eventual indemnización.

C) Respecto al procedimiento debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues ya se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses. Ello no obstante, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, sin que se observen carencias esenciales. Dicho lo anterior, sí cabe poner de manifiesto ciertas irregularidades que, sin producir indefensión y sin tener entidad suficiente como para anular las actuaciones, deben ser objeto de consideración. En este sentido, 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.

Una vez más es necesario reiterar el inadecuado uso que la instrucción realiza del trámite de mejora de la solicitud en orden a requerir al interesado la aportación al expediente de documentos o datos que aquél considera necesarios para una adecuada resolución de la solicitud. La doctrina de este Consejo Jurídico al respecto es sobradamente conocida por la Consejería consultante, pues ha sido expuesta en numerosos Dictámenes evacuados a solicitud suya -por todos, el 75/2003-, cuyos razonamientos al respecto cabe dar aquí por reproducidos.

D) Mención específica merece la no práctica de una de las pruebas propuestas por el interesado: el interrogatorio de los Guardias Civiles que le asistieron tras el accidente.

En efecto, según el reclamante, si bien desconoce si los agentes llegaron a presenciar el siniestro, sí que podrían testificar acerca de la existencia de la corriente de agua sobre la calzada y su carácter imprevisible (folio 13 del expediente). Desconociendo el nombre y número de los guardias, ofrece a la Administración datos suficientes para poder llegar a identificarlos y propone formalmente la prueba de su interrogatorio.

Por la instrucción se requiere al Destacamento de Caravaca de la Cruz que se remitan las diligencias relativas al siniestro y que informe acerca de la identidad de los dos agentes que auxiliaron al interesado. En la contestación dada por el Jefe del puesto, se identifica por sus números a los dos guardias, al tiempo que informa de la ausencia de las diligencias requeridas.

La inexistencia de atestado policial hacía aún más necesaria, si cabe, la práctica de la prueba testifical propuesta en orden a la determinación de las posibles causas del accidente, a pesar de lo cual, no consta que se haya llevado a efecto el interrogatorio solicitado.

Como ya advirtiera el Consejo Jurídico en Dictamen 165/2003, el derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento no es omnímodo, y así lo ha entendido el legislador en el artículo 80.3 LPAC, al posibilitar al instructor rechazar

pruebas propuestas por los interesados, aunque, dada su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el ciudadano, rodee tal decisión de garantías. Tal carácter cabe predicar de la exigencia de una resolución expresa, garantía aparentemente formal pero que presenta evidentes repercusiones de índole 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.

Ningún pronunciamiento contiene el expediente acerca de la prueba propuesta, ni siquiera con ocasión de la apertura del período de prueba, que la instructora limita a la comprobación de que el conductor del vehículo se encontraba en posesión del correspondiente permiso de conducir. Este inmotivado rechazo de la prueba cabe calificarlo de arbitrario y podría dar lugar a indefensión cuando, sin justificación expresa alguna, se impide al interesado traer al procedimiento elementos de juicio y pruebas que convienen a su defensa.

No obstante, y sin perjuicio de indicar que debería completarse la propuesta de resolución con un pronunciamiento motivado acerca de la prueba propuesta y no practicada, diversas circunstancias llevan a este Consejo Jurídico a considerar que no procede retrotraer las actuaciones para llevar a efecto la prueba. En primer lugar, el largo período de tiempo transcurrido desde que se produjo el accidente (26 de marzo de 2004) hasta el momento en que pudiera interrogarse a los guardias, incide negativamente en el valor probatorio que cabría otorgar a sus declaraciones. Además, la existencia de la corriente de agua sobre la calzada, único hecho que se pretende probar a través del interrogatorio solicitado según las propias manifestaciones del reclamante, no ha sido negada por la Administración, ni en la propuesta de resolución, ni en el informe técnico elaborado por la concesionaria de la Autovía, que llega a justificar su aparición como una circunstancia "*inherente al trazado de cualquier vía*", que se produce al coincidir la evacuación de las aguas de escorrentía con el cambio de peralte de las calzadas. En consecuencia, teniendo por cierta la Administración la existencia del agua sobre la autovía, cabría calificar la prueba propuesta de innecesaria. Así parece entenderlo también el propio reclamante, quien con ocasión del trámite de audiencia guarda silencio ante la omisión de la actuación instructora por él solicitada.

TERCERA.- Sobre el fondo.

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.
- d) Que no exista fuerza mayor.

No puede dudarse de la producción del accidente ni de los daños ocasionados al vehículo, pues la empresa concesionaria de la explotación de la vía confirma la realidad del percance, y el Parque de Maquinaria ha avalado la correspondencia entre los daños sufridos y la forma en que, según el reclamante, se produjo el accidente.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño padecido, para cuya determinación será preciso atender a la prueba practicada durante la instrucción del procedimiento, y ello a la luz de las normas sobre reparto del *onus probandi*.

Puede ya anticiparse que 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); añadiendo en la 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 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).

Y es que el título a través del cual pretende el actor imputar los daños sufridos a la Administración es un eventual defectuoso diseño y ejecución material de la carretera, según se desprende del hecho segundo de la reclamación. Para el reclamante, no es lógico que la calzada esté peraltada o inclinada de tal forma que, al llover con cierta intensidad, el agua atraviese los dos carriles de circulación formando para ello un pequeño río.

Dichas imputaciones, sin embargo, no se ven respaldadas por una prueba que las ampare, la cual, dado el carácter eminentemente técnico de la cuestión suscitada, debería ser una pericial que permitiera discernir si, bien el proyecto, bien la construcción material de la carretera, se apartan de las instrucciones o normas técnicas de preceptiva aplicación en el diseño y ejecución de las carreteras. Son tales normas las que definen, de forma apriorística, objetiva y general el estándar de calidad o nivel de prestación del servicio exigible (STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 385/2205, de 6 de mayo) de forma que, en principio, no podrán reputarse como defectuosos ni el diseño ni la ejecución que se ajusten a sus prescripciones.

Ante la ausencia de una prueba rigurosa de las imputaciones del interesado, que se limita a efectuar una consideración estrictamente subjetiva y personal acerca de los peraltes de la autovía y la evacuación de las aguas pluviales, la Administración ha traído al procedimiento un informe técnico, elaborado por el Jefe de Explotación de la empresa concesionaria, del que se desprenden las siguientes circunstancias, ninguna de las cuales ha sido desvirtuada, ni tan siquiera combatida, con ocasión del trámite de audiencia, por el actor:

a) Que el aglomerado asfáltico de la carretera se encontraba en perfecto estado de conservación.

b) Que la capa de firme que sirve de rodadura está constituida por una mezcla bituminosa drenante, que mejora considerablemente las condiciones de evacuación del agua de lluvia, en comparación con las mezclas habituales.

c) Que las condiciones de rodadura de la vía en el momento de ocurrir el accidente, no eran las más óptimas al encontrarse mojada por la lluvia.

d) Que las condiciones de drenaje y del peralte de la carretera son las que se definen en la normativa técnica vigente (normas 5.2 IC de drenaje y 3.1 IC de trazado).

e) Que la señalización, tanto vertical como horizontal, así como el balizamiento en toda la autovía, son los preceptivos.

Considera el Consejo Jurídico que, atendida la naturaleza técnica de las imputaciones efectuadas por el interesado, la instrucción debería haber procurado contrastar tales afirmaciones con el correspondiente departamento de la Consejería consultante, singularmente la Oficina de Supervisión de Proyectos o similar, en orden a obtener otro autorizado pronunciamiento que permitiera confirmar o no la corrección técnica del diseño y ejecución de la carretera en el lugar donde se produjo el accidente. Ello no obstante, las

reglas antes expuestas acerca de la carga de la prueba imponían al interesado acreditar la relación causal que une el daño con el funcionamiento de los servicios públicos de carreteras, no habiéndolo conseguido.

Si, como queda expuesto, el diseño y la construcción de la autovía no se apartan de la Instrucción de Carreteras, Normas 5.2 IC “Drenaje superficial” y 3.1 IC “Trazado”, afirmando el único informe técnico que existe en el expediente, que la formación de pequeñas corrientes de agua como la que ocasionó el accidente es inherente al trazado de cualquier vía, cabe indagar acerca de las verdaderas causas del siniestro. En este sentido, al margen de las características de la carretera, las adversas circunstancias climatológicas que concurrían en el momento de ocurrir el accidente -el propio interesado afirma que llovía copiosamente- y sus negativas consecuencias sobre la adherencia, obligaban al conductor a extremar las precauciones al circular, lo que, obviamente, no debió llevar a cabo y ésa, y no otra, parece constituir la causa desencadenante del siniestro. Y ello a pesar de que el interesado afirma circular a “*velocidad muy moderada*” (pág. 14 del expediente) o a “*muy poca velocidad*” (pág.13), pues dichas manifestaciones quedan desvirtuadas por el dato objetivo de los desperfectos sufridos por el vehículo que, según el propio reclamante, llega a dar “*una o dos vueltas de campana*”, lo que atendiendo a máximas de la experiencia resulta difícil de concebir a velocidades pequeñas.

Tampoco confirman tal alegación de prudencia en la conducción otros datos obrantes en el expediente. Así, el hecho de circular el interesado por el carril izquierdo de la vía, y la apreciación efectuada por el Ingeniero Técnico del Parque de Maquinaria, quien, tras analizar la configuración del tramo de vía donde se produce el accidente y el estado en que quedó el vehículo siniestrado, considera que los daños apreciables en el automóvil debieron producirse a “*una velocidad mínima de 90 km/h*”. A mayor abundamiento, según el informe de la empresa concesionaria y el del Parque de Maquinaria, unos centenares de metros antes del lugar del accidente un panel luminoso rebajaba el genérico límite de velocidad aplicable en autovía (120 km/h) a 90 km/h, como consecuencia de la lluvia que caía en tales momentos. De conformidad con el artículo 144.1 del Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre “*los paneles de mensaje variable tienen por objeto regular la circulación adaptándola a las circunstancias cambiantes del tráfico. Se utilizarán para dar información a los conductores, advertirles de posibles peligros y dar recomendaciones o instrucciones de obligado cumplimiento*”.

Tales extremos parecen indicar que el interesado no ajustó su velocidad a la que imponía la señalización variable y aconsejaba la copiosa lluvia que caía en el momento del siniestro, lo que derivó en una circulación no adaptada a las circunstancias de todo orden presentes, apartándose de las prescripciones del artículo 19.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, según el cual “*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*”.

Conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción impropia del accidentado (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).

Tales consideraciones, unidas a la absoluta ausencia de prueba acerca de la imputación de defectuoso diseño o ejecución de la autovía, expresamente negada por el concesionario de la misma, impiden apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el accidente sufrido por el interesado, de donde deriva la necesaria desestimación de su reclamación.

CUARTA.- Sobre la propuesta de resolución.

Si bien el Consejo Jurídico comparte el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución, no puede hacer extensiva su conformidad a todos los extremos de la misma. En efecto, toda su argumentación se basa en la imprudencia del conductor y en la diligente observación de las obligaciones de conservación y mantenimiento de la carretera que incumben a la Administración, aun cuando la reclamación no pone en duda tal cumplimiento, sino que viene referida a un momento anterior, el de diseño del proyecto constructivo de la obra pública y su ejecución, cuestión a la que la propuesta de resolución no da respuesta.

Del mismo modo, contiene la propuesta de resolución alguna afirmación incomprensible a la luz del expediente, como es indicar que el reclamante “*era plenamente consciente de que la vía por la que discurría estaba cortada*” (página 9 de la propuesta, FJ Tercero, apartado 4). Entiende el Consejo Jurídico que se trata de una simple confusión que, no obstante, ha de ser corregida.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente, con las salvedades expuestas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial instada ante la Administración regional, al no apreciarse la concurrencia de todos los elementos a que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de dicha responsabilidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 144/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a F. V. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. C. L. V., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 13/09/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 145/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. J. G. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 13/09/06

Extracto de Doctrina

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 de 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”.

(...)

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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito registrado en la Consejería de Educación y Cultura el 30 de diciembre de 2004, Doña M. J. G. M. solicitó que se declarase la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa regional y se le indemnizara en la cantidad de 136'20 euros como resarcimiento por los daños causados en su vehículo, cuyo acaecimiento relataba así:

“Que con fecha 20 de diciembre de 2004 y con ocasión de estar trabajando en el Centro de Educación Secundaria Instituto “Pedro Peñalver” sufrí un accidente cuyos hechos describo:

Que el día 20 de diciembre sobre las 16:00 horas, cuando iniciaba la segunda jornada laboral de dicho día me abordaron un grupo de jóvenes, algunos de ellos, alumnos del Instituto, con la intención de entrar al mismo, le pregunté donde iban me contestaron que al interior. Ante mi negativa de no cederles el paso, recibí amenazas y descalificaciones. Ante la insistencia de uno de ellos, que dijo que estaba citado con la orientadora Dña. A. D. y cuyo nombre es J. M. H. S., dejé pasar al citado alumno, pero no a los demás, que se quedaron en el Parking, donde estaba aparcado mi coche, junto con los de otros profesores, observé que estaban apoyados en mi coche, con lo cual deduje más tarde que se habían dedicado a realizar diversos daños en el vehículo de mi propiedad.

Los citados daños fueron los siguientes: rueda izquierda trasera rajada por dos veces con un objeto cortante, rayones y arañazos en la aleta izquierda trasera.

Al percatarme del daño causado fui a la Guardia Civil de El Algar, y puse una denuncia contra el alumno D. J. M. H. S. y el exalumno D. F. L. M., y no puse denuncia a los demás alumnos por no tener constancia de sus nombres pero sabiendo (por manifestaciones de ellos mismos) que han sido alumnos del Instituto”.

Acompañaba a dicho escrito fotocopias compulsadas de su DNI, facturas por importe de 55 y 81'20 euros correspondientes a un neumático nuevo y pintura de la aleta trasera izquierda del vehículo X, respectivamente, así como un certificado de la Directora del Instituto de Educación Secundaria (I.E.S.) “Pedro Peñalver”, de El Algar, en el que hace constar que la interesada presta servicios en dicho Instituto y que, debido a las necesidades del centro, el 20 de diciembre de 2004 realizó su jornada laboral en turno partido de mañana y tarde.

SEGUNDO.- Solicitado informe a la Directora del reseñado IES sobre los hechos en que se funda la reclamación, fue evacuado el 28 de julio de 2005, en el que expresó lo siguiente:

“En la citada fecha, esta persona realizaba su labor en jornada partida de mañana y tarde. En el horario de vespertino, sobre las 16h, entró en el centro un grupo de jóvenes, a los que preguntó qué querían y de los que obtuvo como respuesta que “iban al interior”.

La conserje intentó evitar que entraran a las dependencias de los despachos y, ante esto, algunos de ellos comenzaron a increparle y amenazarle.

Uno de los jóvenes, J. M. H. S., comunicó entonces que tenía cita con la Profesora Técnico de Servicios a la Comunidad, ante lo cual la ordenanza le dejó pasar.

El resto del grupo fue obligado por esta persona a salir de las dependencias del centro. Al final de su jornada laboral, al coger el coche del parking, la trabajadora

observó que había recibido diversos daños: rueda izquierda trasera rajada por dos veces con un objeto cortante y rayones y arañazos en la aleta izquierda trasera.

D. M. J. G. M. denunció ante la Guardia Civil los hechos imputando como responsables de los mismos al citado alumno y a un exalumno llamado F. L. M., dejando constar en la denuncia que había estado implicado un grupo más numeroso del que desconocía la identidad, todos ellos antiguos alumnos de este centro escolar.

Igualmente, D. M. J. G. presentó un escrito en el registro de este centro escolar explicando lo que había sucedido y solicitando que se tomaran medidas tanto por la dirección del centro, para solucionar lo ocurrido, como para ser indemnizada por los daños sufridos, para lo que se le indicó que debía remitir su escrito al Servicio de Responsabilidad Patrimonial, con la documentación necesaria”.

TERCERO.- Solicitado informe al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería sobre si se había concedido indemnización a la interesada por los hechos en cuestión, fue emitido el 22 de febrero de 2006, en el que se indica que no consta tal circunstancia.

CUARTO.- Solicitado al Parque Móvil Regional un informe sobre la evaluación de los daños y el importe reclamado, es emitido el 14 de marzo de 2006 en el sentido de considerar que las cantidades en cuestión se ajustan aproximadamente a los precios reales del mercado por la reparación de los conceptos a que se refieren las facturas presentadas.

QUINTO.- Otorgado a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, el 2 de mayo de 2006 presentó escrito en el que se ratifica en su pretensión inicial. Aun cuando manifiesta no aportar más documentación que la adjuntada en su día con el escrito de reclamación, obran en el expediente otros documentos sobre el vehículo en cuestión (Tarjeta de Inspección Técnica y justificante del abono por la reclamante del impuesto municipal de circulación).

SEXTO.- El 4 de mayo de 2006 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que existe relación de causalidad entre el daño material sufrido y el funcionamiento del servicio público educativo pues, a pesar de no estar plenamente identificados los autores del daño, al menos uno de ellos era alumno del centro, teniendo la vandálica acción una relación directa con el cumplimiento del deber de guarda y custodia que la ordenanza estaba ejerciendo en el Instituto. Concluye que hay un “*doble fundamento*” para el resarcimiento del daño: a) el deber de la Administración de responder por los daños que causen los alumnos a terceros, por su deber de guarda y custodia exigible en todas las actividades colegiales, y b) la existencia de un daño que la reclamante no tiene el deber jurídico de soportar en cuanto ha sido producido a consecuencia del ejercicio de sus funciones, “*como elemento del mal funcionamiento del servicio público*”.

SÉPTIMO.- Con fecha 12 de mayo de 2006 tiene entrada en este Consejo Jurídico un escrito del Consejero de Educación y Cultura en el que 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).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello.

En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los nºs 75/1999 y 99/2006, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*” a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración, derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello no obsta para señalar, asimismo, que la relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño. Por otra parte, dicho título de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio.

II. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

III. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y su desarrollo reglamentario sobre tramitación de esta clase de reclamaciones.

TERCERA.- Falta de relación de causalidad adecuada entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos.

Solicitado por la reclamante que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, procede examinar, por ser este específico título de imputación lo que determina la preceptividad de nuestro Dictamen, si ha de atenderse tal solicitud en atención al régimen legal aplicable en la materia.

En este sentido, de los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración pública está obligada a responder por los daños que, causados a consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares (en el sentido antes indicado) no tengan el deber jurídico de soportar.

Aplicado al caso que nos ocupa, no puede aceptarse lo sostenido por la propuesta de resolución en orden a la existencia de un adecuado nexo de causalidad entre los daños en cuestión y el funcionamiento del servicio público educativo. Y ello por no poderse considerar suficientemente acreditado que los daños fueran causados por alumnos del centro. No consta en el expediente el resultado de la denuncia presentada por la reclamante ante la Guardia Civil (iniciación de diligencias policiales, ratificación de la denuncia, traslado de las actuaciones, en su caso, a los órganos de la jurisdicción penal del menor, posibles actuaciones de éstos, etc.).

Por otra parte, si se atiende a lo informado por el Director del centro, éste se refiere a un “grupo de jóvenes”, “todos ellos antiguos alumnos”, salvo el que entró al edificio del Instituto (por tener cita con una profesora). En este punto, la afirmación de la propuesta sobre la autoría o coautoría del citado alumno en la producción del daño es una hipótesis que debería haberse visto reforzada con la realización de mayores diligencias, policiales o del propio centro docente. En todo caso, aun en la hipótesis de tal autoría, el genérico deber de vigilancia y prevención en la causación de daños por alumnos que es exigible a estos centros educativos debe ponerse en relación con las concretas circunstancias del caso, y no parece que, en el presente, dicho deber alcance a prevenir eventualidades como la que aconteció, salvo que se sostenga el deber del centro de contar con un parking vigilado para los vehículos de sus trabajadores, lo que no puede considerarse acreditado que fuera exigible en el caso.

Por ello, no puede estimarse que exista una relación de causalidad objetiva y adecuada (entendidos estos conceptos en un estricto sentido jurídico) entre el daño y el funcionamiento del servicio público, pues no es el servicio público educativo (por omisión de vigilancia) el causante del daño, sino que éste se ha producido por terceros sobre cuya conducta dañosa no puede afirmarse, en este concreto caso, que la Administración tuviera el deber de prevenirla, en los términos antes expresados; se trata de daños sufridos por un funcionario “con ocasión” de la prestación de sus servicios, lo que excluye la procedencia del resarcimiento a título de responsabilidad patrimonial, y, por tanto, ha de informarse desfavorablemente la propuesta de resolución que constituye el objeto de nuestro preceptivo Dictamen.

CUARTA.- El resarcimiento del daño a título de indemnización al funcionario público por razón del desempeño de su servicio público.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, conviene analizar si procede estimar la pretensión resarcitoria con fundamento en el régimen jurídico existente en materia de indemnizaciones por razón del servicio, título jurídico distinto al que se ha analizado en la precedente Consideración, como indicamos en el epígrafe I de la Consideración Segunda de este Dictamen.

A este respecto, debe partirse de lo expresado en nuestro Dictamen 99/2006, ya citado:

“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 de 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.

Aplicado lo anterior al presente caso, se estima que debe incoarse un expediente para determinar la procedencia de la indemnización por razón del servicio, teniendo en cuenta en este punto la necesidad de acreditar, entre otras cuestiones, la actuación de la interesada tras la presentación de la denuncia ante la Guardia Civil, pues no cabría admitir a estos efectos un abandono de toda actuación posterior de la funcionaria que fuese necesaria para el esclarecimiento de los hechos por las entidades policiales o judiciales (en el sentido indicado en la Consideración anterior), ya que en tal caso no podría decirse que hubiera actuado con toda la diligencia debida, pues la naturaleza dolosa de los hechos implica que, al menos de modo inicial, la sede propia para la acreditación de su autoría es la policial y, en su caso, la judicial aplicable a los presuntos responsables de los daños, a efectos de su eventual condena y, por tanto, de la reparación del daño.

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.- Debe incoarse expediente para determinar la procedencia del resarcimiento a título de indemnización por razón del servicio, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 146/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. M. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 18/09/06

Extracto de Doctrina

1. 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.

2. A la hora de valorar la posible concurrencia de un retraso en el diagnóstico deben ponderarse dos circunstancias. Por un lado, la presencia de síntomas clínicos suficientes para que la enfermedad hubiera podido ser razonablemente detectada, empleando los medios disponibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento del diagnóstico, y, por otro, la influencia que dicho retraso diagnóstico haya podido tener en el empeoramiento o agravamiento de la enfermedad sufrida por la paciente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 15 de julio de 2004, D. M. M. L. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia (en lo sucesivo, HVA). Según la interesada, el día 9 de mayo de 2003 ingresó en el citado Hospital al presentar fuertes hemorragias vaginales. Al día siguiente le practican un legrado y le informan que habían encontrado un mioma. El día 11 le dan el alta provisional, a pesar de que la paciente puso reiteradamente de manifiesto que no se encontraba bien, presentaba fuertes dolores, pequeñas hemorragias, sin que ni siquiera pudiera erguirse para andar. Cuando el siguiente día 2 de junio fue a recoger los resultados de la biopsia le dijeron que no tenía nada, achacando las molestias que la reclamante tenía a trastornos propios de la edad. En fechas posteriores visitó nuevamente al médico al que informa que las molestias y dolores no cesan, manifestaciones que son ignoradas totalmente por el facultativo. El día 13 de noviembre le practican una citología en el Centro de Salud y el día 17 una ecografía, diagnosticándole un mioma y prescribiéndole anticonceptivos para regular la menstruación. Asimismo le dan cita para el Ginecólogo de zona para el día 17 de mayo de 2004.

El día 2 de diciembre de 2003 a las 22:12 fue nuevamente atendida en el HVA con graves hemorragias. Tras las oportunas pruebas se descartó la existencia de un mioma y se diagnosticó un cáncer de cérvix en estadio IIB. Seguidamente recibió tratamiento con radioterapia y quimioterapia, para después someterse a una intervención quirúrgica.

Estima la reclamante que la atención sanitaria recibida adoleció de una grave negligencia que dio lugar al retraso en el diagnóstico del cáncer que padece, lo que ha

tenido unas graves consecuencias para su salud física y mental. Finaliza solicitando una indemnización de 240.000 euros por los daños físicos y psíquicos sufridos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud.

Seguidamente por el órgano instructor se solicita al HVA historia clínica de la paciente e informes de los profesionales que la atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- Con fecha 22 de julio de 2004 la instructora dirige escrito a la reclamante requiriéndole para que, en el plazo de 10 días, proponga los medios de prueba de que pretenda valerse.

El siguiente día 2 de agosto la interesada presenta escrito al que adjunta la siguiente documentación:

a) Informe de alta de fecha 11 de mayo de 2003, correspondiente a la primera asistencia que recibió en el HVA.

b) Informes ecográfico-ginecológico y anatomopatológico.

c) Informe de la Ginecóloga del Centro de Salud Infante, del siguiente tenor: *“Paciente remitida por la matrona de zona por no poder realizar la citología. El 13/10/03 se realiza citología cervico-vaginal. El 17/11/03 se recibe resultado de citología: Flora mixta. ECO: formación nodular intramural de 38x35. Resto de aparato genital de aspecto normal. Como antecedente, legrado en Ciudad Sanitaria (V-03): Endometrio inicial. Se instaura tratamiento para perimenopausia”*.

d) Informe de alta de 17 de diciembre de 2003, al que se adjunta informes radiológicos, ecográficos y anatomopatológicos.

e) Informe oncológico.

f) Informe de alta de 7 de junio de 2004.

Propone como prueba documental, además de los anteriores, su historia clínica.

CUARTO.- Mediante escritos fechados el 23 de septiembre y el 21 de octubre de 2004, la instructora reitera al Director Gerente del HVA el envío de la documentación solicitada, lo que finalmente se cumplimenta mediante escrito con registro de salida del día 11 de noviembre de 2004, al que se adjunta la historia clínica de la reclamante e informe del Dr. P. P., Jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del referido Hospital.

Del contenido de la historia clínica destaca, en síntesis y a los efectos que nos ocupa, lo siguiente:

1. Informe ecográfico-ginecológico practicado el día 9 de mayo de 2003, en el que se indica lo siguiente: *“Útero: endometrio grueso, útero hipertrófico, cuello hipertrófico”*.

2. Protocolo quirúrgico del legrado diagnóstico o terapéutico por metrorragia disfuncional, realizado el día 10 de mayo de 2003. En el documento, obrante al folio 78 del expediente, se hace constar que la intervención se efectuó en posición de litotomía y vía de acceso vaginal, hallando cuello hipertrófico de consistencia pétreo, útero de

histerometría de 8-9 centímetros. Se hace constar, asimismo, que del legrado de endocérnix se obtuvo muy escaso material que se remite a Anatomía Patológica. *“Se intentó legrado de cavidad, pero ante la dificultad de dilatar (por stop) se decide legrado ecoguiado encontrándose un mioma endocavitario que dificulta el legrado. Se consigue legrado de cavidad extrayendo moderado material que se remite a Anatomía Patológica”*. El diagnóstico operatorio fue metrorragia.

3. Informe provisional de alta de fecha 11 de mayo de 2003, con el siguiente diagnóstico: *“Metrorragia, mioma uterino”*.

4. Diagnóstico anatomopatológico fechado el 14 de mayo de 2003, en el que se indica, como resultado del análisis de las muestras obtenidas en el legrado, lo siguiente:

“1. Material no representativo de endocérnix.

2. Endometrio secretor inicial correspondiente a un día 17-18 de ciclo estándar”.

5. Informes correspondientes al ingreso en el Servicio de Urgencias del HVA el día 2 de diciembre de 2003, por abundante metrorragia, en los que se describen las distintas actuaciones médicas que llevaron a cabo y se recoge el resultado de la biopsia de cérnix: *“Adenocarcinoma de endocérnix con áreas focales sugestivas de infiltración”*.

6. Informe del Servicio de Oncología Radioterapia del citado Hospital, en el que se describe el tratamiento dispensado a la reclamante.

7. Informe de alta de la histerectomía total más doble anexectomía realizada, sin incidencias, el día 26 de mayo de 2004.

8. Informe anatomopatológico del útero y anejos, cuyo diagnóstico es *“adenocarcinoma infiltrante residual en áreas focales de la pared del cervix, asociada a alteraciones post-radioterapia. Límites quirúrgicos libres de invasión neoplásica”*.

El Dr. P. emite, el 20 de julio de 2004, informe del siguiente tenor literal:

“Paciente que consulta en urgencias de este Hospital Maternal el 9/7/2003 por metrorragia de un día de evolución.

AF: Madre fallecida por neo de mama.

AP: Apendicetomía. Hipoacusia bilateral.

AG y O.: 2 Gest. 2 Para. FM: 5/30. FUR: 13/4/03.

Se ingresa y se indica un legrado terapéutico diagnóstico.

Previo al legrado se realiza Ecografía ginecológica que informa de Endometrio grueso, útero hipertrófico y cuello hipertrófico. El legrado se realizó con control ecográfico, observándose una imagen intrauterina compatible con un mioma submucoso. El material obtenido en el curso del legrado se remite a Anatomía Patológica.

La paciente es dada de alta el 11/5/03 y se remite a consultas externas de ginecología de este hospital.

El informe anatomopatológico es el siguiente: Material no representativo de endocérnix y endometrio secretor.

El 2/12/2003 la paciente consulta de nuevo en urgencias por metrorragia de 24 h. de evolución en cantidad mayor que regla. En la exploración se observa un cérvix aumentado de tamaño y de consistencia pétreo y sangrante. El hemograma informa de Hb: 9.8 g/dl y Hto:31%. Se deja un taponamiento intravaginal y se ingresa.

El día 5/12/2003 se realiza citología, colposcopia y biopsia de cérvix en la consulta de citodiagnóstico. El informe de anatomía patológica de la biopsia de cérvix es el siguiente: Adenocarcinoma de endocérvix con áreas focales sugestivas de infiltración. Se realiza ecografía ginecológica, urografía iv. Rx tórax y TAC abdomino pélvico. La ecografía informa de una masa ecorefrigente de 42 x 27 mm en la unión istmico-cervical. La urografía y la rx de tórax son normales sin hallazgos significativos y el TAC informa de una masa de 6 x 5 cm que invade la grasa perirectal con probable afectación del parametrio izquierdo. Se realiza valoración clínica encontrando una tumoración cervical fija y poco móvil y un parametrio izquierdo indurado hasta la pared pélvica. Se cataloga de Adenocarcinoma de cérvix estadio IIb y se hace interconsulta al servicio de Radioterapia. Es valorada por este servicio el 16/12/2003 y se indica radioterapia pélvica más Cisplatino y posteriormente Braquiterapia. Tras radioterapia externa que presenta una tolerancia satisfactoria el día 22/3/2004 ingresa para Braquiterapia, transcurriendo ésta sin incidencias. La paciente es remitida a nuestro servicio una vez ultimado el tratamiento con radioterapia y braquiterapia para valorar tratamiento quirúrgico.

Ingresa el 25/5/2004 y se realiza Histerectomía y doble anexectomía el 26/5/04, transcurriendo sin incidencias. El postoperatorio inmediato transcurre con normalidad y se da el alta el 4/6/2004 siendo citada en la consulta externa de ginecología para revisión y seguimiento. La anatomía patológica informa de: Adenocarcinoma infiltrante residual en áreas focales de la pared del cérvix asociada a alteraciones post-radioterapia. Límites quirúrgicos libres de invasión neoplásica”.

QUINTO.- Solicitado, mediante escrito fechado el 20 de diciembre de 2004, informe a la Inspección Médica, se evacua el 28 de noviembre de 2005 en el que, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica de la reclamante, incorpora una serie de datos adicionales y describe las actuaciones practicadas:

“Datos adicionales. Historia Clínica de Atención Primaria, Centro de Salud Infante (Dr. P.): Anotaciones el 15, 19 y 20 de mayo, 11 de junio, 22 de octubre, 19 de diciembre y 20 de enero.

Datos adicionales: Historia Clínica de la Unidad Ginecológica de Apoyo, Centro de Salud Infante: Anotaciones el 13 y 22 de octubre y 17 de noviembre de 2003, 3 y 12 de febrero y 17 de mayo de 2004 (a esta última cita no acude). En la consulta del día 13 de octubre anotan entre otros: “Remitida por matrona por hemorragia al realizar citología”, “hago citología”, “aportará informe Arrixaca de legrado”. En la consulta de 17 de noviembre:” reglas el 30 de agosto, el 20 de septiembre, el 1 de octubre, el 13 de octubre, el 31 de octubre”, “citología: flora mixta”, la determinación de FSH fue de 9.6 y la de LH 10.23, “ECO: mioma de 38x35 intramural, no afecta a cavidad”, “legrado: endometrio inicial”, “doy Climen 6 meses y luego valorar y ECO, Anchafibrin”. Aportan el protocolo de despistaje de cánceres propios de la mujer y el fax recibido de C., laboratorios de análisis clínicos, con el informe de citología de 17 de octubre de 2003.

Datos adicionales: *Historia Clínica de Oncología Radioterápica, HUVA.*

Actuaciones realizadas:

Tras contactar telefónicamente con la reclamante, el día 21 de octubre de 2005, nos comunica que de la cirugía de diciembre de 2003 no tiene queja, que le dicen que ha quedado bien, pero que actualmente y como consecuencia de las sesiones de radioterapia que ha recibido, tiene problemas intestinales y tiene que acudir periódicamente a la consulta de coloproctología además de las de oncología y de ginecología. Nos comenta que previo al episodio de "sangrado que le hizo ingresar en mayo de 2003, todos los años se hizo citología en la consulta de Atención Primaria (Dr. P. actualmente). Alrededor de 2-3 meses después del legrado vuelve a hacerse otra (no puede la matrona y la envía al especialista, que era la Dra. I. en ese momento. Es la citología cuya toma se realizó en la consulta de la Unidad Ginecológica de apoyo el día 13 de octubre, como hemos comprobado).

Puestos en contacto telefónico con el Dr. M., Especialista en Ginecología y Obstetricia, titular de la plaza de la Unidad Ginecológica de Apoyo, Centro de Salud Infante, y solicitarle aclaración sobre el tipo de despistaje que se hace en las consultas de prevención del cáncer cervical, nos comunica que según el protocolo que se sigue en la actualidad, que data del año 2003 (se adjunta al expediente) con periodicidad anual, las mujeres susceptibles de participar en el programa, acuden al médico de familia, la matrona hace la toma de muestra para citología utilizando espátula de Ayre para el área exocervical y vaginal y cepillo endocervical, estando capacitada y formada para la realización de este menester. Una vez recibido el informe del citólogo, si este incluye el término displasia, entre otros, el médico de familia deriva a la paciente al especialista utilizando cita no programada que es muy rápida (uno o dos días). La paciente es examinada y se realiza colposcopia y biopsia, que se envía para su estudio a Anatomía Patológica. Una vez recibido el resultado se decide actuación tras el análisis de todos los datos.

Solicitamos por escrito a la misma Unidad la copia de la Historia Clínica de la paciente, la identificación del Centro de Salud del que proviene la paciente y del médico y matrona que remite la solicitud de consulta y la identificación y comprobación de que se han seguido los procedimientos protocolizados para la prevención y diagnóstico del cáncer de cuello uterino en vigor.

Nos entrevistamos con el citado especialista el día 25 de octubre de 2005, 8:30 horas, en su consulta de Centro de Salud Infante: La paciente tiene su médico de familia y matrona en el mismo edificio por lo que la posibilidad de comunicación es muy fácil. Por esta misma razón las anotaciones de los episodios en la Historia Clínica de Atención Primaria se pueden consultar en la pantalla del ordenador (aportamos estos datos y los de la Historia de la Consulta Ginecológica en el apartado de datos clínicos). A la pregunta de qué información proporciona el informe de citología nos responden que: hormonal, oncológico y microbiológico (además de los datos solicitados por escrito se decide solicitar el informe citológico original de 13 de octubre de 2003 ya que en el sistema informático únicamente hay constancia de flora mixta); cuando reciben el resultado de la citología, las pacientes se citan en consulta para entregar el resultado, aunque éste sea negativo. Actualmente, el Laboratorio de referencia para los estudios citológicos es C., radicado en Sabadell (Barcelona). Teniendo a la vista la copia del informe completo que habían

remitido a la Unidad Ginecológica de Apoyo, nos comunican telefónicamente, el día 7 de noviembre de 2005, desde el Servicio de Atención al Cliente, que no consta en su base de datos ninguna otra petición anterior de la misma paciente. Al día siguiente se ponen en contacto con nosotros porque habían realizado revisión de la preparación que tenían en custodia. Transcribimos a continuación lo expuesto en el informe citológico de número de petición 001/ 9641-2934: “Descripción macroscópica: Se ha recibido una extensión fijada en la que se practica estudio morfológico, funcional y bacteriológico. Tinción de Papanicolaou. Descripción microscópica: Frotis adecuado para efectuar el diagnóstico citológico. Extensión constituida por células escamosas superficiales e intermedias, células metaplásicas y células endocervicales. Presencia de abundantes hematíes. Marcado componente inflamatorio. Flora mixta. Presencia de cambios inflamatorios en células escamosas. Resultado / Interpretación citológica. Toma cérvico - vaginal: Frotis trófico. Flora mixta. Cambios celulares inflamatorios”. A la vista del informe nos comentan que los hematíes, podrían, no de forma segura, enmascarar la visión del extendido celular y que la valoración del informe en último caso corresponde al ginecólogo, que puede repetir la toma, repetirla pasado un tiempo, no repetirla si consideran que la valoración clínica y de visu es conforme con lo hallado, etc.

Contactamos telefónicamente con el Dr. P., Servicio de Ginecología, HUVA, nos comunica que las pacientes diagnosticadas de cáncer se controlan durante años dado que algunos autores consideran que no es una enfermedad a la que se pueda calificar de curada y para hacer un diagnóstico temprano de recidivas o metástasis, si se presentasen.

El día 23 de noviembre, a las 8:15 horas nos entrevistamos con el Dr. P.. En la Hoja 78 del expediente, correspondiente al legrado diagnóstico de 10 de mayo de 2003, se consigna como hallazgo un cuello hipertrófico, de consistencia pétreo. Al solicitar la interpretación de ese término, manifiesta que el término pétreo, referido a cuello uterino, es un concepto clínico que podría significar un proceso neoplásico, que habría que confirmar o descartar. Que la actuación en esta paciente ha estado correctamente guiada pues se legró endocérvix y cavidad enviando el material a anatomía patológica. No se reflejó nada en este estudio. De todas formas si la sospecha persistiese se citaría a la paciente para control en consulta. Cuando el adenocarcinoma se diagnosticó la radioterapia era lo indicado por el estadio tumoral y posteriormente se hizo una histerectomía de rescate. Actualmente la paciente acude a revisión periódica en consulta externa.

Puestos en contacto telefónico con la Unidad de Riesgos Hospitalarios del HUVA, nos informan que la paciente acudió a principios de 2005 a control a Consultas Externas de Ginecología, la paciente se encontraba bien, y la ecografía y citología cérvico vaginal se informaron como normales. Tras comprobar que la paciente tenía un registro reciente, 19 de septiembre de 2005 en Radioterapia.

Entrevista con el Dr. G., Servicio de Oncología Radioterápica, HUVA, el día 24 de noviembre, 9:30 horas. El facultativo-responsable de la asistencia señala que en el caso que nos ocupa el tamaño del tumor implica peor pronóstico. El propósito del tratamiento es la curación (utilizan dosis de radio y quimioterapia radicales y comprobamos que lo inicialmente programado en la revisión de 16 de diciembre de 2003, se llevó a cabo). Los casos como el estudiado los gestionan para tratamiento quirúrgico en Cirugía del Aparato Digestivo y en Ginecología. Las pacientes que se someten a intervención

tras tratamiento radioterápico, son candidatas a mayor cuidado en el procedimiento operatorio. El abordaje y solución de problemas en el acto quirúrgico, así como la decisión del vaciado ganglionar, son a criterio del cirujano. De forma profiláctica en este caso se realizó radioterapia pélvica y en la resonancia no se evidenció afectación ganglionar. Señala que la arteritis de pequeñas arterias (rectitis hemorrágica) es una posibilidad tras la radiación, algunas terminan en el quirófano para resección del segmento afectado. En este caso, no había alternativa por el estadio definido y para mejorar el pronóstico de la paciente. Ella fue informada de todo el proceso y de la posibilidad de efectos secundarios. Nos comunica que aunque ha pasado algún tiempo desde la administración de radioterapia, las manifestaciones en el tracto intestinal de las que se queja en la actualidad pueden ser secundarias a radioterapia. Cuando la exploran por primera vez anotan: "Abdomen blando y depresible, cérvix grande, protrusión en vagina, sangra suavemente de OCE, duro, móvil, fondos vaginales libres. Tacto rectal: fondo vaginal libre, tumor en cérvix de más de 6 cm., rebosable con el dedo, mucosa rectal lisa, no infiltrado." En fecha 20 de febrero de 2004, realizan interconsulta urgente al Servicio de Ginecología: "Paciente de 51 años con diagnóstico de adenocarcinoma de cérvix (IIB), tratado con radio y quimioterapia, con disminución de la lesión. Está pendiente de resonancia. Ruego valorar posibilidad de cirugía en el momento actual. Si no es posible, nos la remitís de nuevo con la mayor brevedad para completar el tratamiento con radioterapia externa y/o braquiterapia". El Dr. P. informó: "La exploración clínica está mejor, pero aún persiste la induración del parametrio izquierdo. Sería conveniente completar el tratamiento radioterápico y luego volverla a evaluar para posible histerectomía (no W. M)". En las anotaciones de 4 de marzo de 2004, leemos que desde la quimioterapia, aqueja sensación de huesos flojos, algias en hombro izquierdo, depresión (muy afectada por su enfermedad), estreñimiento (toma solo dieta). En la RM se observó tumor de 3x2.7x3.5, invade vagina, parametrio izquierdo, exploración abdominal negativa, en región glútea lesión cutánea de 3-4 cm sin interés. Pendiente de sesión con Cirugía de Aparato Digestivo. Reserva para Braqui el 15 o 22 de marzo. Solicito preanestesia. En la exploración realizada el día 8 de marzo anotan: "buen estado general, abdomen blando y depresible, espéculo: cérvix engrosado (>4cm), mucosa no ulcerada, fondos vaginales libres, histerometría de 7 cm. Tacto: Parametrios libres, algo indurados pero no parece tumoral, útero en retro y a la derecha." El día 10 anotan: "sesión consulta de aparato digestivo II, Historia Clínica CAP, hablado con la paciente". El día 12 anotan: "Historia Clínica a Cirugía Aparato Digestivo II". El día 22 de marzo ingresa para implante radioquirúrgico ginecológico y tras braquiterapia es alta el día 24 de marzo. El día 5 de abril anotan: "Clínicamente bien, se remite a Ginecología." El día 4 de junio anotan: "Intervenida el 26 de mayo en Gine, postoperatorio bien. Tacto vaginal bien, blando, libre." El día 8 de septiembre anotan: "Histología: Adenocarcinoma infiltrante residual en áreas focales de la pared del cérvix y alteraciones postradioterapia y bordes quirúrgicos libres. No se referencian ganglios. Subjetivo: episodios leves de incontinencia urinaria y rectal. Exploración: Consciente y orientada, buen estado general, abdomen sin interés, tacto vaginal libre y elástico, revisión en seis meses. Vista en Gine." El día 10 de marzo de 2005 anotan entre otros: rectitis y heces con sangre roja desde hace 20 días, leve tenesmo. No hemorragia vaginal". El día 14 de marzo de 2005 leemos: "Acude por fiebre de 39°C desde el jueves y nódulo doloroso en región cervical derecha. Ha estado en urgencias y la remiten a consulta de oncología; radiografía de tórax negativa." El 18 de abril de 2005 leemos: "Ha desaparecido nódulo cervical y la fiebre. PAAF de cuello: linfadenitis reactiva. Revisión en 6 meses". El 19 de septiembre de 2005 leemos: Rectitis y hemorragias rectales, estreñimiento. Abdomen blando y depresible, vagina libre y elástica.

Tacto rectal: No se aprecia patología. Ha realizado múltiples tratamientos tópicos rectales sin mejoría. Revisión en seis meses.

Además de la revisión del caso, recogemos el documento de consentimiento informado de Autorización para la Realización de Radioterapia que no habíamos localizado previamente en el expediente, firmado por la paciente y el médico el día 16 de diciembre de 2003. En el apartado de efectos no deseados que puede producir señalan: cistitis, rectitis, enteritis, uretritis, flebitis, vasculitis, edema, otros. Se añade al expediente.

Entrevista con la Dra. I. Servicio de Ginecología, Hospital Reina Sofía, el día 28 de noviembre de 2005 a las 10:30 horas. En la fecha de los hechos trabajaba en la Unidad Ginecológica de Apoyo del Centro de Salud Infante. Expone que ve a la paciente por solicitud personal del Dr. P., ya que en condiciones normales su Ginecólogo de zona estaría ubicado en San Andrés. A la vista del estado anímico de Doña M. y vista la lista de espera del Centro de Especialidades se acercó a hacer la toma de citología a la sala de la matrona (es la citología tomada el día 13 de octubre, en el mismo día comprobamos que anotó en la historia “próxima visita hacer eco” y “aportará informe Arrixaca de legrado”, porque comenta que la ecografía no se puede hacer en la sala de la matrona y sí en la consulta de ginecología, donde citó a la paciente, ya que hay una anotación del día 17 de noviembre de 2003 con las fechas de las últimas reglas, el resultado del informe citológico, el resultado de la exploración ecográfica, y “legrado 5/03 endometrio inicial” que identificamos como el resultado valorado en el informe de anatomía patológica del legrado fraccionado realizado en el HUCA). Su impresión al revisar el informe de anatomía patológica citado es que, desde el punto de vista de la medicina, no hay más actuaciones que se puedan hacer. A la paciente se la sometió a exploración y legrado bajo anestesia, actuación que va mucho más allá de lo que se puede conseguir en una consulta normal para descartar cualquier tipo de patología, y no le sorprende lo descrito como material no representativo de la Hoja 15 puesto que realmente si no hay descamación y las neoplasias la producen abundantemente, no se recupera habitualmente en esa zona masa celular o tejido. Se demuestra que se intentó insistentemente diagnóstico diferencial de lo que al final de definió como metrorragia disfuncional. No hallando signos que indiquen patología no hay nada que justifique otro seguimiento que el realizado”.

Finaliza la Inspectora su informe con el siguiente juicio clínico:

“Tras diagnóstico de adenocarcinoma endocervical, la paciente fue sometida a tratamiento radioterápico y cirugía, consiguiéndose resección completa, con límites quirúrgicos libres de invasión neoplásica. Desde el momento del alta quirúrgica, la paciente estuvo controlada en Consultas Externas de Ginecología y según las exploraciones y pruebas complementarias realizadas se encuentra en intervalo libre de enfermedad.

Se demuestra que los posibles efectos secundarios de la radioterapia que la paciente expresa son típicos, están señalados en el consentimiento informado y no son evitables dada la intención curativa de las dosis utilizadas.

Previo al diagnóstico señalado, se evaluó y trató la hemorragia por la que la paciente accedió al hospital y la presunción diagnóstica fue de metrorragia disfuncional. Pese a investigar otras posibilidades, no se demostró otra patología. La paciente se citó para revisiones. En control realizado por Especialista en Ginecología”.

Concluye proponiendo la desestimación de la reclamación al no detectar mala praxis en las actuaciones médicas seguidas con la paciente.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la Compañía de Seguros, la primera presenta escrito de alegaciones que ratifica las formuladas con ocasión de su reclamación inicial, pues considera que ha quedado acreditado que en la primera ocasión en que fue atendida en el HVA ya padecía el carcinoma de endocérvix el cual se podría haber diagnosticado si se hubiesen practicado más pruebas. Hace hincapié en el hecho de que ante el escaso material conseguido en el primer legrado no se repitiera éste, lo que hubiera posibilitado un diagnóstico más precoz del cáncer que padecía.

La segunda comparece en el expediente aportando dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Obstetricia y Ginecología, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que consideran oportunas, concluyen del siguiente modo:

“1. Doña M. M. L., acudió a Urgencias del H. Virgen de la Arrixaca el 9 de mayo de 2003 por presentar un cuadro de metrorragia. Tras un estudio ginecológico que incluyó exploración y ecografía se realizó un legrado ginecológico, siendo dada de alta al día siguiente.

2. El legrado fue realizado con un protocolo correcto para criterios de diagnóstico oncológico. El estudio anatomopatológico no detectó signos de cáncer ginecológico (fue negativo). Se emitió el diagnóstico de hemorragia disfuncional y mioma uterino.

3. El proceso clínico que padecía la paciente no justificaba la necesidad de realizar ninguna otra prueba diagnóstica, siendo adecuado el criterio de remisión para revisiones a su especialista de zona.

4. Cinco meses después del primer proceso le fue realizada una nueva revisión ginecológica que incluyó citología cérvico-vaginal y ecografía. La citología fue negativa para diagnóstico de cáncer y la ecografía confirmó el diagnóstico anterior de pequeño mioma.

5. Dos meses después presenta una hemorragia genital claramente de origen cervical, siendo diagnosticado un adenocarcinoma endocervical.

6. El estudio de extensión y el tratamiento pautados son correctos y ajustados al protocolo de la SEGÓ.

7. No consideramos que se haya producido un retraso diagnóstico, ya que desde el primer momento, en la primera visita a urgencias, se aplicaron los medios diagnósticos y terapéuticos adecuados al proceso clínico de la paciente. Es de señalar la negatividad de las muestras de endocérvix y endometrio obtenidas en el legrado y la posterior de la citología cervico-vaginal.

8. La actuación de los facultativos intervinientes ha estado conforme a la Lex Artis. No encontramos indicios de mala praxis”.

SÉPTIMO.- Mediante escrito registrado de salida el día 2 de marzo de 2006, se da traslado a la Inspección Médica de las nuevas actuaciones practicadas en el expediente, al objeto de que emita informe complementario al evacuado en su momento.

Dicho requerimiento fue cumplimentado por la Inspectora con fecha 17 de mayo de 2006, mediante informe en el que indica que el análisis de la documentación remitida “no modifica la valoración del informe previo, en el que nos ratificamos”.

OCTAVO.- El día 16 de junio de 2006 se procede a notificar a la interesada la apertura de un nuevo trámite de audiencia, como consecuencia de haberse incorporado al expediente nueva documentación. La reclamante presenta escrito en el que se ratifica en sus alegaciones relativas a la deficiente atención sanitaria que recibió en su momento, lo que impidió que se diagnosticase con más antelación el cáncer que padece.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño sufrido por la paciente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 19 de julio 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 fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa el error de diagnóstico por el que

reclama la interesada se habría producido el día 11 de mayo de 2003, pero el mismo no se habría evidenciado hasta el día 17 de diciembre de 2003, fecha en la que se diagnostica el carcinoma de cérvix. Por otro lado, en el momento de interponer la reclamación (15 de julio de 2004) la paciente todavía permanecía en tratamiento por no haberse producido aun la sanación de sus dolencias.

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 se ha rebasado ampliamente el plazo para la resolución de la reclamación (artículo 13.3 RRP), constando la paralización de actuaciones desde el 20 de diciembre de 2004, fecha en la que se solicita informe de la Inspección Médica, hasta el día 12 de diciembre de 2005, en que la Subdirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria remite el correspondiente informe elaborado el anterior día 28 de noviembre. 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.- 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.

Para la reclamante la causa del daño se encuentra en el hecho de que en la asistencia que se le prestó en el HVA en mayo de 2003 no se le diagnosticó la dolencia que finalmente se puso de manifiesto el siguiente mes de diciembre. En esta última ocasión se le diagnosticó, ya correctamente, la dolencia que padece, consistente en un adenocarcinoma de cervix estadio IIB. Es decir, la imputación del daño al servicio público se objetiva así como un retraso en el diagnóstico de la enfermedad que padecía, debido a que la primera vez que acudió al Hospital los facultativos que le atendieron no agotaron todas las actuaciones médicas pertinentes que hubieran permitido un diagnóstico más precoz. Especial hincapié hace la interesada en el hecho de que ante una muestra no representativa de endocérvix no se repitiera el legrado, posibilitando así una nueva biopsia en la que se hubiera podido detectar que lo que realmente tenía no era un mioma sino un carcinoma.

A la hora de valorar la posible concurrencia de un retraso en el diagnóstico deben ponderarse dos circunstancias. Por un lado, la presencia de síntomas clínicos suficientes para que la enfermedad hubiera podido ser razonablemente detectada, empleando los medios disponibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento del diagnóstico, y, por otro, la influencia que dicho retraso diagnóstico haya podido tener en el empeoramiento o agravamiento de la enfermedad sufrida por la paciente.

En primer lugar, resulta del expediente que la falta de diagnóstico en la primera asistencia de la patología que padece la reclamante no fue contraria a la *lex artis*. Los síntomas presentados por la paciente cuando fue examinada en mayo de 2003 eran compatibles con un mioma, no obstante lo cual se intentó un diagnóstico diferencial practicándole un legrado; y si bien es cierto que las muestras obtenidas no eran representativas de endocérvix, también lo es -según los informes médicos que obran en el expediente- que no resultaba indicado repetir el legrado. En efecto, señala la Dra. I., especialista en Ginecología, que *“no le sorprende lo descrito como material no representativo de endocérvix de la Hoja 15 (informe anatomopatológico) puesto que realmente si no hay descamación, y las neoplasias la producen abundantemente, no se recupera habitualmente esa zona masa celular o tejido”* (declaración recogida en el Informe de la Inspección Médica, folio 108). Esta aclaradora interpretación nos permite mantener que, realizado el legrado con cumplimiento de los protocolos existentes al respecto (circunstancia que se afirma sin lugar a dudas en todos los informes médicos incorporados al expediente), la no obtención de muestra representativa de endocérvix permite descartar, en principio, la presencia de un carcinoma. Sentado la anterior, el sistema sanitario público no se desentiende de la

paciente. Muy al contrario se lleva a cabo un nuevo control citológico y ecográfico en octubre de 2003, sin que tampoco se detectara la patología (folio 109 del informe de la Inspección Médica). Por otro lado, cuando la reclamante acude en diciembre de ese mismo año al HVA por una nueva metrorragia, vuelve a ser exhaustivamente reconocida y ahora sí que las pruebas practicadas evidencian la existencia de un carcinoma que es correctamente tratado con quimioterapia y radioterapia. La histerectomía de rescate que finalmente se realizó resultaba asimismo indicada, siendo el resultado final la resección completa del adenocarcinoma, con límites quirúrgicos libres de invasión neoplásica. En todas estas actuaciones asistenciales no cabe apreciar, como se señala en los informes médicos obrantes en el expediente (el de la Inspección Médica y el aportado por la Compañía aseguradora), una mala praxis médica.

En segundo lugar, tampoco ha quedado acreditado que el hipotético retraso en el diagnóstico pudiera haber influido en el tratamiento a aplicar y en el pronóstico de la enferma. En efecto, a la vista de la documentación incorporada al expediente, no puede afirmarse que el transcurso del período de tiempo entre las dos asistencias (escasamente seis meses) haya influido negativamente -al menos, de modo decisivo- en la evolución de la dolencia. En efecto, no existe informe médico alguno en el que se sugiera que la quimioterapia y la radioterapia se habrían evitado en el caso de una detección más precoz; y en cuanto a los problemas intestinales que la paciente aduce padecer como consecuencia de la radioterapia, y que según la anotación efectuada en su historia clínica (referencia contenida en el folio 107 del informe de la Inspección Médica) se describe como “*rectitis y hemorragias rectales*”, constituye uno de los efectos no deseados que puede producir la radioterapia y que, según el citado informe, se hacía constar en el documento de consentimiento informado firmado por la paciente. En relación con este documento se constata que no ha sido incorporado al expediente a pesar de que la Inspectora actuante afirma haberlo hecho, omisión que debe subsanarse antes de resolver la reclamación.

Frente a estos juicios técnicos la interesada no ha realizado esfuerzo probatorio significativo en ese sentido (como pudiera haber sido la aportación de un informe pericial), carga probatoria que le corresponde a tenor de la distribución que de ella hace la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 217).

Lo expuesto conlleva que no pueda apreciarse nexo de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, que aplicaron los medios diagnósticos que la ciencia médica aconsejaba para los síntomas y el cuadro clínico de la paciente. Ello, a su vez, impide considerar el daño como antijurídico y, por tanto, resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial, que en el supuesto planteado ha de declararse inexistente.

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 nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 147/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. F. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 18/09/06

Extracto de Doctrina

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 del Consejo Jurídico núm. 3/2004).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de junio de 2003, D. P. E. G. R., en nombre y representación de D. F. J. F. C., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los siguientes hechos, según describe:

“Que el día 8 de junio de 2002 mi mandante fue trasladado por el 061 al Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia, con motivo de haber sido encontrado por sus familiares sobre las dos de la madrugada, en su casa, inconsciente, sin respuesta a estímulos y con restos alimenticios por vómitos (...)

Que, como consecuencia de la tardanza por parte de los servicios médicos-sanitarios a la hora de asistir a mi representado, su estado de salud empeoró considerablemente, toda vez que presentaba síntomas de una hemorragia cerebral, la cual debía haber sido tratada con la urgencia que su gravedad requería.

Que, en la actualidad, y como resultado de la negligente asistencia médica recibida, mi mandante se encuentra en un estado de coma vigil debido a una malformación arteriovenosa cerebral parcialmente embolizada, precisando de continuo tratamiento médico y rehabilitador”.

Finalmente solicita una indemnización, que en su día concretará, por los daños producidos por la tardanza en la prestación de la asistencia médica por parte del Servicio Murciano de Salud.

SEGUNDO.- Con fecha 18 de septiembre de 2003, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que es notificada al interesado.

TERCERO.- Asimismo se notifica la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Correduría de la Compañía de Seguros del ente público, a la Gerencia de Atención Primaria del 061, y al Hospital Virgen de la Arrixaca, solicitando la historia clínica del paciente y los informes de los facultativos que le atendieron.

CUARTO.- La Gerencia de Atención Primaria del 061 informa, mediante nota interior de 6 de octubre de 2003, que la primera llamada se produjo a las 2:42 del día 8 de junio de 2002, activándose la UME-2 a las 2:45, y llegando al domicilio del paciente 12 minutos más tarde, a las 2:54.

Asimismo remite un informe del Dr. J. A. V. A. que señala: *“Con fecha 8 de junio del año 2002 a las 2,55 horas recibimos un aviso de un paciente con un cuadro de inconsciencia en la localidad de Nonduermas, llegando al domicilio en 12 minutos según muestra historia clínica. A nuestra llegada encontramos al paciente con un cuadro de inconsciencia que responde a estímulos dolorosos localizando el dolor, y con pupilas mióticas y reactivas, siendo la auscultación y el estado cardiocirculatorio dentro de la normalidad. Ante el estado del paciente es llevado al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca para valoración del origen del coma y su ingreso”.*

QUINTO.- El reclamante presenta escrito de proposición de prueba el 10 de octubre de 2003, interesando la admisión y práctica de las siguientes:

-Documental, consistente en los informes clínicos de alta del Hospital Virgen de la Arrixaca y del Departamento de Neurología y Neurocirugía de la Clínica Universitaria que acompaña.

-Testifical de las personas que relaciona en el folio 27.

SEXTO.- Con fecha 18 de diciembre de 2003, se recibe del Hospital Virgen de la Arrixaca la historia clínica del reclamante (folios 36 a 106), así como el informe del Dr. L. H. del Servicio de Neurocirugía que le asistió a su llegada al centro hospitalario (folios 107 a 109), que resume la intervención y la actuación sanitaria:

“1. Nosotros tomamos contacto con el paciente el día de su ingreso en la UCI de este Hospital e inmediatamente se inició tratamiento quirúrgico para aliviar la presión intracraneal por su hemorragia.

2. Las lesiones que presentaba el paciente y que luego fueron confirmadas por angio-tac y angiografía muestran una lesión arteriovenosa grave en Región Talamica izquierda, que no se pudo embolizar totalmente por peligro para la vida del paciente, por lo que de común acuerdo con los familiares (madre), decidimos posponer la segunda parte del tratamiento, que sería una nueva arteriografía y una nueva embolización, si hubiera lugar, advirtiéndosele de los riesgos que se corren y también de que no existe tratamiento quirúrgico para abordar dicha malformación.

3. Con respecto a negligencia en la asistencia médica recibida, nosotros no encontramos ningún motivo ni ha habido ningún retraso ni duda con respecto al mejor tratamiento a seguir con dicho paciente. Es importante que se sepa que la lesión que presentó el paciente puede alcanzar mortalidades en cuanto al 50 o 60% y que como he referido anteriormente, todavía no se ha completado el tratamiento endovascular (en el caso de que sea aceptado por la familia), así como tampoco el paciente ha sido dado de alta en ningún momento por parte del Servicio de Neurocirugía”.

SÉPTIMO.- En contestación a las peticiones reiteradas de información sobre la estancia del paciente en el Servicio de Urgencias y a la demora en su ingreso en la UCI, el coordinador de urgencias del hospital Virgen de la Arrixaca Dr. D. D. M. T. D. emite el siguiente informe:

“La atención sanitaria que recibe un paciente al llegar al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, es tan adecuada y cualificada como la que pueda recibir en la Unidad de Cuidados Intensivos (U.C.I.).

Los facultativos de Urgencias estabilizan al paciente, proceden a su intubación y sedación en el momento en que llega; se realiza historia clínica y pruebas analíticas pertinentes, en este caso la forma más rápida de realizar un TAC o RMN, es desde Urgencias y coordinar la actuación con la llamada al especialista de guardia, (en este caso el neurocirujano), para enviar al enfermo al quirófano de urgencias o a la U.C.I., a la que el enfermo llega diagnosticado y estabilizado.

El tiempo de permanencia en Urgencias no tiene ningún valor pronóstico, pues desde el primer momento se le está realizando al paciente todas las actuaciones que precisa.

En el Servicio de Urgencias se le practican todas las pruebas que precisa incluso con prioridad con respecto a la U. C. I.

Las pruebas que se le realizaron son las protocolarizadas en estos casos y todas fueron necesarias y estaban indicadas”.

OCTAVO.- Con fecha 6 de octubre de 2004 (registro en la Delegación de Gobierno), el reclamante, ante la falta de respuesta a su escrito de proposición de prueba, reitera los términos de la reclamación presentada.

NOVENO.- Con fecha 25 de junio de 2004 se solicita a la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación, que es emitido el 22 de diciembre de 2004, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1. No apreciamos tardanza por parte de los servicios médicos sanitarios a la hora de asistir. Desde que se registra la llamada del domicilio en el sistema informático del 061 hasta la llegada de la ambulancia transcurren 12 minutos.

2. En el actual proceso, desde que la unidad medicalizada del 061 llegó a su domicilio y evaluó inicialmente su estado, consideramos que ha estado bajo vigilancia médica en todo momento.

3. En el hospital, mediante la coordinación de los servicios de urgencia con neurocirugía y medicina intensiva se atiende a su estado vital de inicio, mientras se evalúa la afectación cerebral con TAC.

4. Una vez visualizada la lesión, se inicia tratamiento y se hacen frente a las sucesivas complicaciones, según consta en los informes clínicos.

5. El origen de la hemorragia cerebral se consideró una malformación arteriovenosa observada por angiografía que se trató con embolización selectiva.

6. El paciente ha continuado asistiendo a consulta externa de Neurocirugía donde evalúan y controlan las lesiones residuales. No hay relación de causalidad entre la lesión residual por la que se reclama y la conducta profesional.

7. Del estudio de la documentación integrante de este procedimiento, podemos concluir que todos los profesionales que atendieron a D. F. J. F. C. lo hicieron siguiendo de forma responsable las normas de la LEX ARTIS, no apreciando negligencia o incorrección en la asistencia médica”.

DÉCIMO.- Se comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia, presentándose alegaciones por parte de la parte reclamante en fecha 23 de febrero de 2005, en las cuales se deja constancia de que el paciente sufrió un accidente de moto anteriormente (el 10 de septiembre de 2001), que le causó un traumatismo craneoencefálico con pérdida de conciencia transitoria, por lo que fue ingresado en el Hospital Virgen de la Arrixaca, donde se le practicó un TAC craneal que mostraba imágenes de moderada hiperdensidad a nivel del lado izquierdo, siéndole diagnosticada una hemorragia tentorial izquierda, prescribiéndole reposo relativo durante un mes y revisión por su médico de cabecera.

Relata el reclamante que, tras sufrir dicho accidente, el paciente sufría fuertes dolores de cabeza cada 7 o 14 días, por lo que visitó en varias ocasiones a su médico de cabecera en el Centro de Salud de Nonduermas para solicitar la realización de pruebas que determinaran el origen de dichas migrañas, sin que el doctor autorizara su realización, cuando la práctica de un simple TAC o Angiograma cerebral habría sido suficiente para diagnosticar la malformación.

En relación con la asistencia del día 8 de junio del 2002, manifiesta que tras personarse el 061 en su domicilio, a llamada de los familiares que le encontraron sobre las 2,42 horas de la madrugada, después de una primera valoración por el Dr. D. A. V. A. recoge como causa de la inconsciencia “posible coma etílico”, y que tras decidir su traslado urgente al hospital, el conductor de la ambulancia lo retrasó solicitando la tarjeta sanitaria, y posteriormente no activó las luces y sirena de emergencia.

Alega también el reclamante que trascurrieron más de dos horas desde que se llamó a la ambulancia hasta que se decidió intervenir de urgencia por el neurocirujano de guardia, todo ello para descartar que la causa del coma no se debía a la ingestión de cualquier sustancia, circunstancia que ya habían aclarado los familiares.

Reitera, asimismo, la práctica de la prueba testifical propuesta, entendiendo que las declaraciones de D^a. E. M. M. y D^a. M. T. M. G. podrían contribuir a dilucidar si las actuaciones de los facultativos fueron acordes con la *lex artis*.

UNDÉCIMO.- Tras las alegaciones de la parte reclamante, se solicita a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia y al Hospital Virgen de la Arrixaca la historia clínica del paciente tras el accidente de tráfico sufrido el 10 de septiembre de 2001, así como informes de los profesionales que le asistieron.

Por D. J. A. S. I., médico del Centro de Salud de Nonduermas, se contradicen las afirmaciones del letrado actuante:

“Conviene destacar en el escrito de reclamación, en lo referente al médico de cabecera, que al letrado (...) ó se le ha informado mal o falta a la verdad de una forma flagrante, ya que en el periodo que él dice “entre el accidente y hasta que ocurrieron los hechos controvertidos”:

- 1. Jamás vino el paciente refiriendo fuertes dolores de cabeza como consta en la hoja de consulta.*
- 2. Jamás el paciente solicitó ni tomó ningún medicamento como consta en la hoja de consulta.*
- 3. Al mes del accidente pidió voluntariamente el alta laboral, por medio de su madre que acudió a consulta el 11-X-01, como consta en la hoja de consulta y en la hoja de control de ILT.*

4. *Jamás el paciente solicitó la realización de prueba alguna como consta en la hoja de consulta.*

5. *Es totalmente falso a la verdad que acudiera en “numerosas ocasiones a su médico de cabecera del Centro de Salud”, ya que él, personalmente sólo acudió el 19.02.2002, por bronquitis, como consta en la hoja de consulta”.*

A su vez, el Dr. J. G. T. del Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca aclara, en relación con el accidente de motocicleta anterior que sufrió el paciente en septiembre de 2001 (folio 171), que sufrió un traumatismo craneal sin llevar casco, con pérdida de conocimiento durante unos momentos y que fue dado de alta del hospital sin secuelas neurológicas, como recoge el informe en su día emitido que estima plenamente válido.

DUODÉCIMO.- La compañía de seguros Z. E., tras estudiar la reclamación efectuada, presenta dictamen realizado colegiadamente por los Drs. D. J. M. A. M., D. S. M. M. y D. T. I. M., especialistas en medicina interna, que consideran:

“En el caso que nos ocupa el paciente es atendido en tiempo y forma correcta por los Servicios del 061, quienes inician la asistencia del paciente mediante el desplazamiento de una UCI móvil tan sólo 12 minutos después de la primera llamada solicitando asistencia. Tras comprobar la estabilidad del enfermo se realiza su traslado debidamente monitorizado al Hospital Virgen de la Arrixaca. En el Servicio de Urgencias de dicho hospital también se actúa correctamente procediendo a la intubación de la vía aérea como medio de preservar su permeabilidad, mientras se completa el estudio del paciente. En un plazo inferior a las tres horas el enfermo es estabilizado, sometido a las diversas exploraciones que permiten realizar el diagnóstico de hemorragia cerebral, intervenido para disminuir la hipertensión intracraneal consecuencia directa del propio sangrado y del edema asociado y trasladado a la unidad de cuidados intensivos (...)

Pese a todos los esfuerzos terapéuticos en este paciente, el mismo presenta secuelas importantes que derivan de la propia gravedad del sangrado producido por la MAV y no de la actuación de los profesionales sanitarios que ha sido correcta y ha permitido no solo salvar la vida del paciente sino conseguir también cierto grado de mejoría en su situación neurológica, como se comprueba en la última revisión de la que tenemos constancia realizada en el Servicio de Neurocirugía.”

DECIMOTERCERO.- Con fecha 20 de mayo de 2005 emite informe complementario la Inspección Médica, según consta en los folios 189 y siguientes del expediente, sobre el tratamiento del paciente tras el accidente de motocicleta sufrido en el año 2001, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1. El paciente fue valorado por especialistas, que asistieron adecuadamente el proceso de traumatismo craneoencefálico, evolucionando favorablemente y siendo alta a su domicilio asintomático.

2. No hay evidencias de que este proceso fuese causa del que propició la reclamación, ni de que el paciente entre ambos procesos solicitase atención médica.

3. No es pertinente ninguna otra observación sobre el resto de alegaciones presentadas, ya comentadas en el informe previamente emitido. No hay documentación que avale los razonamientos en que se sustentan y nos remitimos para su aclaración a los informes

realizados en su día por los servicios implicados del Hospital Virgen de la Arrixaca y en el informe inicial”.

DECIMOCUARTO.- En un nuevo trámite de audiencia, la parte reclamante presenta escrito de alegaciones el 24 de junio de 2005 (certificación en la Oficina de Correos), mostrando su disconformidad con el informe del médico de cabecera llegando a manifestar que desconoce el motivo de que las visitas del paciente con motivo de los frecuentes e intensos dolores de cabeza, tras el accidente de 10 de septiembre de 2001, no aparezcan en la historia clínica del enfermo y que quizás pueda deberse a que no se le prescribiera receta o medicamento alguno. Reitera las alegaciones ya efectuadas sobre la asistencia realizada por el servicio del 061 y la UVI móvil, concretamente sobre el error de diagnóstico realizado por el facultativo desplazado, que pudo motivar el retraso de asistencia sufrido en el Hospital Virgen de la Arrixaca, al tener que realizarle pruebas complementarias que descartaran la ingestión de sustancias que pudieran motivar el estado de inconsciencia del paciente, y que el traslado del enfermo no se realizó en las debidas condiciones, pues la hora de llegada al hospital se produce a las 3,30 horas de la madrugada (media hora más tarde), sin que se activaron las luces de emergencia evidenciando también un cierto retraso en el desplazamiento, pues a la hora que se produjo no existen problemas de tráfico. También pone de manifiesto la pérdida de un tiempo valioso en el Servicio de Urgencias antes de su intervención por el Servicio de Neurocirugía y su ingreso posterior en la UVI (a las 4,57 horas) debido a que al paciente se le estuvieron realizando pruebas para descartar la existencia de sustancias extrañas en sangre, antes de que se decidiera practicar un TAC.

Discrepa también del dictamen médico aportado por la compañía de seguros, respecto al momento en que fue intubado el paciente cuando llega al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca y que, desde la llamada realizada por los familiares hasta que se procedió a determinar que tenía que ser operado de urgencia por el neurocirujano de guardia, transcurrieron más de dos horas durante las cuales no fue debidamente intubado, permaneciendo tal y como había llegado a los servicios de urgencia, es decir, sin ningún tipo de auxilio respiratorio, y ello a pesar de que sufría continuos vómitos y expulsaba espuma por la boca, tal y como acreditarían con las pruebas testificales propuestas.

Añade otra nueva imputación relativa a que cuando el paciente se encontraba ingresado en la UCI sufrió un infarto cerebral e hidrocefalia, sin que estuviera convenientemente vigilado por la enfermera encargada.

Por último, reitera la petición de la prueba testifical de dos de las personas que presenciaron lo ocurrido en los servicios de urgencia, mostrando su sorpresa por la denegación de su práctica.

DECIMOQUINTO.- En fecha 14 de septiembre de 2005 (registro de salida), la instructora solicita del letrado actuante que acredite documentalmente la representación con la que actúa, presentándose un escrito posterior (folio 206) por parte de la madre del paciente, que actúa en su nombre al estar incapacitado tanto física como psíquicamente, y otorga la representación al letrado actuante, manifestando su intención de iniciar un proceso de incapacitación judicial.

DECIMOSEXTO.- La propuesta de resolución, de 17 de octubre de 2005, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial.

DECIMOSÉPTIMO.- Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, es evacuado bajo el núm. 190/2005 en el sentido de que se debía completar la instrucción del expediente con la práctica de la prueba testifical propuesta por la parte reclamante, sin perjuicio de la valoración ulterior que se realice por parte del órgano instructor de los resultados de la misma y de las tachas que pudiera formular; completada la instrucción, debía elevarse nuevamente al Consejo Jurídico para emitir el Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

DECIMOCTAVO.- En su cumplimiento figuran las declaraciones de las dos testigos, de 27 de febrero de 2006, recogidas en el acta obrante en el folio 264, que seguidamente pasamos a reproducir:

“Declaración de D^a. M. T. M. G..

Pregunta.- *¿Qué relación le une con Doña M.?*

R. Es una amiga.

Pregunta.- *¿Usted acompañaba a Doña M. C. cuando tras ser avisada por su otro hijo, llegó a su domicilio para ver que le había ocurrido a F. J.? ¿Fue testigo de la actuación de los servicios de urgencias que se desplazaron al domicilio?*

R. Estaba con M. cuando su otro hijo llamó diciendo que había llamado a la ambulancia, porque su hermano F. J. estaba inconsciente. Estábamos en una cafetería en Centrofama, fuimos hasta la Gran Vía a la altura del Banco de España, donde teníamos el coche y llegamos al domicilio al mismo tiempo que la ambulancia y fui testigo de la actuación de los servicios de Urgencias.

Pregunta.- *¿Qué hechos presencié y recuerda del día 8 de junio de junio de 2002 que motivan la reclamación de Doña M. C. C. en nombre de su hijo F. J. F. C.?*

R. Entraron los de la ambulancia y tranquilamente actuaron como si hubiera bebido o drogado expresándolo de este modo, sin proceder a intubarlo.

Pregunta.- *¿Usted viajó en la ambulancia junto con Doña M. C. y Don F. J. F.? ¿Nos puede decir si tanto en el domicilio como en la ambulancia le dieron respiración asistida a F. J.? ¿En que consistió la asistencia médica recibida?*

R. No nos dejaron subir a la ambulancia y las dos nos fuimos con su hermana y su cuñado en el coche de ellos.

En el domicilio no procedieron a intubarlo y cuando lo vi salir de la ambulancia ya en el Hospital tampoco.

La asistencia consistió en una exploración física.

Pregunta.- *¿Recuerda que ocurriera algún incidente entre Doña M. C. y el conductor de la ambulancia en la puerta de su domicilio?*

R. Cuando estábamos en el coche el de la ambulancia dijo que necesitaba la tarjeta sanitaria y que si no, no se movía la ambulancia y M. tuvo que bajar del coche e ir a recogerla.

Pregunta.- *¿Nos puede decir cuanto tiempo aproximadamente tardó en llegar la ambulancia al Centro Hospitalario de La Arrixaca? ¿Recuerda que se activaran las luces y sirenas de la ambulancia?*

R. Desde su casa a la Arrixaca por lo menos 20 minutos. No se activaron las sirenas y lo vimos porque íbamos detrás de la ambulancia y llegamos a la vez al hospital.

Pregunta.- *¿Cuánto tiempo aproximadamente estuvieron en urgencias antes de proceder a intervenir de urgencia a F. J.? ¿Es cierto que no procedieron a intubar a F. J. hasta que fue intervenido quirúrgicamente?*

R. Más de dos horas, aproximadamente dos horas y media.

No lo intubaron.

Pregunta.- *¿Recuerda que Doña M. C. le comentara a los médicos que su hijo no había consumido ningún tipo de sustancias?*

R. Todos se lo dijimos, que el chico ni fumaba ni bebía. Después volvieron a preguntarlo de nuevo y decían que tenía que haber tomado algo y que preguntaran a los amigos.

Declaración de D^a. E. M. M..

Pregunta.- *¿Nos puede decir si se encontraba presente el día 8 de junio de 2002 en los servicios de urgencias cuando se produjeron los hechos que motivan la reclamación de Doña M. C. C. en nombre de su hijo F. J. F. C.?*

R. Tengo una relación de amistad con la madre del chico y mis hijos con los suyos. Por este motivo la tía de F. J. que estaba en urgencias me llamó a casa para preguntarles a mis hijos si habían tomado algún tipo de droga, porque los médicos estaban preguntándolo.

Llegué a urgencias junto con mis hijos y lo primero que vi fue que se llevaban a F. J. dentro y nos enteramos que le iban hacer un scanner.

Cuando lo vi al salir del scanner y en dirección al quirófano no llevaba ninguna respiración asistida ni ningún aparato y estaba echando espumarajos por la boca.

Pregunta.- *¿Nos puede decir si durante el tiempo que F. J. permaneció en urgencias fue debidamente ventilado con respiración asistida? ¿Antes de intervenirle quirúrgicamente se encontraba con respiración asistida?*

R. Ya he respondido que salió del escáner sin respiración asistida.

Me han comentado que con anterioridad tampoco llevaba respiración asistida ni tampoco en la ambulancia.

Pregunta.- *¿Recuerda que Doña M. C. le comentara a los médicos que su hijo no había consumido ningún tipo de sustancias?*

R. En repetidas veces se lo comentábamos todos los asistentes, pero anteriormente M. me dijo que ya se lo había comentado insistentemente”.

DECIMONOVENO.- *Trasladadas las declaraciones testificales a la Inspección Médica a fin de que pudiera hacer las aclaraciones que estimara procedentes, emite un informe complementario el 17 de mayo de 2006, en el que se ratifica en la valoración contenida en los anteriores (folio 270).*

VIGÉSIMO.- *Otorgado trámite de audiencia a la parte reclamante, insiste en que las lesiones y secuelas del paciente se deben única y exclusivamente al funcionamiento*

del Servicio Murciano de Salud, como queda reflejado en las declaraciones testificales, haciendo especial hincapié en la siguiente respuesta de la primera testigo (D^a. M. T. M. G.): *“estábamos (en compañía de la madre de mi representado) en una cafetería en Centrofama, fuimos hasta la Gran Vía a la altura del Banco de España donde teníamos el coche y llegamos al mismo tiempo que la ambulancia, y ello a pesar de haber sido avisados los servicios de urgencia con anterioridad a la madre”*. También dicha testigo pudo observar cómo entraron los de la ambulancia y tranquilamente actuaron cómo si hubiera bebido o drogado, expresándolo de este modo, sin proceder a intubarlo, manifestando que ni en el domicilio ni en la ambulancia le dieron respiración asistida, sino todo lo contrario, relatando lo ocurrido con el conductor de la ambulancia que, ignorando la urgencia del caso, retuvo la ambulancia hasta que no se aportara la tarjeta sanitaria del paciente, y no contento con ello no consideró necesario la activación de las sirenas y luces. También manifiesta dicho testigo que el paciente estuvo aproximadamente dos horas y media en urgencias, tiempo durante el cual no se procedió a realizar pruebas determinantes para su diagnóstico, sino que debido a la creencia infundada, por parte del personal médico, de ingestión masiva de alcohol o drogas, se limitaron a realizarle pruebas secundarias, preguntando insistentemente a la familia y a los amigos cuál había sido la sustancia consumida.

En cuanto a la segunda testigo (D. E. M. M.), resalta la contestación de que llegó al Servicio de Urgencias cuando iban a practicarle un escáner al paciente y que cuando salió *“no llevaba ninguna respiración asistida ni ningún aparato y estaba echando espumarajos por la boca”*.

Concluye que de lo anterior se infiere de modo diáfano la defectuosa asistencia sanitaria, además de un error en el diagnóstico inicial pese a los antecedentes médicos y las manifestaciones de los familiares y amigos del paciente, existiendo una relación de causalidad con el daño causado al mismo.

VIGESIMOPRIMERO.- La nueva propuesta de resolución, de 26 de junio de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por cuanto del expediente se desprende que la asistencia prestada se realizó de acuerdo con la *lex artis*, y que el daño que sufre el paciente se debió a una malformación congénita cuya causa se desconoce y que no pudo ser prevista con anterioridad, teniendo ésta además un mal pronóstico, por lo que no se ha demostrado la existencia de relación causa a efecto entre la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Murciano de Salud y el daño que sufre el reclamante.

VIGESIMOSEGUNDO.- Con fecha 19 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 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.

En nuestro Dictamen anterior sobre el presente expediente (núm. 190/2005) se realizó una consideración específica sobre la legitimación activa, coincidiendo el Consejo Jurídico con lo señalado por la instructora en la propuesta de resolución, que conviene reiterar, sin perjuicio de las dos observaciones que añadimos:

“Que la legitimación activa para interponer la reclamación patrimonial correspondería a D. F. J. F. C. por ser éste mayor de edad, pero dada la situación clínica que deriva en incapacidad, y teniendo en cuenta el escrito de su madre D^a. M. C. C., que manifiesta su intención de iniciar el proceso de incapacitación de su hijo, y que secunda la reclamación iniciada por el letrado (...), se procede por esta instrucción a continuar la tramitación de la reclamación interpuesta”

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

Por último, una vez completada la instrucción del expediente con la práctica de la prueba propuesta por la parte reclamante como recomendamos en nuestro Dictamen núm. 190/2005, el procedimiento se ajusta, en líneas generales, al establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y RRP con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP, si bien ha de destacarse que se han respetado las garantías de contradicción, habiéndose otorgado tres trámites de audiencia a los reclamantes.

TERCERA.- Sobre el funcionamiento anómalo que se imputa a la Administración y los medios de prueba para su acreditación.

Conviene destacar que las imputaciones al Servicio Murciano de Salud han ido variando y ampliándose a lo largo del procedimiento por la parte reclamante, en busca de una mayor justificación en la atribución de responsabilidad patrimonial a la Administración, cuando todas las actuaciones sanitarias a las que se achaca negligencia son anteriores al escrito de reclamación, donde debía haberse indicado.

Así, en el escrito inicial de 5 de junio de 2003, se atribuye el daño a la tardanza en la prestación de los servicios sanitarios, tras referir que el paciente fue trasladado por el 061 al Hospital Virgen de la Arrixaca y que, como consecuencia de dicha tardanza, empeoró considerablemente su estado de salud, y que, como resultado de la negligente asistencia médica recibida, se encuentra en un estado de coma vígil debido a una malformación arteriovenosa cerebral parcialmente embolizada, precisando continuo tratamiento médico y rehabilitador.

En el escrito de alegaciones de 23 de febrero de 2005 (Antecedente Décimo) amplía las imputaciones a la actuación sanitaria tras el accidente de tráfico sufrido por el paciente el 10 de septiembre de 2001, concretamente a que el paciente sufría dolores de cabeza cada 7 o 14 días, viéndose obligado a acudir en numerosas ocasiones al Centro de Salud de Nonduermas para solicitar la realización de pruebas, que fueron denegadas por el médico de cabecera, y que la práctica de un TAC hubiera sido suficiente para diagnosticarle su malformación.

Finalmente, en el escrito de alegaciones de 24 de junio de 2005 (Antecedente Decimocuarto) añade una nueva imputación consistente en que el paciente no estuvo convenientemente vigilado por la enfermera encargada cuando se encontraba ingresado en la UCI.

Para justificar sus imputaciones sobre la praxis médica seguida la parte reclamante se ha centrado fundamentalmente en la prueba testifical de dos amigas de la familia basadas en sus apreciaciones, sin que, por el contrario, hayan ido acompañadas de la correspondiente prueba técnica que permita cuestionar los informes médicos obrantes en el expediente que sustentan la adecuación de la praxis médica seguida con el paciente, pues los criterios bajo los cuales ha de enjuiciarse 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 del Consejo Jurídico núm. 3/2004).

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).

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

En el supuesto que nos ocupa el daño que se alega es la gravedad de las lesiones que en la actualidad presenta el paciente, aunque no se cuantifican en el expediente.

En cuanto a la concurrencia del nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño alegado, básicamente son tres las imputaciones que se formulan:

1ª) Tardanza en la asistencia sanitaria al domicilio del paciente, demorándose en su traslado al hospital por la petición de la tarjeta sanitaria por parte del conductor de la ambulancia, sin que se activaran tampoco las luces y la sirena de la ambulancia. Se añade error en el diagnóstico del facultativo que le atendió en el domicilio, que incidió en la actuación médica posterior, y que durante la estancia en urgencias no se le intubó hasta pasadas dos horas, tal y como presenciaron los testigos.

Ha quedado acreditado en el expediente que el 8 de junio de 2002, a las 2,42 horas de la madrugada, se solicitó asistencia a través del 061 al encontrarse el paciente (de 18 años de edad) con vómitos y sin moverse nada. A las 2,45 se activó una UVI móvil que llega al domicilio en la localidad de Nonduermas (folios 14 y 20). Sobre la hora de llegada, mientras en el folio 23 figura las 2,54 horas, en el folio 19 aparecen las 3,07 horas (*hora in situ*). A su llegada encontraron al paciente con un cuadro de inconsciencia que responde a estímulos dolorosos localizando el dolor, y con pupilas mióticas y reactivas, siendo la auscultación y el estado cardiocirculatorio dentro de la normalidad, según refleja el facultativo en los folios 19 y 20. También anota en el apartado del juicio clínico: entre interrogantes (ingestión de alcohol), y posible coma etílico. La UVI móvil llegó al Hospital Virgen de la Arrixaca a las 3,30 horas (folio 19).

De dichas actuaciones la parte reclamante desprende un comportamiento negligente porque los de la ambulancia entraron como si el paciente hubiera bebido o estuviera drogado, porque no le dieron respiración asistida, y porque el conductor de la ambulancia la retuvo hasta que no le aportaran la tarjeta sanitaria, sin que activara las sirenas y luces.

Sin embargo, frente a tales manifestaciones que no demuestran *per se* una inadecuada praxis médica (se desconoce el tiempo que el paciente permaneció en dicho estado en su domicilio porque su hermano lo encontró inconsciente), la Inspección Médica concluye en que no se aprecia tardanza por parte de los servicios médicos sanitarios a la hora de asistir, pues desde que se registra la llamada del domicilio en el sistema informático del 061 hasta la llegada de la ambulancia transcurren 12 minutos (dato no controvertido por la parte reclamante en sus tres escritos de alegaciones), y desde que la unidad medicalizada del 061 llegó y evaluó su estado como figura en el folio 19, estuvo bajo vigilancia médica, con independencia de que el conductor de la ambulancia le pidiera la tarjeta sanitaria a la familia (el enfermo se encontraba bajo el cuidado del facultativo y en una UVI móvil), y sin que tampoco sea relevante para inferir una inadecuada praxis médica el hecho de que no se activaran las sirenas y luces de la ambulancia, teniendo en cuenta las horas de que se trataba y, como recoge la propuesta de resolución, “a veces los traslados se realizan con más lentitud para permitir al personal facultativo que viaja en ellas realizar las prácticas de estabilización y monitorización”. Tampoco puede inferirse el nexo causal para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria el hecho de que el facultativo, que acudió a su domicilio, anotara, en el apartado del juicio clínico “posible coma etílico” pues, como señala la propuesta de resolución: “*hay que indicar además, que en este tipo de actuaciones médicas no se puede suponer nada, y por tanto era deber de los médicos actuantes comprobar la posibilidad de la existencia de sustancias tóxicas*”. Conviene recordar que el deber de los médicos es de medios y no de resultados, pues la ciencia médica no es exacta (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Insiste la parte reclamante, que corrobora la declaración testifical, en que al enfermo que no se le intubó hasta pasadas dos horas, a lo que da cumplida respuesta la propuesta de resolución: *“esta actuación no tiene por que realizarse nada más llegar al hospital sino que se realiza cuando el estado del paciente lo requiere, por lo que el hecho de que a D. F. J. se le intubara dos horas después de su llegada al hospital no es un dato relevante para la instrucción de este expediente”*.

Respecto a las imputaciones durante la estancia del enfermo en el Servicio de Urgencias (pérdida de un tiempo valioso en el Servicio de Urgencias antes de su intervención por el Servicio de Neurocirugía, y su ingreso posterior en la UVI, debido a que se le estuvieron realizando pruebas para descartar la existencia de sustancias extrañas), cabe señalar, según indica su coordinador (Antecedente Séptimo), que en el Servicio de Urgencias se le realizan al paciente todas las pruebas que precisa incluso con prioridad con respecto a la UCI, y que las que se le efectuaron son las protocolizadas en estos casos, y que todas fueron necesarias y estaban indicadas. En tal sentido la Inspección Médica señala: *“en el hospital, mediante la coordinación de los servicios de urgencia con neurocirugía y medicina intensiva se atiende a su estado vital de inicio, mientras se evalúa la afectación cerebral con TAC”*.

Lo cierto es, como resaltan los peritos (Antecedente Duodécimo), es que en un plazo inferior a las tres horas el enfermo es estabilizado, sometido a las diversas exploraciones que permiten realizar el diagnóstico de hemorragia cerebral, intervenido para disminuir la hipertensión consecuencia directa del propio sangrado y del edema asociado, y trasladado a la unidad de cuidados intensivos. Consta en el expediente que la hora de ingreso en la UCI es a las 6,50 horas (folio 43).

2ª) La segunda imputación se centra en la actuación sanitaria tras el accidente de tráfico sufrido por el paciente el 10 de septiembre de 2001, que relaciona el reclamante con el desvanecimiento sufrido el 8 de junio de 2002, concretamente en que tras dicho accidente el paciente sufría dolores de cabeza cada 7 o 14 días viéndose obligado a acudir en numerosas ocasiones al Centro de Salud de Nonduermas para solicitar la realización de pruebas, que fueron denegadas por el médico de cabecera, y que la práctica de un TAC hubiera sido suficiente para diagnosticarle su malformación.

Esta imputación tampoco ha sido acreditada por cuanto:

a) El médico de cabecera informa, tal y como consta en la hoja de consulta, que jamás el paciente refirió fuertes dolores de cabeza, y que al mes del accidente pidió voluntariamente el alta laboral, por medio de su madre, que acudió a consulta el 11 de octubre de 2001, y que él personalmente sólo acudió el 19 de febrero de 2002, por bronquitis, como consta también en la hoja de consulta (Antecedente Undécimo).

b) Cuando tuvo el accidente de moto se le realizó un TAC, como recoge el informe de alta de 12 de septiembre de 2001 (folio 161), que añade: *“el paciente queda ingresado bajo observación neurológica, cursando sin complicaciones adicionales y siendo alta su domicilio asintomático”*. A mayor abundamiento la Inspección Médica alcanza, entre otras, las siguientes conclusiones:

“1. El paciente fue valorado por especialistas, que asistieron adecuadamente el proceso de traumatismo craneoencefálico, evolucionando favorablemente y siendo alta a su domicilio asintomático.

2. *No hay evidencias de que este proceso fuese causa del que propició la reclamación, ni de que el paciente entre ambos procesos solicitase atención médica”.*

3ª) Tampoco puede inferirse el nexo causal con la actuación pública sanitaria de la afirmación del reclamante que cuando permanecía la madre del paciente en la UCI sufrió un infarto cerebral e hidrocefalia, procediendo a llamar rápidamente a la enfermera que le indicó “yo no sé lo que pasa a su hijo, yo soy nueva aquí pero lleva toda la tarde vomitando”, siendo desalojada del lugar cuando apareció el equipo médico, indicando desconocer el tiempo que estuvo el paciente sin que la enfermera se apercibiera de algo.

La estancia y los cuidados en la UCI están documentados (folios 43 y ss.) sin que, como recoge la propuesta de resolución, el paciente estuviese desasistido, y así lo refleja en cierto modo la contestación que reproduce de la enfermera “llevaba toda la tarde vomitando”, pues implica que estaba controlando el estado del enfermo y avisó al equipo médico.

Las dolencias del paciente no son resultado de la actuación sanitaria, sino de su patología (malformación arteriovenosa grave), como de forma explícita reconoce el escrito de reclamación (“mi mandante se encuentra en un estado de coma vigil debido a una malformación arteriovenosa cerebral”), teniendo en cuenta que dicha lesión puede alcanzar mortalidades en torno al 50 o 60%, según el informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca de 26 de noviembre de 2003 (folios 107 y ss.), que también especifica que todavía no se ha completado el tratamiento endovascular (en el caso de que sea aceptado por la familia), así como tampoco el paciente ha sido dado de alta en ningún momento por parte del citado Servicio a la fecha de su emisión.

En consecuencia, frente al juicio técnico de los distintos profesionales de la medicina, sobre todo el de la Inspección Médica, las manifestaciones vertidas por la parte reclamante sobre la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño alegado, no está justificada en parecer médico alguno (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005), correspondiendo al reclamante la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), sin que quepa, por tanto, entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni la antijuridicidad del daño. A mayor abundamiento, la STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005 señala: *“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 último la parte reclamante, a quien incumbe, tampoco ha concretado la cuantía indemnizatoria que reclama, existiendo un vacío probatorio total a este respecto.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que

determinan la responsabilidad patrimonial, sin que tampoco se haya concretado el *quantum* indemnizatorio.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 148/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. S. O. V., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 18/09/06

Extracto de Doctrina

*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).*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2003 (registro de entrada), D. S. O. V. presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento defectuoso del Servicio Murciano de Salud al que achaca que estuvo asistiendo continuamente a sus servicios médicos desde el 10 de mayo al 8 de agosto de 2002, quejándose de fuertes dolores, sin ser diagnosticado correctamente (un sarcoma de partes blandas); además el descubrimiento del tumor no se debió a la sanidad pública, sino a la medicina privada a la que tuvo que acudir ya que, en caso contrario, habría tenido que esperar a diciembre para hacerse la ecografía que lo detectó. Manifiesta que en la resonancia magnética de 11 de junio y en la ecografía renal de julio, se podía apreciar a simple vista el tumor que, debido al tiempo transcurrido, se hizo enorme.

Expone los hechos del modo siguiente:

En fecha 10 de mayo de 2002, ante un fuerte dolor lumbar con náuseas y vómitos, se dirigió al Centro de Salud de Mazarrón, donde se le prescribió calor local y se le recetaron unas inyecciones, remitiéndolo a su Mutua de Accidentes de Trabajo, por considerar que podía ser debido a esfuerzo en el trabajo.

Al persistir dichas molestias, volvió a acudir al Centro de Salud y, tras realizarle una resonancia magnética, no se apreció anomalía alguna. De nuevo se dirigió a esta unidad asistencial el 19 de junio, donde le diagnosticaron un cólico nefrítico, coincidente con el que posteriormente le darían en el Hospital Nuestra Señora del Rosell de Cartagena.

Finalmente se le detectó una masa sólida en flanco derecho sin diagnosticar, y se le prescribió una ecografía, que se iba a realizar en diciembre de 2002.

Ante dicha situación, y a fin de adelantar esa prueba diagnóstica, se dirigió de forma particular a la C. P. C. para que se la practicasen, constatándose una masa sólida en riñón y hemiabdomen derecho, que fue diagnosticado en el Hospital Nuestra Señora del Rosell de Cartagena como sarcoma de partes blandas y poliradiculopatía sensitiva de D10 a L5.

Una vez diagnosticado el tumor en dicho Centro Hospitalario se le indicó que hasta septiembre no se le remitiría al Servicio de Oncología, por lo que ante la desconfianza que le producía el servicio prestado por la Seguridad Social, se desplazó a la C. N., donde fue intervenido y recibió tratamiento.

Finalmente solicita la cantidad de 30.312,96 euros, en concepto de gastos ocasionados como consecuencia de la asistencia facultativa prestada en la C. U. N., y 6.000 euros, en concepto de gastos de manutención como consecuencia de los desplazamientos, acompañando las facturas correspondientes.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 23 de octubre de 2003, se recaba la historia clínica del paciente, y los informes de los profesionales que le atendieron en los distintos centros intervinientes (Hospitales Santa María del Rosell y V. C. Cartagena, Virgen de la Arrixaca de Murcia y C. U. de N., así como la M. V. L.); asimismo se da traslado a la aseguradora del ente público a través de la correduría.

TERCERO.- Consta un escrito del Dr. D. M. Q., de la empresa E. C., sobre la resonancia magnética lumbar que se practicó al reclamante en fecha 11 de junio de dicho año, que se acompaña, en el que se señala lo siguiente (folio 41):

“1. El paciente acudió al centro remitido por M. V. L. y a través del Dr. R. L..

2. La petición se refiere a la ejecución de una prueba de Resonancia Magnética Lumbar.

3. Citado el paciente se realiza la prueba con fecha 8 de junio de 2002, emitiéndose informe con fecha 11 de junio del mismo año. En el formulario previo el paciente únicamente refiere la existencia de dolor en zona lumbar y que se le duerme la pierna derecha.

4. En función de la prescripción médica recibida se practicó al paciente Resonancia Magnética de Columna Lumbar limitándose la prueba a su estudio y posterior informe, siendo su objeto descartar la existencia de patología discal.

De la exploración practicada se concluye la existencia de una rectificación en la lordosis lumbar del paciente, sin que se apreciara ningún tipo de patología significativa en la zona estudiada correspondiente a la zona lumbar de la columna vertebral.

(...)

Para el supuesto concreto habría sido necesario la realización de resonancia magnética de abdomen, no pudiendo concluirse que se determinara plenamente el diagnóstico de la patología observada a posteriori”.

También se incorpora el informe emitido por el Dr. M. O., sobre la ecografía renal y de vías urinarias practicada al paciente el 8 de agosto de 2002, en el que concluye en el siguiente juicio diagnóstico (folio 47):

“Pequeña masa en riñón derecho, en relación y contigüidad con una gran masa sólida en el flanco derecho probablemente retroperitoneal que desplaza intestino hacia la línea media. Se aconseja valoración urgente en centro hospitalario con caracterización de la imagen vista en la ecografía”.

CUARTO.- La Gerencia de Atención Primaria de Cartagena remite copia de la historia clínica del reclamante, así como informe del facultativo que lo atendió en el Centro de Salud de Mazarrón, que hace referencia a las asistencias que se dispensaron a este paciente desde mayo a agosto de 2002 (folios 52 a 75).

En dicho informe, de 9 de noviembre de 2003, se indica que:

“El día 10 de mayo de 2002 el paciente acudió a este Centro de Salud por presentar un dolor en la zona lumbar derecha que apareció al realizar un mal movimiento corporal mientras estaba trabajando. Fue valorado, se le trató con AINES y se le remitió a la Mutua de Accidentes Laborales para su seguimiento. El paciente había tenido en los meses previos dos traumatismos en la misma localización, uno de origen deportivo, y otro de origen laboral, por caída en una escalera de una casa en construcción, golpeándose en dicha zona lumbar.

La Mutua de Accidentes Laborales hizo un seguimiento del enfermo, y fue la que le realizó la Resonancia Magnética Nuclear (RMN) mencionada por el paciente en su reclamación que ni yo, y creo que ningún otro médico del Servicio Murciano de Salud, hemos visto y valorado, y la única información que de ella tenemos es la referida oralmente por la familia en el sentido de su normalidad (no hemos visto ningún informe escrito). Seguramente la visita del 11/6/02 que el paciente dice haber realizado a este Centro de Salud, de la cual no tenemos constancia, y en la que manifiesta que se le realizó la RMN, en realidad se efectuó en la Mutua de Accidentes laborales.

La siguiente visita del paciente a este Centro de Salud se produjo el 19/6/2002, por presentar un dolor de tipo cólico en la fosa renal derecha irradiado e hipogastrio, cuya impresión diagnóstica fue de cólico nefrítico derecho. Se le realizó una analítica de orina que confirmó la presencia de sangre y proteínas en ella. Se le trató con analgésicos y espasmolíticos mejorando el paciente.

El paciente afirma en su reclamación que con fecha 2/7/02 se le dio de alta, desconozco que tipo de alta se le dio, aunque difícilmente podríamos darle un alta de Incapacidad Transitoria por enfermedad común cuando no se encontraba en dicha situación, posiblemente el alta fuera por accidente laboral y se la diera la Mutua.

El 3/7/2002 vino a consulta con un informe de alta hospitalaria de urgencias, de ese mismo día del Hospital Santa María del Rosell, en donde se le diagnosticó nuevamente de cólico nefrítico derecho, y se le aconsejó tratamiento (...) No es cierto, como manifiesta, que no se le hiciera caso, pues tanto en el centro de salud como por

el servicio de urgencias de Atención Primaria, fue atendido todas las veces que lo requirió.

A los dos días presentó un nuevo acceso de dolor cólico en la fosa renal derecha, acompañado de síndrome miccional y con eliminación de cálculo renal, que se remitió al laboratorio para analizar su composición. Se trató al paciente con analgésicos y espasmolíticos.

Una semana después se repitió el dolor en la fosa renal derecho con eliminación de un segundo cálculo renal, que también se remitió al laboratorio para determinar su composición. Posteriormente recibimos el informe de que estaba compuesto por oxalato cálcico. No tengo constancia de que se realizara la primera ecografía renal que el paciente menciona en su reclamación.

Ante la presencia de cólicos nefríticos de repetición, con fecha 16/7/02 se remitió al paciente a Urología para su estudio. También se le solicitó una analítica general el 26/7/02, que únicamente puso de manifiesto la existencia de hiperuricemia y anemia leve.

Tras ser valorado por Urología, que solicitó la realización de exploraciones complementarias (ecografía renal o UIV), la familia ante lo dilatado de la fecha en que se le dio cita, me comentó el 6/8/02 la posibilidad de hacer la ecografía de manera privada, y me solicitó información sobre donde hacerla. Les orienté hacia S. C.. Se le realizó la ecografía renal dos días después y en ella se apreció la presencia de una masa intra y pararenal derecha, recomendándose su estudio y valoración hospitalaria urgente. Se remitió ese mismo día el paciente al Hospital Santa María del Rosell, donde quedó ingresado, y después de diversos estudios se le diagnosticó la existencia de un Sarcoma de partes blandas, pendiente de tipificación (...) El 19 de agosto de 2002, se dio el alta al paciente a solicitud de la familia para proseguir estudio y tratamiento en un centro privado. Posteriormente, la familia me informó que debido a que la consulta con Oncología en el Hospital Santa María del Rosell iba a ser en el mes de septiembre, ellos habían decidido llevar al paciente a la C. U. N., que fue la que a partir de ese momento se encargó del estudio y tratamiento del paciente, aunque algunos tratamientos con quimioterapia fueron realizados en el H.U.V. de la Arrixaca (...)."

QUINTO.- Desde el Hospital Santa Maria del Rosell de Cartagena se remitió copia de la historia clínica (folios 79 a 118), que incluye un informe emitido por la Dra. M. A., facultativa que asistió al paciente, que hace la siguiente valoración:

"El paciente alega que tras el alta efectuada por la Dra. M. A., el 19 de agosto de 2002, con el diagnóstico de sarcoma de partes blandas y poliradiculopatía sensitiva D 10 a L 15 secundaria, se le remitió a Centro de Salud, siendo totalmente falsa ya que la familia solicitó alta en nuestro Hospital para proseguir estudio y tratamiento en Centro privado como consta en el informe de alta.

En cuanto a que no fue visto por los oncólogos por que estaban de vacaciones, vuelve a ser falso ya que el caso fue evaluado por el Dr. D. P. C., dejando constancia escrita de su valoración.

Se adjuntan fotocopias de ambos informes".

SEXTO.- El Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca remite también copia de la historia clínica del reclamante (folios 120 a 166), acompañando un informe emitido

por la facultativa que asistió a dicho paciente en el Servicio de Oncología Médica, en el que se hace la siguiente valoración:

“Diagnosticado en agosto de 2002 de sarcoma de Ewing extraesquelético/tumor neuroectodérmico periférico, iniciando tratamiento con protocolo de quimioterapia indicado por la C. N. el 31 de agosto de 2002.

Ingresó por primera vez en el Hospital Virgen de la Arrixaca el día 30 de octubre de 2002 por neutropenia febril secundaria al tratamiento de quimioterapia iniciado en N., siendo dado de alta el día 2 de noviembre de 2002 (...).

Continúa el informe refiriéndose a las diferentes fechas en las que se asistió al paciente en el Servicio de Oncología de dicho Centro, desde octubre de 2002 a mayo de 2003.

SÉPTIMO.- Consta la historia clínica del reclamante en la C. U. N. (folios 171 a 218), acompañando informes emitidos por los facultativos que asistieron a dicho paciente, entre los que se incluye el de 2 de septiembre de 2003 (folio 176), que describe:

“En enero de 2002 comenzó con dolor inguinal derecho que irradiaba a extremidad inferior derecha y cedió con antiinflamatorios. En mayo de 2002, vuelve a repetir el episodio realizándose una radiografía de columna vertebral dorso lumbar y siendo diagnosticada de ciática. En julio de 2002, tras hematuria macroscópica le realizaron una ecografía renal que mostró una gran masa sólida en flanco derecho retoperitoneal que desplaza intestino hacia línea media. El 12 de agosto de 2002 se realizó un tac toraco-abdominal observando una masa retoperitonealderecha de 16 centímetros que infiltra músculo psoas, desplaza riñón y asas intestinales. El 30 de agosto ingresa en nuestro Centro para valoración. El 31 de agosto inició tratamiento de quimioterapia con Ciclofosfamida (...) El 20 de noviembre fue intervenido reseccándose una masa retoperitoneal en el ámbito lumbar izquierdo siendo la resección óptima (...).”

OCTAVO.- La C. L. M., que atendió al paciente enviado por la M. A. L. (M. V. L.), remite informe sobre la asistencia prestada, destacando que el paciente estuvo de baja laboral por accidente de trabajo desde el 10 de mayo al 2 de julio de 2002, concretando los días de asistencia al paciente (folio 227).

NOVENO.- Con fecha 10 de noviembre de 2004, D. A. C. L., en representación de D. F. O. B. y D^a. C. V. O., en su condición de padres y herederos de D. S. O. V., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial al haberse producido el fallecimiento de su hijo el 25 de febrero de 2004 (se adjunta certificado de defunción), en la que tras relatar los hechos descritos en la reclamación inicial concluye que existe responsabilidad del Servicio Murciano de Salud, por cuanto el paciente fue asistido por diferentes servicios médicos desde mayo de 2002 a agosto de 2002, sin ser diagnosticado correctamente, debiendo acudir a la medicina privada para que le detectaran la enfermedad.

Solicitan las siguientes cantidades:

1.120.000 euros por el fallecimiento de su hijo, al no haberle diagnosticado a tiempo el tumor que padecía.

2.80.000 euros por los gastos ocasionados para lograr el correcto diagnóstico de su enfermedad y tratamiento en la C. U. N..

DÉCIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, ésta tras valorar la historia clínica, documentación contenida en el expediente y las entrevistas efectuadas a algunos profesionales intervinientes, concluye en el siguiente juicio clínico (folios 372 a 374):

“El paciente fue diagnosticado de sarcoma de partes blandas en el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena. En el Hospital ingresó el día 8 de agosto de 2002. El día 12 de agosto el tac torácico y abdominal señaló tórax sin alteraciones, masa retroperitoneal de 15 x 10 x 8 cms. aproximadamente, sólida, con áreas hipodensas que desplaza intestino y riñon al cual dudosamente afecta, el psoas de ese lado lo comprime y adelgaza. El día 14 se efectuó PAAF de la masa bajo control de TAC, siendo informado por el patólogo como correspondiente a sarcoma. Según el informe de la hoja 116, el paciente solicitó el alta para acudir a centro privado. El día 20 de agosto le valoraron en N., donde realizan estadiaje, quimio y radioterapia y resección de la masa. Algunos ciclos de quimioterapia se realizan en el Servicio de Oncología Médica del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca,

Tras el hallazgo de metástasis el paciente siguió acudiendo a N., de donde tenemos referencias hasta septiembre de 2003. Según el informe del médico del Centro de Salud el paciente acudió al mismo para control y evacuación del seroma de la zona de la cicatriz quirúrgica torácica durante unas semanas. Igualmente señala que la familia le ha comunicado que desde hace aproximadamente dos meses, el paciente está siendo tratado por un oncólogo privado en una clínica de la provincia de Alicante.

Previamente a esta situación el paciente estuvo de baja por accidente de trabajo, y según los informes de la Mutua, tras esfuerzo en su trabajo el día 10 de mayo de 2002 presenta chasquido a nivel de zona lumbar derecha. A la exploración presenta intensa contractura muscular lumbar (...).

Estos informes coinciden con lo manifestado por su médico de cabecera que señala (...)

El paciente intercala las visitas a su médico de cabecera y a su Mutua. Se remite al traumatólogo de la Mutua que descartó hernia discal y sigue acudiendo a consulta hasta el 2 de julio de 2002, en que es alta por mejoría.

Además de patología lumbar no específica se apreció cólico nefrítico con evidencia de eliminación de cálculos por lo que se remite a Urología para continuar estudio.

La ecografía realizada el día 8 de agosto de 2002 es realizada en centro privado tras solicitar información a su médico de cabecera, según manifiesta éste en su informe (...).

Si bien no podemos valorar dentro de la progresión del tumor el crecimiento que éste hubiese tenido antes o después de esta fecha, y considerando el hallazgo de la tumoración un corte transversal en su historia natural, el hecho es que fruto de esta prueba complementaria se realizó el diagnóstico porque el informe aconseja valoración urgente en centro hospitalario. El mismo día acude el paciente al Hospital Santa María del Rosell e ingresa”.

Por último se extraen las siguientes conclusiones:

“Antes del diagnóstico de sarcoma el paciente presentó en la misma zona sintomatología que fue explicada por otra patología concurrente.

Una vez ingresó en el Hospital, el diagnóstico fue rápido.

Todos los tratamientos que se han utilizado en el paciente en centros privados están a disposición de los asegurados en el Sistema Nacional de Salud.

El paciente abandonó la atención médica en su Comunidad Autónoma por propia voluntad”.

UNDÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas en el procedimiento, la C. Z. E. presenta un dictamen médico conjunto de cuatro especialistas sobre la praxis médica seguida con el paciente (folios 383 y siguientes) formulando las siguientes conclusiones:

“1. D. S. O. V. consultó el 10 de mayo de 2003 (existe un error material en el año) por un cuadro de lumbalgia que claramente parecía de origen mecánico al relacionarse con un sobreesfuerzo, por lo que la decisión de iniciar tratamiento sintomático y remitir al paciente a su mutua laboral es correcta.

(...)

3. El 19 de junio es atendido nuevamente en primaria por un cuadro compatible desde el punto de vista clínico y del resultado de la tira de orina con un cólico nefrítico, manejándose de forma correcta, no estando indicada la realización de nuevas exploraciones complementarias en ese momento, ni la derivación hospitalaria.

4. No consta que el paciente consultara nuevamente hasta dos semanas después, siendo atendido en el Hospital de Santa María del Rosell por un cuadro de dolor cólico agudo compatible una vez más con el diagnóstico de cólico nefrítico, que una vez más se manejó de forma correcta desde el punto de vista diagnóstico y terapéutico.

5. Este diagnóstico de cólico nefrítico se corroboró además por la expulsión de hasta dos cálculos.

6. El médico de primaria derivó al paciente al urólogo de forma correcta, donde fue atendido en tiempo y forma correcta.

7. El paciente decide de forma voluntaria acudir a la medicina privada para la realización del estudio ecográfico solicitado por el especialista de urología. Desconocemos cuál era el plazo que se le había dado para la realización del mismo en la medicina pública, pero no consta que el enfermo solicitase que se adelantase dicha prueba en el sistema público, no tratándose de un supuesto de urgencia vital.

8. Con el resultado de la ecografía realizada en la medicina privada acude a su médico de cabecera, quien de forma correcta deriva al paciente al Servicio de Urgencias del Hospital, desde donde ingresa en el Servicio de Medicina Interna.

9. El estudio realizado en el Hospital Santa María del Rosell es correcto y diligente, permitiendo obtener el diagnóstico de sarcoma retroperitoneal en un plazo de tiempo muy breve (poco más de una semana).

10. Con ese diagnóstico el paciente decide voluntariamente abandonar el circuito de la medicina pública, privando a los facultativos de la misma de completar el diagnóstico y estadiaje de la enfermedad, así como de poder aplicar el tratamiento.

11. *El tratamiento realizado por la C. U. de N. se encontraba disponible en la sanidad pública.*

12. *La actuación de la sanidad pública a partir de ese momento se limita a la administración de algunos de los ciclos de quimioterapia programados por la CUN (imaginamos por comodidad del paciente) y el tratamiento de algunas de las complicaciones derivadas de dichos tratamientos.*

13. *La evolución del paciente ha sido desfavorable como era previsible en base al diagnóstico y los factores de mal pronóstico del paciente, no dependiendo dicha evolución de la actuación de los profesionales de la medicina pública que ha sido correcta y ajustada a la *lex artis ad hoc*”.*

DUODÉCIMO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia a los reclamantes con el traslado del dictamen pericial precitado, D. F. O. B., padre del paciente fallecido, presenta un escrito de alegaciones el 12 de mayo de 2006 en el que reitera lo manifestado en el escrito de reclamación, y expone su disconformidad con el dictamen médico emitido por la compañía aseguradora que consideran ofensivo y carente de humanidad, cuando han tenido que vivir con su hijo el periplo de ir todos los días durante tres meses para que no le hagan ni caso y, tras mucho insistir, le remitan para cinco meses después hacerle una placa. Manifiesta que no se atiende al hecho de que su hijo visitó numerosas veces el centro de salud señalando que los dolores no remitían, sino que aumentaban, y no le hicieron ningún caso, ni dictaminaron un reconocimiento, ni le creyeron, dándole de alta.

DECIMOTERCERO.- La propuesta de resolución, de 22 de junio de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial puesto que, pese a reconocer la realidad del daño (la patología que evolucionó desfavorablemente hasta concluir en el fallecimiento del mismo), no se acredita que el daño pueda imputarse a la actuación administrativa al no concurrir el requisito del nexo causal, ni tampoco su antijuricidad, dado que la actuación de la Administración sanitaria ha sido conforme al criterio de la *lex artis*.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 12 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 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 inicialmente interpuesta por el propio paciente, es decir por quien sufrió el daño que imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). También concurre dicha legitimación en sus padres, que acreditan la condición de herederos *ab intestato* del hijo fallecido sin descendencia, a la vez que interesados afectados por su óbito, habiendo ejercitado también la acción de reclamación, que se ha acumulado para su resolución conjunta por el órgano instructor, por guardar identidad sustancial e íntima conexión (artículo 73 LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que ambas acciones se han ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Por último, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y RRP con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP, si bien ha de destacarse que se han respetado las garantías de contradicción, habiéndose otorgado dos trámites de audiencia a los reclamantes.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por parte de los reclamantes (folios 355 y 356) no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestro Dictamen núm. 72/06.

TERCERA.- Hechos probados en relación con la actuación sanitaria.

En primer lugar interesa concretar aquellos hechos descritos por los reclamantes (siguiendo el relato del primer escrito presentado por el paciente) que han sido acreditados en el expediente, durante el periodo que discurre entre el 10 de mayo y 19 de agosto de 2002, etapa en la que los interesados centran sus imputaciones a los servicios públicos sanitarios:

1º) Dicen los reclamantes: *“En fecha 10 de mayo de 2002, ante un fuerte dolor lumbar con náuseas y vómitos, se dirigió al Centro de Salud de Mazarrón, donde se le prescribió calor local y se le recetaron unas inyecciones, remitiéndolo a su Mutua de Accidentes de Trabajo, por considerar que podía ser debido a esfuerzo en el trabajo”.*

Ciertamente, el 10 de mayo de 2002, el paciente de 21 años de edad y trabajador de la construcción, acudió al Centro de Salud de Mazarrón por presentar un dolor en la zona lumbar derecho, que apareció tras realizar un mal movimiento corporal mientras estaba trabajando. Según consta en la historia clínica (folio 70) se le prescribió tratamiento con AINES (Airtal) y se le remitió a la Mutua de Accidentes Laborales del paciente para su seguimiento. Como relata el médico que le atendió en el Centro de Salud, el paciente había tenido en los meses previos dos traumatismos en la misma localización, uno de origen deportivo y otro de origen laboral.

Atendido por la C. L. M. (M. V. L.) se le dio de baja laboral, de acuerdo con la asistencia que se describe en el folio 227.

2º) Dicen los reclamantes: *“Como quiera que seguían los dolores con fecha 11 de junio volví al Centro de Salud, por lo que se me practicó una resonancia magnética, no apreciándose anomalía alguna (lo que no era cierto como más adelante explicaré)”*.

Sin embargo, en el relato de los hechos que se achacan a la sanidad pública se mezcla la asistencia sanitaria prestada por la Mutua laboral, que le realizó el seguimiento posterior, pues consta en el expediente que acudió el 13 siguiente (tres días después) a la C. L. M., de acuerdo con el informe de la facultativa que le examinó y que le dio la baja laboral (folio 227): *“paciente que acude a consulta por accidente de trabajo el día 13 de mayo del 2002, indicando que tras esfuerzo en su trabajo el día 10/5/002 presenta chasquido a nivel de zona lumbar derecha. A la exploración presenta intensa contractura muscular lumbar paravertebral derecha (...) Rx lumbar normal. Se procede a la baja laboral por accidente de trabajo y se inicia tratamiento con aines, relajantes musculares, corticoides y fisioterapia, indicando revisión el día 17/5/2 (...)”*. Refiere también el seguimiento posterior bajo supervisión de la Mutua laboral: los días 17 de mayo, 20 de mayo (se remite al traumatólogo), 24 y 31 de mayo, 5 de junio (se indica que había sido atendido por el traumatólogo, quien le señala que la clínica era muy sugestiva de hernia discal por lo que le prescribe hacer RMN y que prosiga tratamiento de fisioterapia más medicamentos), 18 de junio (el paciente le indica que la resonancia no indicaba la presencia de hernia discal), 20 y 24 de junio, siendo dado de alta por mejoría, con persistencia de molestias en la zona lumbar, el 2 de julio de 2002.

En la historia clínica no consta que el paciente acudiera al Centro de Salud de Mazarrón el 11 de junio de 2002, como se indica en el escrito de reclamación, y por el contrario sí figura dicho día en la RMN que le prescribió el traumatólogo de la Mutua de Accidentes, y que sería valorada por dicho especialista (folio 211). De ahí que el médico del centro de salud afirme que *“fue la Mutua de Accidentes Laborales la que le realizó la RMN que yo no he visto ni valorado y la única información que de ella tenemos es la referida oralmente por la familia en el sentido de su normalidad”* (folio 53).

Por lo tanto, no resulta acreditado que el día 11 de junio acudiera al Centro de Salud de Mazarrón, ni que el facultativo de la sanidad pública valorara la Resonancia Magnética Lumbar que le había prescrito el traumatólogo de la M. V. L., que hacía el seguimiento al paciente.

3º) Dicen los reclamantes: *“Debido a que los dolores no remitían, y continuaba con los fuertes dolores con fecha 19 de junio volví al Centro de Salud, diagnosticándose cólico nefrítico y encargándose análisis de orina. Con fecha 2 de julio de 2002, se me dio de alta, pese a mis quejas de que los fuertes dolores no remitían”*.

Efectivamente, la siguiente visita documentada del paciente al Centro de Salud de Mazarrón data de 19 de junio de 2002 (un mes posterior de la primera), según se anota en la historia clínica (folio 71): *“molestias en FRD, tipo cólico irradiadas a hipogastrio. Probable C. Nefrítico. Pido analítica de orina”*. Consta que se realizó una analítica de orina que confirmó la presencia de sangre y proteínas en ella. Se le trató con analgésicos y espasmolíticos (folio 53 y 72).

Sin embargo, no es exacto que el médico del Centro de Salud le diera de alta el 2 de julio, ya que quien le dio el alta laboral fue la doctora de la Mutua de Accidentes Laborales, según consta en el folio 220. En este sentido debe ser recogido dicho dato de la propuesta de resolución, así como quien realizó la resonancia magnética lumbar, pues induce a confusión la redacción contenida en el folio 417.

4º) Dicen los reclamantes: *“Al día siguiente, y debido a los mismos, y a que en el Centro de Salud no me hacían caso, mi familia me llevó al Hospital Santa María del Rosell donde se me volvió a diagnosticar cólico nefrítico”*.

El 3 de julio de 2003 acudió el paciente primeramente al Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell (refiriendo un cuadro compatible con un cólico nefrítico de 5 horas y media de evolución, según folio 392), donde se le confirmó el diagnóstico de cólico nefrítico dado por el médico de atención primaria, como al Centro de Salud de Mazarrón, según la historia clínica (folio 73): *“viene de Urgencias Rosell. Diag: Cólico Nefrítico derecho. Tratamiento con adolonta, nolotil, augmentine 875 y valium 5”*. Queda acreditado, por tanto, lo señalado por el médico de primaria que le atendió, quien manifiesta que le asociaron al tratamiento analgésicos y antibióticos (folio 84), por lo que no se corrobora documentalmente que *“no le hicieran caso al paciente”*.

5º) Dicen los reclamantes: *“vuelto a casa y como el dolor no remitía volví a visitar el Centro de Salud los días 3,7,11, 16, 26 y 6 de agosto donde finalmente se decidió ante esta situación hacerme una UVI o ECO, y se me dio hora para diciembre de 2002. Ante esta situación, decidí ir a un médico de paga para hacerme la ecografía, por lo que me lo hice en la C. L. P. de Cartagena apreciándome una masa sospechosa junto a los riñones, y remitiéndome urgentemente al Hospital Santa María del Rosell, en donde fui internado por hallazgo de masa sólida en riñón y hemiabdomen derecho, el mismo día 8 de agosto, siendo dado de alta el día 19 con el diagnóstico de Sarcoma de Partes Blandas y poliradiculopatía sensitiva de D10 a L15, secundarias, y remitido al Centro de Salud”*.

Queda acreditado en la historia clínica que el paciente fue atendido en el Centro de Salud los días 5 de julio (se anota: *“cólico más síndrome miccional, emisión de un cálculo renal, pido análisis del cálculo, y tratamiento adolonta más buscapina”*), 11 de julio (se anota: *nuevo acceso de dolor cólico, con emisión de otro cálculo, tratamiento con adolonta, buscapina y diclofenaco”*), 16 de julio (el médico anota derivación a Urología por cólico nefrítico de repetición), 26 de julio (se solicitó una analítica general, que únicamente puso de manifiesto la existencia de hiperuricemia y anemia leve según folios 54 y 73). También que el paciente fue valorado por Urología, que solicitó la realización de exploraciones complementarias (ecografía renal o UIV), cuya petición figura en el folio 94, y que la familia, ante lo dilatado de la fecha en que se les dio cita (los reclamantes dicen diciembre, sin que Administración haya cuestionado tal extremo), solicitaron al médico del Centro de Salud el 6 de agosto, según consta en la historia clínica, que le informara donde poder realizarla de forma privada, realizándose la ecografía dos días

después en E. C., según consta en el folio 46, donde se aprecia la existencia de una masa intra y pararenal derecha, recomendándose su estudio y valoración hospitalaria urgente. Ese mismo día, el médico de cabecera remitió al paciente de forma urgente al Hospital Santa María del Rosell (folio 80), quedando ingresado (folios 85 y siguientes). Con anterioridad al 8 de agosto, no existe constancia en el expediente que al paciente se le realizara una ecografía renal, pues los reclamantes se refieren en su escrito a la “ecografía renal en julio donde se podía apreciar a simple vista el tumor” (folio 235). En este mismo sentido el médico de cabecera señala que, “no tengo constancia de que se realizara la primera ecografía renal que el paciente menciona en su reclamación”.

El 14 de agosto se efectúa PAAF de la masa bajo control de TAC, siendo informada por el patólogo como correspondiente a Sarcoma de partes blandas. Se encontraba pendiente de tipificar cuando el paciente solicitó el alta hospitalaria para seguir estudio y tratamiento en centro privado, según consta en la historia clínica (folio 104). Por tanto, no fue un alta dada por el centro público (Hospital Santa María del Rosell), sino que fue un alta voluntaria (19 de agosto).

6º) Al día siguiente, el 20 de agosto de 2002, es examinado por la C. U. N. (folio 213 y ss.), que diagnóstica sarcoma de Ewing de partes blandas, iniciando tratamiento con la misma según se detalla en los distintos informes médicos obrantes en el expediente de dicho centro sanitario (folios 172 a 218). También consta que algunos ciclos de quimioterapia programados por la C. U. N. se realizaron en el Servicio de Oncología Médica del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, y el tratamiento de algunas complicaciones derivadas (folio 372).

7º) Desgraciadamente el paciente fallece el 25 de febrero de 2004 (folio 247).

CUARTA.- 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).

Por ello, cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 160/2005), el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o

no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente. 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.

Los reclamantes imputan a los servicios públicos sanitarios que el paciente no fuera diagnosticado correctamente ya que, entre el 10 de mayo y el 8 de agosto de 2002, estuvo asistiendo continuamente a sus servicios médicos quejándose de fuertes dolores y, además, el descubrimiento del tumor no se debió a sus servicios sanitarios sino a la medicina privada.

Sobre dicha imputación y la *praxis* médica seguida, el Consejo Jurídico extrae las siguientes consideraciones de la historia clínica y de los informes médicos obrantes en el expediente, sobre todo el de la Inspección Médica, por el carácter eminentemente técnico (por todos, Dictamen núm. 21/2006), que no evidencian una infracción de la *lex artis*:

1) Durante el periodo al que se refieren los reclamantes (del 10 de mayo al 8 de agosto de 2002), se imputan algunas actuaciones a los facultativos de la sanidad pública que fueron realizadas por la Mutua de Accidentes Laborales, que hizo el seguimiento del paciente desde el 13 de mayo hasta el 2 de julio de 2002, intercalando alguna visita al médico de cabecera (el 19 de junio). Por ejemplo, sostienen que el médico del Centro de Salud le dio de alta al paciente el 2 de julio, cuando fue la doctora de la Mutua, según consta en el folio 220, y quien prescribió y valoró la RMN lumbar, que descartó la patología discal, fue también el traumatólogo de la citada entidad (Consideración anterior, apartado 2).

2) Antes del diagnóstico de sarcoma, el paciente presentó en la misma zona sintomatología que fue explicada por otras patologías concurrentes, que fueron diagnosticadas y tratadas (patología lumbar no específica y cólico nefrítico). Así se pone de manifiesto por la Inspección Médica, por los peritos de la aseguradora, y por el Dr. A. del Servicio de Oncología Médica del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca que fue entrevistado por la Inspección: *“en los meses anteriores los antecedentes eran equívocos y coincidentes con otras patologías que fueron diagnosticadas y tratadas”* (folio 370). Así se refleja en la propuesta de resolución cuando se señala respecto a la lumbalgia: *“la actuación del médico de primaria fue correcta iniciando tratamiento sintomático y remitiendo al paciente a su Mutua Laboral”*. Tampoco existió error en el diagnóstico del cólico nefrítico, pues el paciente presentaba una litiasis renal, emitiendo hasta dos cálculos. Por último y respecto al diagnóstico del Sarcoma de Swing, la propuesta de resolución señala: *“el diagnóstico se suele retrasar fundamentalmente en los tumores localizados en la columna y la pelvis que pueden crecer mucho antes de dar sintomatología. El dolor es intermitente en el 70% de los pacientes lo que dificulta más su diagnóstico y que su presencia se relacione con la de un tumor”*.

3) Una vez ingresado en el Hospital (el 8 de agosto de 2002) el diagnóstico fue rápido, según la Inspección Médica, los peritos de la aseguradora y el Dr. A. del Servicio de Oncología del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca en la entrevista que le realiza la Inspección.

No obstante, es preciso reconocer que a dicho diagnóstico contribuyó la acción de los reclamantes, que realizaron de forma privada (el 8 de agosto) la prueba de la ecografía, prescrita por el urólogo (se solicitó el 26 de julio según folio 49), ante lo dilatado de la fecha en que se le dio cita (se dice en diciembre), extremo no cuestionado por la Administración, lo que hubiera evidenciado, en caso de que se hubiera materializado tal retraso en la realización de dicha prueba, un funcionamiento defectuoso del servicio sanitario. A este respecto, la Inspección Médica señala que no se puede valorar dentro de la progresión del tumor el crecimiento que este hubiese tenido antes o después de esa fecha (folio 377).

4) Desde el punto de vista médico no se acreditan razones en el expediente que justifiquen el alta voluntaria del paciente, tras ser diagnosticado, para ser tratado en un centro privado (otro aspecto diferente son las razones personales de desconfianza en la sanidad pública, debido a las dificultades para obtener un diagnóstico definitivo, a lo que hacen referencia los reclamantes), puesto que el tratamiento realizado en la C. U. N. se encontraba disponible en la sanidad pública, que a partir de ese momento se limitó a la administración de algunos de los ciclos de quimioterapia programados por la citada clínica. En tal sentido, se pronuncian los informes médicos citados y el de la Dra. C., del Servicio de Oncología del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, que manifiesta que el paciente y su familia estuvieron siempre informados de dejar el tratamiento en el centro privado y seguirlo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, pero el paciente insistió en tratarse fuera de ésta. Tampoco se ha acreditado en la historia clínica el retraso al que aluden los reclamantes para el tratamiento por parte de los oncólogos del Hospital Santa María del Rosell, cuando se detectó la enfermedad, y que tenían “que esperar a septiembre para que le pudiesen ver los oncólogos”, afirmación que contradice el informe de la Dra. M. A. del Servicio de Medicina Interna del Hospital Santa María del Rosell: “el caso fue evaluado por el Dr. D. P. C. dejando constancia escrita de su valoración” (folio 116). Tal extremo es confirmado por el citado facultativo detallando el funcionamiento en aquel momento del Servicio de Oncología de Cartagena que recoge, a su vez, el Inspector Médico en su informe. También se plasma en la historia clínica (folio 89), en la que se anota tras el diagnóstico de Anatomía Patológica de sarcoma el día 16 de agosto de 2002: “martes hablo con el patólogo, oncólogo, cirujano y decidir”.

Sin embargo, aun cuando pudiera achacarse retraso en la programación de la ecografía renal cuando fue prescrita por el urólogo, analizada desde el posterior diagnóstico, tal retraso no llegó a materializarse puesto que fue realizada, aun privadamente, el 6 de agosto (se solicitó el 26 de julio), sin que pueda sostenerse el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado por los reclamantes, puesto que los resultados lesivos no pueden atribuirse a la Administración sanitaria cuando son consecuencia de la evolución de las propias patologías que presenta el paciente (Dictamen núm. 81/2006 del Consejo Jurídico). En este sentido los peritos de la compañía aseguradora hacen referencia a que *“la evolución del paciente ha sido desfavorable en base al diagnóstico y los factores de mal pronóstico del paciente, no dependiendo dicha evolución de la actuación de los profesionales de la medicina pública que ha sido ajustada a la lex*

artis”. También la STS, Sala 3ª, de 13 de julio de 2005, expresa: “*no se parte de una indebida actuación administrativa sino de unas dolencias que resultaban equívocas y sin que de ello derivara una mala praxis médica en el tratamiento que le fue inicialmente prestado y ello aun cuando con posterioridad fuera detectado un tumor, puesto que en el presente caso no existía evidencia alguna de la patología maligna ni siquiera a nivel de sospecha o indicio (...)*”.

En consecuencia, frente al juicio técnico contenido en el informe de la Inspección Médica, las manifestaciones vertidas por los reclamantes sobre la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño alegado no está justificada en parecer médico alguno (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005), correspondiendo al reclamante la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), sin que quepa, por tanto, entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni la antijuridicidad del daño. A mayor abundamiento, la STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005 señala: “*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 pueda 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 sin que se aprecie que en el caso, a la vista de la pericial practicada, resulte previsible en la primera visita hospitalaria al centro sanitario y en la posterior al servicio de urgencias hospitalario la apreciación de una sintomatología que permanecía larvada (...) y que no fue manifestada sino días después (...)*”.

Por último, respecto a la cuantía indemnizatoria reclamada, se ha valorado la muerte del paciente como si su fallecimiento fuera imputable exclusivamente a la Administración y no a la patología que sufría el mismo. Por otra parte, tampoco se justifica la cantidad reclamada por el fallecimiento, si se compara con algún baremo indicativo como el de accidentes de tráfico, que estipula para los padres que convivían, en caso de fallecimiento sin descendencia, la cantidad de 77.555.548 euros, correspondiente a las cuantías del año 2002 cuando se produjo la actuación a la que se achaca el funcionamiento anormal del servicio público, mientras que los reclamantes solicitan la cantidad de 120.000 euros. Tampoco queda acreditado, en cuanto a los gastos por el tratamiento en la clínica privada, que no pudieran ser prestados por la sanidad pública de acuerdo con lo señalado en la Consideración Cuarta, apartado 4, a parte de que los padres reclaman, por este concepto, más del doble de lo que inicialmente reclamaba el hijo.

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, por no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA- No se acredita la cuantía indemnizatoria reclamada por las razones que se recogen en el párrafo *in fine* de la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 149/06.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. E. M., S.A., por los servicios de residencia y centro de día en el municipio de Ceutí

Consultante : Alcalde del Ayuntamiento de Ceuti

Fecha: 18/09/06

Extracto de Doctrina

Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005 y 165/2005), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria y del avalista.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de marzo de 2005, el Ayuntamiento de Ceutí y la mercantil C. E. M., S.A. suscriben contrato de concesión del servicio público de residencia y centro de día de Ceutí. De conformidad con las estipulaciones de éste, la concesionaria se compromete a la prestación del referido servicio en las condiciones de su oferta, que se considera parte del contrato, y del Pliego de Explotación y de Condiciones Jurídico Administrativas que han de regir la concesión.

I. Del contrato destacan, a efectos del presente procedimiento, los siguientes extremos:

a) La concesión tiene una duración de diez años.

b) La concesionaria abonará al Ayuntamiento un canon, en concepto de retribución por la concesión. Durante los dos primeros años de vigencia, el canon será del 2% de los ingresos, descontado el IVA, derivados del servicio de residencia, siempre que se cumplan determinados criterios de ocupación, previendo incluso una subvención por parte del Ayuntamiento, para el caso de que la ocupación no llegue a un determinado mínimo, que se abonará a la concesionaria mediante su compensación con el canon.

A partir del tercer año, el canon será del 4% de los ingresos, descontado el IVA.

El pago del canon se efectuará anualmente, en las fechas establecidas en el contrato.

c) La retribución del contratista estará constituida por el rendimiento de la tarifa de precios privados, que es la propuesta por el licitador en su oferta, y que el concesionario percibirá directamente de los usuarios. La tarifa deberá incluir la base más el IVA, en su caso, y deberá indicarse en ella el precio desglosado de cada uno de los tres servicios básicos objeto del contrato: residencia, centro de día y manutención.

El concesionario no podrá percibir ninguna otra retribución por la concesión, salvo que obtenga autorización expresa del Ayuntamiento. El establecimiento de cualquier tipo de servicio y la fijación de todas las tarifas deberán ser autorizados siempre por el Ayuntamiento.

II. El Pliego de Explotación y de Condiciones Jurídicas y Económico- Administrativas particulares, anexo al contrato, establece que:

a) *“El concesionario se obliga a contratar y adscribir al servicio el personal necesario para un óptimo funcionamiento del mismo, debiendo cumplir, en todo caso y en cada momento, con las ratios y los mínimos que establezcan las normas legales o reglamentarias de aplicación en la materia”* (Cláusula Tercera).

b) El edificio y los equipos necesarios para la prestación del servicio ya han sido contruidos, instalados o previstos y adquiridos por el Ayuntamiento, no correspondiendo a la concesionaria su ejecución o adquisición (Cláusula Quinta).

c) Los precios de la tarifa y el canon anual se revisarán de acuerdo con las variaciones anuales del Índice Nacional de Precios al Consumo (Cláusula Décima).

d) Los derechos del contratista son los establecidos en la Cláusula Undécima, que le reconoce el derecho a *“percibir el precio correspondiente por la prestación del servicio y obtener la revisión del mismo, en los términos establecidos en este Pliego”*, así como *“cualesquiera otros (derechos) que se deriven del presente Pliego”*.

e) Entre las obligaciones del contratista, además de las establecidas en el artículo 161 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), la Cláusula Duodécima le impone las que contienen las condiciones técnicas unidas al Pliego y *“gestionar el servicio objeto de la presente adjudicación del modo dispuesto en el Pliego y condiciones técnicas unidas al mismo, así como en el contrato que se formalice, disposiciones dictadas por el Ayuntamiento y demás normativa legal y reglamentaria de aplicación”*.

f) La Cláusula Decimotercera establece las potestades del Ayuntamiento, destacando las siguientes: *“1. Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones que aconsejare el interés público y, entre otras, la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista. Todo ello sin perjuicio de los derechos del contratista para el caso de modificaciones sustanciales; 2. Fiscalizar la gestión del contratista, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto del contrato, y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación; 3. Asumir temporalmente la gestión directa del servicio en los casos en que no lo preste o no lo pudiere prestar el contratista, por circunstancias imputables o no al mismo”*.

g) Las obligaciones del Ayuntamiento se extienden a otorgar al contratista las facultades y la protección adecuadas para que pueda prestar el servicio debidamente y mantener el equilibrio financiero del contrato en la forma y condiciones establecidas en el Pliego.

h) Según la Cláusula Décimosexta, entre otras, son causas de resolución del contrato, además de las legales (artículo 167 TRLCAP), el incumplimiento de las cláusulas del Pliego de Condiciones Técnicas y de la Cláusula Tercera (personal) del Pliego de Explotación.

Además, el Ayuntamiento puede resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de someterse a las causas indicadas, incluso con oposición del contratista, siempre y cuando le indemnice.

III. El Pliego de Condiciones Técnicas describe los servicios a prestar, destacando los siguientes:

a) **Manutención.** Se servirán cuatro comidas diarias: desayuno, comida, merienda y cena. Los menús deben elaborarse de acuerdo a los criterios de calidad en la alimentación de las personas mayores.

b) **Fisioterapia y rehabilitación.** Seguimiento personalizado de quienes necesiten el servicio. El fisioterapeuta desarrollará el tratamiento preciso en cada caso.

c) **Terapia ocupacional.** Existirá un programa anual de actividades dirigidas a la prevención del deterioro personal, así como el desarrollo y mantenimiento de la salud, la autonomía, las capacidades y la integración en el centro y su entorno.

En cuanto al personal, la Cláusula Cuarta del referido Pliego dispone que el concesionario aportará el personal preciso para su funcionamiento, que deberá tener contrato laboral y alta en Seguridad Social, viniendo obligado el concesionario a cumplir con el resto de normas laborales y de Seguridad Social. Cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento de tales normas será de cuenta del concesionario, que además deberá asumir cualesquiera pagos, indemnizaciones o sanciones que sea preciso realizar.

IV. La proposición económica con la que acude la mercantil a la licitación contiene, entre otros, los siguientes extremos:

a) Como mejora y servicio complementario a los establecidos en el Pliego, la concesionaria se compromete a *“completar el equipamiento necesario para la realización de los servicios de fisioterapia y terapia ocupacional, así como de otros servicios que sean necesarios para el incremento de la calidad de nuestros servicios”*.

b) La plantilla mínima del centro estará constituida, en lo que aquí interesa, por un ATS/DUE, un fisioterapeuta, un terapeuta ocupacional y 10 gerocultores. En la estimación de costes de personal contenida en el mismo documento, tanto el fisioterapeuta como el terapeuta ocupacional se computan en $\frac{1}{4}$ (0,25).

SEGUNDO.- Con fecha 22 de noviembre de 2005 se procede a la modificación del contrato ante la constatación de que la ocupación de la residencia se aparta de las previsiones que se tuvieron en cuenta en la concesión original, pues el porcentaje de residentes asistidos es muy superior al de válidos, lo cual contradice la Cláusula Sexta del Pliego de Condiciones Técnicas que preveía un mayor número de residentes válidos que de asistidos. Asimismo, dicha situación se verá agravada por la suscripción de un convenio entre el Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma, en cuya virtud, todas las plazas del centro de día serán de asistidos.

Además, se ha puesto de manifiesto la necesidad de incrementar el número de personal destinado al centro, pues con el que presta el servicio, acorde con la oferta de la concesionaria, no se alcanza la calidad deseada por el Ayuntamiento.

Como consecuencia de lo expuesto, se produce una alteración en el equilibrio económico del contrato que se procede a corregir mediante la elevación de la tarifa correspondiente a los servicios de residencia (5%) y centro de día (casi un 7%). El resto de condiciones económicas del contrato no varían.

De conformidad con la Estipulación Segunda del contrato modificado, la plantilla mínima debe contar, entre otros, con 2 enfermeros y 15 gerocultores. Además, a tiempo parcial (1/4 de jornada), debe contratarse un fisioterapeuta, un terapeuta ocupacional, un trabajador social y un psicólogo.

TERCERO.- El 27 de abril de 2006, la Directora del Centro de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Ceutí emite informe acerca de la concesión, el cual se transcribe íntegro atendida su condición de sustento técnico del acuerdo de resolución del contrato:

“El Centro abre sus puertas en mayo de 2005 haciéndose cargo del mismo C. S.A., empresa concesionaria para su gestión. Desde entonces hasta la fecha de hoy se vienen observando bastantes irregularidades. Se detecta un déficit importante en la calidad del servicio. Tanto las quejas de los familiares de los residentes, como de los propios trabajadores, son continuas, lo que lleva a una supervisión del servicio más de cerca por parte de la dirección de los Servicios Sociales del Ayuntamiento. Se constata por los hechos y por declaraciones desde la dirección de la empresa, que existe una problemática a nivel económico que está provocando un desequilibrio en la calidad del servicio prestado.

A continuación se describen los acontecimientos más destacados, que desde el inicio del servicio demuestran, no sólo la gestión deficitaria, sino el incumplimiento del contrato que C. S.A. tiene firmado con el Ayuntamiento de Ceutí.

1. Durante el verano de 2005 se detecta una situación en el centro de extrema gravedad. La empresa concesionaria había acumulado numerosas deudas tanto con proveedores, como con residentes, e incluso con los propios trabajadores. Estas deudas, que se venían arrastrando desde el inicio del servicio, desembocan en un déficit en el suministro de determinados productos de alimentación, llegando a dejar a los residentes sin algunos de los alimentos básicos para el desayuno y la merienda (leche y zumo). En concreto, hubo un día en el que los ancianos merendaron con un vaso de agua porque no había nada para darles.

Algunos de los servicios se ven afectados y, por ejemplo, se deja de realizar la fisioterapia por deudas con la profesional que la realizaba. Otros servicios ni se realizan por falta de personal cualificado, ya que la empresa no llegaba ni a contratarlos; dígase terapeuta ocupacional, limpiadora, pinche de cocina.

2. En referencia a las deudas, actualmente esta situación se vuelve a repetir en los mismos términos de hace unos meses. A día de hoy se mantienen diversas deudas con los residentes y con algunos proveedores de las que tenemos constancia. Asimismo, la empresa sigue manteniendo deudas con algunos trabajadores y personal que presta sus servicios en la Residencia (médicos, director, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional).

3. La empresa concesionaria ha incumplido desde el principio un aspecto clave en la concesión del servicio: contratar una plantilla mínima. En la puesta en marcha del centro era necesario un mínimo de trabajadores tanto en cantidad como en cualificación. A fecha de hoy hay categorías profesionales que nunca han sido contratadas (trabajador social, psicólogo), lo que genera un vacío en el desarrollo de los programas individuales con los residentes; además, el número de trabajadores y horas contratadas no han crecido proporcionalmente al número de residentes, no llegando en la actualidad a tener contratado el personal que se acordó en la última modificación del contrato de concesión del servicio.

4. Según el pliego de condiciones, la empresa concesionaria no puede cobrar ninguna otra tasa por el servicio o por otros servicios que no sea aprobada por el Ayuntamiento. Sin embargo en esta entidad nunca han sido revisadas ni aprobadas las tasas que actualmente se cobran por otros servicios, como son el de peluquería y podología.

5. Igualmente, el pliego de condiciones especifica que no se puede modificar ninguna cláusula de los documentos presentados ante la Consejería de Trabajo y Política Social, como son el contrato de los residentes y reglamento de régimen interior. Esta documentación se presentó para obtener la autorización de apertura y funcionamiento de la Residencia y Centro de Día, y por lo tanto, es en base a la cual el centro debe funcionar. Cualquier variación ha de ser comunicada al Ayuntamiento de Ceutí para su aprobación y éste a su vez presentarlo ante la Consejería de Trabajo y Política Social. Se pueden señalar varias modificaciones en estos documentos que no han sido comunicadas al Ayuntamiento. Algunas de estas modificaciones tienen carácter grave, ya que no sólo modifican las condiciones del contrato, sino que también aumenta los ingresos obtenidos por el servicio, como por ejemplo el cobro de un 7% de intereses de demora, el cobro del servicio por quincenas en lugar de por días si el ingreso se realiza una vez entrado el mes.

6. Existe una irregularidad en el Cobro de las mensualidades en lo que se refiere a las plazas subvencionadas por el ISSORM. Por ejemplo:

Si un residente obtiene la plaza subvencionada el día tres del mes, la empresa le cobra los 650 euros que corresponde aportar al residente por la plaza subvencionada, más los 400 euros que aporta el ISSORM por la misma, y además los tres primeros días del mes le cobra la parte proporcional de plaza privada. Con esto la empresa cobra doble los tres primeros días del mes.

Todos estos hechos y numerosas observaciones realizadas por la dirección de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Ceutí, es lo que hace llegar a la conclusión de que la situación actual de la Residencia no es la más deseable. Desde este servicio se hace una valoración en general de poca estabilidad de la gestión del centro, no alcanzando el nivel de calidad del servicio deseado por este Ayuntamiento”.

CUARTO.- También el 27 de abril de 2006, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ceutí acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable de la concesionaria, constitutivo de las causas de resolución contempladas en los apartados 2, b) y e) del Pliego de Explotación y en el artículo 111, g) TRLCAP. En el mismo acto se confiere trámite de audiencia al contratista por plazo de diez días naturales, siendo notificado a la empresa, aunque no consta la fecha de su recepción.

QUINTO.- El 4 de mayo siguiente, el Alcalde ordena a la concesionaria que corrija las deficiencias observadas y puestas de manifiesto en el informe de la Dirección de Servicios Sociales, con advertencia expresa de proceder al secuestro de la concesión si no son subsanadas en el plazo de 24 horas. Se indica en el mismo acto que el secuestro tendrá la máxima duración legalmente permitida y se designa como Interventora técnica a la Directora de Servicios Sociales del Ayuntamiento, “que sustituirá plena o parcialmente a los elementos directivos de la empresa”.

Esta resolución es notificada el día 5 de mayo de 2005.

SEXTO.- El día siguiente, el representante de la concesionaria remite escrito al Ayuntamiento en el que rebate las deficiencias advertidas por el departamento municipal de Servicios Sociales. Niega rotundamente la existencia de aquéllas y repasa una a una las imputaciones efectuadas, en los siguientes términos:

- La problemática económica mencionada en el informe encuentra su causa únicamente en la demora en el pago, por parte del Ayuntamiento, de la subvención parcial de que son beneficiarios algunos de los residentes, cuyo montante asciende *“hasta un 30% de la facturación mensual total, que se viene soportando desde el mes de enero”*.

- Considera falso que se haya producido un déficit en el suministro de determinados productos de alimentación y que tenga deudas con trabajadores o una plantilla inferior a la exigible.

- En relación con el personal, los residentes son atendidos por *“18 profesionales de atención directa (12 gerocultores, 2 médicos, 1 enfermero, 1 fisioterapeuta, 1 terapeuta ocupacional y un asistente social recién incorporado...”*, por lo que la ratio residente/personal de atención es muy superior a la exigida por la normativa estatal y autonómica.

El psicólogo está en proceso de selección, habiendo sido realizadas sus funciones hasta dos semanas antes de redactarse el escrito, por el Coordinador de Residencia, que es Licenciado en Psicología.

Además, *“la empresa cuenta con 1 cocinera, 1 pinche al 60% del tiempo, 1 limpiadora y 1 más al 70% en labores de pinche-limpiadora. Se está procediendo a transformar una pinche en cocinera y la otra en limpiadora, mientras se está seleccionando una pinche-planchadora para mejor cubrir el servicio de ropa. Además, hay 1 administrativa a tiempo completo”*.

- Niega que la empresa cobre tasas no aprobadas por la Administración. Afirma, no obstante que cuando se le solicitan servicios adicionales de peluquería o podología, se incluye su precio en el recibo mensual.

- Niega que se hayan alterado las cláusulas del contrato de convivencia residencial y que se produzcan irregularidades en el cobro de mensualidades.

Finaliza el escrito oponiéndose al secuestro.

SÉPTIMO.- Con fecha 9 de mayo de 2006, el Alcalde decreta el secuestro de la concesión, con fundamento en los informes elaborados por los Servicios Sociales municipales y poniendo de manifiesto la producción de acontecimientos que califica de *“preocupantes”*, tales como el abandono de la residencia por parte de cuatro usuarios y el fallecimiento de otros dos. Se indica, además, que los incumplimientos de la concesionaria ponen en grave peligro el funcionamiento del servicio, así como la salud y bienestar de los usuarios, razón por la que el Ayuntamiento requirió la subsanación de las deficiencias observadas, sin que se haya llevado a efecto, pues considera que las alegaciones efectuadas por la mercantil no desvirtúan los hechos denunciados.

Menciona la resolución un informe de Servicios Sociales, de fecha 8 de mayo de 2006, que no consta en el expediente, donde al parecer se reflejan nuevos incumplimientos: deudas con proveedores, trabajadores y residentes; falta de productos alimenticios y de higiene; y falta de desarrollo de actividades socio-culturales y de animación.

Asimismo se deja constancia de las manifestaciones efectuadas por los trabajadores de la contratista “*en el sentido de que los residentes recibían sedación y medicamentos tranquilizantes con el fin de suplir la falta de personal necesario para la correcta prestación del servicio*”.

En la resolución de secuestro, notificada a la empresa el 10 de mayo de 2006, se prevé su mantenimiento hasta restablecer la correcta prestación del servicio, se nombra a las interventoras técnica y económica y se establece el régimen de aquél.

OCTAVO.- Con fecha 15 de mayo de 2006, se recibe en el Ayuntamiento escrito de alegaciones frente al acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución contractual. Basa la contratista su oposición en un único motivo, cual es el incumplimiento contractual por parte del Ayuntamiento, que no le abona el importe de las subvenciones que concede la Comunidad Autónoma a algunos residentes para sufragar su estancia en el centro de Ceutí.

NOVENO.- El 18 de mayo emite informe el Secretario de la Corporación, para afirmar que existe causa de resolución contractual, con mención expresa de los incumplimientos en materia de personal y de condiciones técnicas de prestación del servicio, de las cuales afirma que pueden considerarse, en su conjunto, como un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

Contesta, asimismo, a la alegación formulada por la contratista acerca del retraso en el abono de la subvención, recordando a la concesionaria que ante una demora en el pago la contratista no puede dejar sin más de cumplir sus obligaciones contractuales, salvo acudiendo a la suspensión del contrato, lo que no consta que haya hecho. Concluye el informe afirmando la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la fianza.

DÉCIMO.- En tal estado de tramitación, mediante oficio del Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Ceutí, recibido el pasado 25 de mayo de 2006, se remite al Consejo Jurídico el expediente en solicitud de consulta.

UNDÉCIMO.- El 29 de mayo siguiente, el Consejo Jurídico acuerda requerir a la Corporación Municipal consultante para que complete el expediente mediante la incorporación de diversas actuaciones omitidas.

DUODÉCIMO.- El 26 de julio de 2006, el Alcalde del Ayuntamiento de Ceutí remite de nuevo el expediente, una vez subsanadas las deficiencias puestas de manifiesto en el Acuerdo 7/2006, de este Órgano Consultivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento en el que, pretendiéndose la resolución de un contrato administrativo de concesión de servicios públicos, el contratista ha formulado oposición a tal medida, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 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.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Según consta en el expediente se han seguido los trámites prescritos por el artículo 109.1 RCAP, pues se ha dado audiencia al contratista por plazo de diez días naturales y se ha emitido informe por el Servicio Jurídico, entendiéndose por tal el del Secretario de la Corporación. Este Dictamen, por su parte, persigue dar cumplimiento al tercero y último de los trámites preceptivos establecidos por el mencionado precepto reglamentario.

Hecha esta primera valoración general acerca del procedimiento de resolución contractual, han de efectuarse las siguientes consideraciones particulares:

1. Sobre la representación en el trámite de alegaciones.

El informe del Secretario General de la Corporación pone de manifiesto la ausencia de acreditación de la representación que dice ostentar quien presenta las alegaciones que constituyen la oposición del contratista a la resolución del contrato. Debe recordarse, al respecto, que para la realización de actos de mero trámite, y no otra cosa es el de audiencia, la representación ha de presumirse, en virtud de lo establecido por el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Sobre la prueba.

Mayor trascendencia práctica reviste la escasa actividad probatoria realizada por ambas partes, pues si la Administración basa la resolución contractual en sendos informes del Centro de Servicios Sociales del Ayuntamiento (uno de los cuales, el de 8 de mayo de 2006, no ha sido incorporado al expediente), sin acreditar por ningún otro medio las manifestaciones allí vertidas, la mercantil únicamente se limita a negar las imputaciones, sin traer al procedimiento elemento probatorio alguno, defiriendo tal actuación acreditadora a un momento procesal posterior.

Las reglas sobre distribución de la carga de la prueba en supuestos como el planteado, en que la Administración pretende la resolución del contrato basada en el incumplimiento del concesionario, hacen recaer en la Corporación Local la prueba de tal incumplimiento, sin que pueda trasladarse a la empresa la prueba negativa de la no comisión o inexistencia de los hechos imputados.

Para la adecuada valoración de la prueba practicada por la Administración, han de tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

a) Yerra la Corporación cuando afirma que la concesionaria no ha negado expresamente los hechos puestos de manifiesto por la primera. Así se desprende de los dos escritos de alegaciones presentados por la mercantil en el seno de los procedimientos de secuestro (de fecha 6 de mayo de 2006, folio 122 y siguientes) y de resolución contractual (de fecha 15 de mayo de 2006, folio 137 del expediente). En el primero, se dice, literalmente:

- *“me complace comunicarle que no existe ninguna de las deficiencias que alega en su escrito...”*

- *“Es absolutamente falso que hubiera un “déficit en el suministro de determinados productos de alimentación”, así como que tenga en la actualidad deudas con trabajadores o una plantilla inferior a la exigible”.*

- *“Tampoco es cierto que la empresa cobre tasas no aprobadas por la Administración”.*

- *“No se ha modificado ninguna cláusula”.*

- *“Finalmente, la irregularidad que menciona su escrito en relación al cobro de mensualidades no es tal”.*

- *“En conclusión, no existe ningún deterioro del servicio ni menoscabo de la estabilidad en la gestión...”.*

También en el segundo escrito, de forma genérica, se rechaza expresamente *“que sean ciertos los motivos que se alegan en el acuerdo de 27 de abril de 2006 para iniciar el procedimiento de resolución”.*

b) Ante la negación explícita de la concesionaria, y dada la gravedad y entidad de los incumplimientos contractuales que se le pretenden imputar, no parece suficiente a efectos de su prueba el mero informe de los Servicios Sociales municipales.

Llega a esta conclusión el Consejo Jurídico atendiendo a las siguientes circunstancias:

- La facilidad con que el referido departamento municipal podría haber acreditado tales manifestaciones. En efecto, en el informe de 27 de abril de 2006 se alude a la existencia de quejas reiteradas por parte de trabajadores y familiares de residentes, que sin ningún esfuerzo podrían haberse aportado junto al informe (la Cláusula Octava del Pliego de Condiciones Técnicas prevé que el Ayuntamiento tendrá libre acceso al libro de reclamaciones que ha de llevar la dirección del centro), al igual que ejemplares del contrato de convivencia residencial donde se hubieran modificado las cláusulas o los recibos acreditativos del cobro en exceso sobre la tarifa.

- La vaguedad de las imputaciones, pues en su descripción no entra en el detalle que sería necesario para sustentar su credibilidad, con indicación de fechas, nombres de residentes afectados, razones sociales de proveedores acreedores, importe de las deudas, extensión de las demoras en su pago, etc.

De lo expuesto se deriva que el referido informe municipal carece de las características precisas para dotarlo de un especial valor probatorio, más allá del que resulta de la condición pública de su autora (Directora de Servicios Sociales del Ayuntamiento), pues no puede afirmarse que el informe sea plenamente fundado. Y es que, si bien los informes oficiales (y éste lo es en tanto que se expide en ejercicio de la función de vigilancia que sobre la concesión despliega el Ayuntamiento) se encuentran adornados de un principio de veracidad (STS de 29 de octubre de 1979) y de una presunción de acierto, que tiene su fundamento en la objetividad e imparcialidad que deriva del nombramiento de sus autores y de su específica función (STS de 23 de diciembre de 1993), para que tales presunción y principio desplieguen plenamente sus efectos, han de cumplirse ciertas exigencias que la jurisprudencia se ha encargado de precisar en relación a las actas de inspección, documentos a los que el ordenamiento jurídico sí atribuye valor probatorio, al estimarse que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario.

Así, y al margen de los requisitos relativos a las condiciones personales del autor del informe y las garantías formales que deben rodear la actividad inspectora (aspecto este último sobre el que nada puede deducirse del expediente), establece la jurisprudencia que las actas sólo hacen prueba de los hechos que, por su objetividad, son susceptibles de percepción directa por el inspector o inmediatamente deducibles de aquéllos, así como también de los hechos acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporados a la misma. En este sentido, si bien el informe de los Servicios Sociales municipales alude a quejas, reclamaciones y manifestaciones de trabajadores y familiares de residentes, a alteraciones en los contratos de convivencia residencial y en el reglamento de régimen interior, ninguno de los elementos enumerados se ha incorporado al informe, por lo que las imputaciones basadas en alguno de ellos no pueden darse por probadas.

Menos aún cabe entender suficientemente acreditados los incumplimientos puestos de manifiesto en el informe de 8 de mayo de 2006, al que se refiere la Resolución del Alcalde por el que declara el secuestro de la concesión, pues dicho informe ni siquiera consta en el expediente.

3. Sobre los indicios de ilícito penal.

A los folios 127 y siguientes consta la Resolución de la Alcaldía, de 9 de mayo de 2006, por la que se declara el secuestro de la concesión. En ella, y a modo de justificación de la medida excepcional que adopta el Ayuntamiento, se indica que los trabajadores de la contratista han manifestado que los residentes recibían sedación y medicamentos tranquilizantes con el fin de suplir la falta de personal necesario para la correcta prestación del servicio.

Nada se indica en el expediente sobre si el Ayuntamiento ha procedido a dar cuenta al Ministerio Fiscal acerca de dichas conductas, en cuya somera pero expresiva descripción podrían existir indicios de ilícito penal. Considera el Consejo Jurídico que, dado que el Ayuntamiento dota de credibilidad a tales manifestaciones, pues las incorpora como fundamento de un acto administrativo, procede dar cuenta de los hechos de los que ha tenido conocimiento esa Corporación Local a las autoridades competentes para la investigación y represión de los delitos, en cumplimiento de la obligación de denunciar hechos conocidos por razón del cargo, profesión u oficio que impone el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De actuarse así, y a pesar de la plena vigencia en este ámbito del principio de preferencia y prejudicialidad penal, ello no sería obstáculo para el ejercicio de la acción resolutoria del contrato, si se prescinde, como hace la propuesta de resolución, del elemento fáctico eventualmente constitutivo del ilícito penal.

TERCERA.- Del secuestro de la concesión.

Si bien la labor consultiva del Consejo Jurídico ha de centrarse en el procedimiento de resolución contractual y en el análisis de la propuesta de resolución, en orden a determinar la procedencia o no de la finalización del contrato y las consecuencias de todo orden que de ella se deriven, se considera oportuno efectuar ciertas consideraciones en relación al secuestro de la concesión.

Consiste el secuestro en la cesación temporal de los efectos del contrato, como consecuencia de un incumplimiento del contratista que deriva en una grave perturbación

del servicio público, no reparable por otros medios (artículo 166 TRLCAP). Es, en palabras de la doctrina, una medida de urgencia adoptada en interés del servicio para hacer frente a la imposibilidad del concesionario de asegurar el servicio.

La legislación general de contratos configura el secuestro (intervención, en terminología de la TRLCAP) de la concesión como una alternativa a la resolución contractual. Así se desprende de la dicción del precepto legal al disponer que procede la intervención cuando “*la Administración no decidiese la resolución del contrato*”. En rigor, por tanto, la intervención persigue evitar mediante una actuación provisional o temporal la medida más drástica y definitiva de la resolución contractual, verdadera última ratio, atendidos sus negativos efectos sobre la continuidad en la prestación del servicio. En consecuencia, al acordar el secuestro de la concesión debe establecerse su duración para, llegado su término, devolver la prestación del servicio a la concesionaria, si ésta prueba estar en condiciones de asumirla de nuevo. Ahora bien, dado el carácter puramente transitorio del secuestro, la doctrina admite que, de persistir las causas que lo motivaron, debe resolverse el contrato para proceder a una nueva licitación o bien asumir la Administración la prestación directa del servicio.

En el supuesto sometido a consulta, el análisis de las actuaciones municipales parecen descartar que se haya adecuado la utilización de la medida de secuestro al régimen ordinario de la medida. En primer lugar, la cronología de lo actuado, pues la declaración del secuestro por Resolución de la Alcaldía de 9 de mayo de 2006 es posterior al acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se inicia el procedimiento de resolución contractual (de fecha 27 de abril anterior), de donde se infiere que la intervención de la concesión no se concibe propiamente como alternativa a la resolución, sino antes bien como una medida cautelar que se adopta en el seno del procedimiento resolutorio, en orden a garantizar una adecuada prestación del servicio.

Asimismo, abunda en la tesis apuntada el hecho de que al declarar el secuestro no se establece un plazo determinado de duración de la medida, pues se limita a señalar que “*se prolongará el tiempo necesario para restablecer la correcta prestación del servicio*”, lo que, atendido el procedimiento resolutorio en curso, parece apuntar al mantenimiento de la intervención hasta la resolución del contrato; del mismo modo, el plazo que concede al concesionario para subsanar las deficiencias es excesivamente corto para entenderlo razonable, si lo que se persigue es posibilitar que siga prestando el servicio, pues atendida la naturaleza de algunos de los incumplimientos detectados, como es el caso de la falta de contratación de determinado personal, su efectivo cumplimiento resulta imposible en el brevísimo plazo de 24 horas.

En consecuencia, si bien la intervención de la concesión se lleva a cabo bajo la vestidura del secuestro, designando el Ayuntamiento sendos interventores (técnico y económico) y utilizando para la prestación del servicio los medios personales del concesionario, la finalidad de la medida adoptada no se ajusta a la propia del secuestro (evitar la resolución del contrato, manteniendo la prestación), sino más bien a la de una medida de aseguramiento del servicio en tanto se resuelve el contrato, una vez adoptada ya la decisión extintiva del mismo e iniciado el procedimiento adecuado para ello.

No ha de interpretarse lo anterior en el sentido de carecer la Administración de título jurídico para efectuar la medida, toda vez que la Corporación Local está investida de unas amplísimas potestades interventoras, fundadas en la garantía de la prestación del servicio

conforme a criterios de continuidad y calidad, que son aún más exigibles en servicios públicos tan sensibles como el de la atención a las personas mayores. A tal efecto, el artículo 127.1, 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL) atribuye al Ayuntamiento concedente la potestad de asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo preste o no lo pudiere prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no al mismo.

En cualquier caso, debe advertirse que no consta en el expediente remitido a este Consejo Jurídico impugnación alguna en vía administrativa o contenciosa de la resolución del Alcalde declarando el secuestro, por lo que dicho acto administrativo habría devenido consentido y firme.

CUARTA.- Sobre la excepción de incumplimiento alegada por la concesionaria.

Con fecha 15 de mayo de 2006, el representante de la concesionaria presenta escrito de oposición a la resolución contractual, basado no sólo en la negación de las imputaciones efectuadas por la Corporación Local, sino también, y sobre todo, en el incumplimiento por parte del Ayuntamiento del propio contrato. Alega, por tanto, la contratista la clásica *exceptio non adimpleti contractus*, ex artículo 1124 del Código Civil.

La traslación a la contratación administrativa de esta excusa de cumplimiento contractual, cuyo ámbito natural es el derecho obligacional privado, no puede realizarse sin una cierta adaptación que pondere la especial posición jurídica de preeminencia de que goza la Administración Pública en su actividad contractual, frente a la igualdad de los contratantes propia de las relaciones privadas. Así lo entiende también el Tribunal Supremo, para quien *“la demora o el incumplimiento por la Administración en el pago de las certificaciones no autoriza al contratista a retrasar o paralizar la ejecución de la obra adjudicada y al hacerlo así incide en la causa apreciada de resolución del contrato con las consecuencias legales que quedan señaladas; sin que en los contratos concertados por la Administración atendida la posición preminente que a éste ha de reconocerse, sea admisible alegar frente a ella la excepción non adimpleti contractus, admitida en los de carácter civil, en que las partes actúan en plano de igualdad”* (STS, Sala Tercera, de 11 de octubre de 1982).

Para la doctrina, con carácter general, la referida excepción no es aplicable al cumplimiento de los contratos administrativos, si bien se llega a admitir que no puede exigirse al contratista la ejecución del contrato cuando el incumplimiento de la Administración lo hace imposible.

La normativa sobre contratos administrativos, por su parte, únicamente reconoce al contratista que no recibe la contraprestación económica establecida en el contrato o los medios auxiliares necesarios para la ejecución del mismo, su derecho al interés legal de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen (artículo 165 TRLCAP), pudiendo proceder, asimismo, a suspender la ejecución del contrato o incluso instar su resolución, si la demora en el pago es superior a cuatro y seis meses, respectivamente (artículos 99.5, y 167, letra a, TRLCAP).

Ahora bien, si el no abono del precio del contrato por parte de la Administración sólo puede llevar a la suspensión o resolución del contrato en los tasados supuestos establecidos por la Ley, jamás puede el contratista dejar de prestar el servicio en las condiciones

convenidas, con el único fundamento del incumplimiento por la Corporación Local de una obligación ajena al propio contrato. Y esto es precisamente lo que ocurre en el supuesto sometido a consulta, en que las cantidades dejadas de abonar a la concesionaria no son una eventual contraprestación económica establecida en el contrato, sino el importe de ciertas subvenciones otorgadas por la Comunidad Autónoma a determinados residentes y que, al parecer, el Ayuntamiento abona a la concesionaria actuando como un mero gestor interpuesto. En el contrato tales subvenciones ni tan siquiera son mencionadas, como tampoco consta obligación municipal alguna de abono de estas cantidades a la concesionaria.

Por tanto, independientemente de las relaciones extracontractuales que puedan existir entre concedente y concesionaria, sobre las cuales el expediente no ofrece información, lo cierto es que no se aprecia incumplimiento de obligación contractual alguna por parte del Ayuntamiento, impidiendo así la oponibilidad frente al mismo de la excepción alegada por la contratista.

QUINTA.- De las causas de resolución del contrato.

1. De conformidad con el artículo 167 TRLCAP, además de las causas de resolución específicas del contrato de gestión de servicios públicos que el referido precepto establece, también cabe resolverlo por aplicación de las causas previstas en el artículo 111 del mismo cuerpo legal, a excepción de sus letras e) y f), que no son de aplicación al referido tipo de contrato.

El artículo 111, letras g) y h), por su parte, establece como causas de resolución tanto el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, como aquellas causas que se establezcan expresamente en el contrato. Entre estas últimas, la Cláusula Decimosexta, apartado 2, del Pliego de Explotación, que forma parte del contrato, establece como causa de resolución, entre otras, además de las legales (artículo 167 TRLCAP), el incumplimiento de las cláusulas del Pliego de Condiciones Técnicas y de la Cláusula Tercera (personal) del mismo Pliego.

La propuesta de resolución considera probado el incumplimiento de las siguientes cláusulas del Pliego de Condiciones Técnicas:

- Tercera, pues la concesionaria no ha llegado a contratar al personal que venía obligada a adscribir al servicio, además de no tener en las condiciones laborales exigibles al terapeuta ocupacional.

- Octava, pues ha venido cobrando los servicios de peluquería y podología sin la previa aprobación de sus tarifas por parte del Ayuntamiento.

Además, la propuesta de resolución mantiene que se han producido diversas irregularidades en el cobro de mensualidades.

Para determinar la veracidad o no de tales imputaciones y su eventual calificación como causa de resolución contractual, ha de recordarse ahora lo que ya se adelantó en la Consideración Segunda de este Dictamen acerca de la falta de acreditación de diversos hechos puestos de manifiesto por la Administración, entre los cuales se encontraban las irregularidades en el cobro de mensualidades que sigue mencionando la propuesta de resolución, por lo que no cabe darlas por probadas y no podría basarse en ella la extinción del contrato.

2. Respecto de la Cláusula Octava del Pliego de Explotación, en ella se establece que el concesionario no podrá percibir ninguna otra retribución por la concesión salvo que obtenga autorización expresa del Ayuntamiento, debiendo ser autorizados por éste el establecimiento de cualquier tipo de servicios y sus tarifas. En el escrito de alegaciones presentado por la concesionaria frente al secuestro de la concesión, la contratista admite como cierto que efectivamente cobra, además de la tarifa establecida en el contrato por los servicios de residencia y centro de día, un precio cuando presta los de peluquería y podología.

De conformidad con la Cláusula Octava del Pliego, la oferta económica presentada por el licitador debía incluir la tarifa propuesta para cada uno de los servicios complementarios y cualesquiera otros que el licitador proponga en su oferta, lo que no hace.

De hecho, en la memoria de explotación del servicio de residencia se prevé la prestación de estos servicios con cargo al usuario, pero en relación al centro de día se limita a ofertar la prestación de tales servicios, sin previsión alguna acerca del abono de tales servicios. La diferencia expuesta tiene relevancia, pues mientras que respecto de los servicios de podología y peluquería prestados en el centro de día la concesionaria no podría cobrar tales servicios al margen de la tarifa, dado que cabría entender que su importe está englobado en la tarifa mensual ordinaria a pagar por los usuarios del servicio, interpretándolos como una mejora sobre el contrato objeto de licitación, respecto de la residencia la solución es diferente.

En efecto, aquí la oferta de la licitadora manifiesta expresamente que tales servicios serán objeto de un pago adicional. Al incorporarse a su oferta, la empresa adjudicataria viene obligada a prestar tales servicios complementarios, y debe hacerlo en los términos de su oferta, que se incorpora al contrato y forma parte de éste. Por ello, desde que el Ayuntamiento no hace salvedad alguna respecto de tal oferta en la adjudicación del contrato, cabe entender que en ese momento autoriza tácitamente la prestación de tales servicios, debiendo, en consecuencia, proceder a autorizar la tarifa correspondiente. Ahora bien, tampoco la empresa en esto fue diligente, pues a ella correspondía proponer el precio de los servicios y no lo hizo.

En cualquier caso, dicha irregularidad no tiene la relevancia suficiente como para amparar la resolución del contrato, pues no todo incumplimiento puede generar dicha resolución, sino sólo aquel verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la prestación. Frente a ello, los meros retrasos, desfases o desajustes, en modo alguno reveladores de tal voluntad de no cumplir, no deben dar lugar a la resolución, pues *“incumplir es dejar de realizar de manera esencial la conducta en que consiste la prestación objeto de la obligación”* (STS, Sala Tercera, de 16 de mayo de 1997).

3. Mayor trascendencia tiene el incumplimiento en materia de personal, consistente en no contar con la plantilla mínima a que venía obligada la concesionaria de conformidad con el contrato.

En la oferta económica que realizó la empresa licitadora, la plantilla mínima de referencia comprometida era, en lo que aquí interesa, de un fisioterapeuta, 1 terapeuta ocupacional, 1 DUE, 10 gerocultores, 2 limpiadores y 3 cocineros.

Cuando se modifica el contrato, el 22 de noviembre de 2005, se hace constar en él de manera expresa que, la experiencia del funcionamiento del servicio desde su puesta en marcha *“ha puesto de manifiesto la necesidad de que se aumente, en diversas medidas y según la clase de puestos de trabajo del centro, el personal adscrito al servicio, por considerar que con el personal actual y el previsto en el contrato de la concesión -según la oferta de la contratista- el servicio no se está prestando con la calidad deseada por el Ayuntamiento”*. Por ello, y *“como consecuencia del cambio en el número de residentes asistidos y con el fin de mejorar la calidad de los servicios”*, de conformidad con la Estipulación Segunda del contrato modificado, la plantilla mínima debe contar, entre otros, con 2 ATS/DUE y 15 gerocultores. Además, a tiempo parcial (1/4 de jornada), debe contratarse un fisioterapeuta, un terapeuta ocupacional, un trabajador social y un psicólogo. Los dos últimos trabajadores no se contemplaban en el contrato inicial. Respecto del personal de limpieza, no hay variaciones. El de cocina baja de tres personas a dos: 1 cocinero y un pinche.

Según las propias manifestaciones de la contratista, efectuadas con ocasión de las alegaciones frente al secuestro de la concesión, el 5 de mayo de 2006, es decir, cinco meses después de la modificación contractual, la empresa cuenta con 12 gerocultores, 1 enfermero, 1 fisioterapeuta, 1 terapeuta ocupacional y un asistente social. La función del psicólogo la realizaba el Coordinador de la Residencia. Respecto del personal de limpieza y cocina, se indica de manera expresa que existe *“1 cocinera, 1 pinche al 60% del tiempo, 1 limpiadora y 1 más al 70% en labores de pinche-limpiadora. Se está procediendo a transformar una pinche en cocinera y la otra en limpiadora, mientras se está seleccionando una pinche-planchadora para mejor cubrir el servicio de ropa”*.

Atendidas tales manifestaciones, cabe considerar probado que la empresa incumple su obligación contractual de disponer de la plantilla mínima comprometida en el contrato modificado, consistiendo el déficit de personal en tres gerocultores y un enfermero. Comoquiera que este personal se debía incorporar a la plantilla de la residencia a fin de alcanzar los estándares de calidad exigibles en la prestación del servicio, a cuyo efecto se modifican las tarifas que la mercantil podía cobrar de los usuarios de la residencia y del centro de día, cabe considerar que la no contratación del personal establecido en el contrato redundaba en el incumplimiento de la obligación esencial derivada de aquél, cual es la gestión de los servicios de residencia y centro de día *“del modo dispuesto en el pliego y condiciones técnicas unidas al mismo, así como en el contrato”*.

Además, al incumplir las obligaciones que en materia de personal le incumbían, la concesionaria incurre en una de las causas de resolución expresas contenidas en el contrato, de conformidad con la Cláusula Decimosexta, apartado 2, letra b) del Pliego. Según dicha estipulación, será causa de resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Tercera del mismo Pliego, que establece el deber del contratista de *“contratar y adscribir al servicio el personal necesario para un óptimo funcionamiento del mismo, debiendo cumplir en todo caso y en cada momento, con los ratios y los mínimos que establezcan las normas legales o reglamentarias de aplicación en la materia”*. A tal efecto, resulta irrelevante la alegación efectuada por la contratista en el sentido de que el personal de atención directa a los usuarios supera los ratios establecidos por la normativa regional y estatal, pues no eran tales ratios la única referencia a utilizar en la ejecución del contrato, sino también los términos expresados en éste, en lo que aquí interesa, en la cláusula segunda del contrato.

Y ello porque la determinación de qué personal era necesario en orden a lograr el óptimo funcionamiento del servicio se efectúa en el contrato una vez modificado, cuando de forma expresa vincula la plantilla mínima allí expresada a la calidad de la prestación.

En consecuencia, acreditado el incumplimiento de la obligación de contratar y adscribir al servicio a tres gerocultores y un enfermero, cabe considerar que concurren en el supuesto planteado las causas de resolución expresadas en el artículo 111, letras g) y h) TRLCAP.

SEXTA.- Sobre la fianza.

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 concesionaria de sus obligaciones en materia de personal no responda a la propia voluntad consciente de la empresa, pues nada se argumenta por ésta acerca de la existencia de dificultades para contratar al personal o la imposibilidad de hacerlo, más allá de la genérica alegación relativa a la omisión por parte del Ayuntamiento de las subvenciones concedidas por la Comunidad Autónoma.

Considera el Consejo Jurídico que la concesionaria no puede amparar su incumplimiento en dicho impago, pues al margen de reiterar lo ya expuesto en consideraciones anteriores acerca de la limitada y matizada aplicación en el ámbito de la contratación administrativa de la *exceptio non adimpleti contractus*, ninguna actuación probatoria ha desarrollado la mercantil para intentar vincular dicha falta de pago con su incumplimiento en materia de personal. Y es que, aun reconociendo el Ayuntamiento que, en efecto se produce un retraso en el abono de las cantidades reclamadas por la concesionaria, ésta no ha probado que ello le supusiera un *“insoportable e injustificado sacrificio...ni que el impago de la Administración, además de ser cuantitativamente elevado y exageradamente prolongado haya hecho imposible realmente al contratista atender a sus obligaciones”* (STSJ Andalucía, Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 3316/2003, de 19 de noviembre).

En definitiva, estamos en presencia de un contrato de concesión de un servicio público, en que por el incumplimiento de lo pactado y en virtud de la concurrencia de las circunstancias expresadas en el artículo 133 RSCL fue declarado el secuestro de la concesión, con la consecuencia establecida en el artículo 134 de este Reglamento de encargarse la Administración directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos, efectuándose tal explotación por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se entregará, al finalizar el secuestro, el saldo activo que resultare después de satisfechos todos los gastos. Como quiera que el resultado de la liquidación final del contrato, según consta en la propuesta de resolución, resulta con un saldo pasivo (29.448,12 euros) superior al valor de la fianza (20.698,14 euros), con el consiguiente perjuicio económico para la Administración, derivado de las consecuencias del defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, procedería aplicar la fianza a la efectividad de las responsabilidades derivadas de aquél (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de junio de 1996).

Ahora bien, es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005 y 165/2005), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria y del avalista. Ello no obsta a la inclusión de dichas determinaciones dinerarias en la resolución que pone fin al procedimiento de extinción del contrato, pero para ello será necesario que durante la tramitación que conduce a dicha resolución, se haya garantizado la audiencia de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización, lo que no consta que se haya realizado en el supuesto sometido a consulta.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 113.4 y 5 TRLCAP, ante el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía, debiendo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios 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.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución en tanto que propone la resolución del contrato y la pérdida de la garantía constituida.

SEGUNDA.- Debe eliminarse de la propuesta de resolución la liquidación del contrato, toda vez que no consta que se haya dado audiencia a los interesados, de conformidad con lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 150/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. B. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 25/09/06

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 núm. 77/2006 del Consejo Jurídico):

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de febrero de 2003, D. P. B. G. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en el vehículo de su propiedad (marca Mercedes, modelo C200, matrícula X) con motivo de un accidente ocurrido el 25 de marzo de 2002, a las 16,30 horas, a la altura del cruce El Algar-Los Beatos, al chocar contra una viga de madera (travesía del ferrocarril) de grandes dimensiones, que se encontraba en medio de la vía sin señalización, que no pudo esquivar al ser desplazada por uno de los vehículos que le precedían por el carril izquierdo. Imputa el accidente a un funcionamiento anormal del servicio público por el incumplimiento del deber de conservación de las carreteras de titularidad autonómica.

Asimismo manifiesta que, como consecuencia del accidente, la Guardia Civil del puesto de Cabo de Palos levantó el atestado núm. 410/02, acompañando copia, y solicita el testimonio de sus agentes a fin de verificar lo relatado, así como que se le indemnice con la cantidad de 573,06 euros, en concepto de reparación de las ruedas izquierdas y bajos del vehículo, según refiere acreditar con las facturas que adjunta.

SEGUNDO.- Con fecha 25 de marzo de 2003 la instructora del expediente recaba del reclamante la aportación de determinada documentación para mejorar su solicitud, con suspensión del plazo para resolver, que es cumplimentada por el interesado mediante escrito de 29 de abril de 2003.

TERCERO.- Recabado el informe de la Dirección General de Carreteras, es emitido por el Servicio de Conservación el 22 de mayo de 2003 en el siguiente sentido:

“Dado que en la carretera MU-312 no existe una salida ni cruce hacia Los Beatos entendemos que el punto a que se hace referencia tanto en la reclamación como en el atestado de la Guardia Civil puede corresponder con la carretera A-37, siendo la misma competencia del Ministerio de Fomento y su explotación de la Empresa Ploder. No obstante y para poder informar con más exactitud, se debería solicitar al interesado un plano de situación en el que se especifique el lugar del siniestro”.

CUARTO.- Previo escrito del interesado de 7 de enero de 2004, solicitando información sobre el estado de tramitación de su reclamación, la nueva instructora del expediente le recaba el 21 de abril de 2004 (registro de salida) un plano de situación en el que se especifique el lugar del siniestro, que es aportado por el reclamante el 4 de mayo de 2004 (fecha de certificación en la oficina de correos).

QUINTO.- El 5 de julio de 2004 es emitido nuevo informe por parte del Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras con el siguiente contenido:

“1. 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 su reclamación patrimonial. 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.

B) La existencia de una traviesa de ferrocarril en la calzada supone la actuación inadecuada de un tercero, dado que no es un elemento funcional de la carretera.

C) No existe relación causa-efecto, dado que las condiciones de la carretera no han influido en la causa del accidente.

D) Desconocemos si la responsabilidad es atribuible a otras Administraciones.

E) No se han realizado actuaciones en el tramo de carretera donde ocurrió el siniestro ni siquiera la retirada del obstáculo, puesto que no hemos tenido conocimiento de su existencia ni en fechas posteriores a la del siniestro.

F) No se puede comprobar la valoración de los daños alegados.

G) 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”.

SEXTO.- Con fecha 23 de noviembre de 2004 (registro de salida) se solicita por la instructora que el reclamante aporte recibo acreditativo del pago de la prima del seguro del vehículo correspondiente al periodo en el que se produjo el accidente, siendo cumplimentado el 24 de enero siguiente.

SÉPTIMO.- De la misma fecha es la petición al puesto de la Guardia Civil de Cabo de Palos de las diligencias instruidas como consecuencia del accidente objeto del presente expediente, que es reiterada con posterioridad (concretando el número de atestado) tras una respuesta negativa por parte del citado Cuerpo que no las localizó inicialmente por

un error en la calificación del hecho, siendo finalmente cumplimentada el 16 de febrero de 2005, acompañando el atestado y una diligencia de inspección ocular efectuada el día del accidente, a las 18,30 horas, que reproducimos:

“Personada un componente en Servicio Unipersonal el Guardia Civil con número (...) en la vía rápida MU-312 Km. 4 se observa que el vehículo Mercedes modelo C-200, matrícula X, de color gris oscuro, presenta daños consistente en rotura de dos neumáticos del lado del conductor, así como las llantas del mismo, reventando ambas ruedas por colisión de algún objeto contundente, siendo revisada la carretera se observa una madera de unos 17 cms. de grosor y unos 60 cms. de largo en la cuneta a la altura de la colisión”.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, no consta que presentara alegaciones, aunque sí remite escrito poniendo en conocimiento de la Administración su nueva dirección y cuenta bancaria.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 25 de julio de 2006, 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 el hecho acaecido con su efecto lesivo y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

DÉCIMO.- Con fecha 3 de agosto 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.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que el reclamante sufre un perjuicio patrimonial (daños en su vehículo) como consecuencia del percance, lo que le confiere la condición de interesado (artículos 31.1 y 139.1 LPAC, y artículo 4.1 RRP), viniendo pues legitimado para reclamar la indemnización de aquellos daños.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía según reconoce el informe de la Dirección General de Carreteras, a cuyas defectuosas condiciones de conservación se imputa el daño.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP.

Respecto a la instrucción seguida cabe destacar:

1) Debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues ya se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses, al haber transcurrido más de 3 años desde que se inició el procedimiento. No obstante, ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, sin que se observen carencias esenciales. Dicho lo anterior, sí cabe poner de manifiesto ciertas irregularidades que, sin producir indefensión y sin tener entidad suficiente como para anular las actuaciones, deben ser objeto de consideración por la Consejería proponente. Así, a lo largo del procedimiento, se ha variado de instructora, sin que conste en el expediente ni la inicial atribución de tal condición ni su posterior modificación y notificación al interesado, lo que podría ser contrario al derecho reconocido por el artículo 35, letra b) LPAC, que otorga al ciudadano el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

2) En el presente supuesto nos encontramos con un cierto 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 nuestra doctrina expresada en la Memoria correspondiente al año 1999 (folios 42 y 43).

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 que se produzca el nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

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

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

Acreditada la realidad del daño, según recoge la propuesta de resolución, conviene centrarse en si concurre en el presente supuesto otro de los requisitos imprescindibles para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial: el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

Para la instructora el accidente se produjo por el comportamiento inadecuado de un tercero que trasladó la traviesa de ferrocarril al lugar del accidente, rompiendo dicha actuación indebida el nexo causal.

Sin embargo, no queda excluido que se establezca la imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de daños producidos con ocasión de accidentes de tráfico en los que la situación de peligro en la circulación se origina a causa de la acción directa de un tercero sobre la calzada, concretamente cuando dicho peligro se produce por la presencia en la carretera de obstáculos. A este respecto resulta de interés reproducir el siguiente razonamiento de la STS, Sala 3ª, de 31 de enero de 1996 (Fundamento de Derecho Cuarto): *“La intervención de un tercero en la producción de los daños es ya un problema clásico en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal no tiene una solución definida, sino una constante invocación a respuestas puntuales e individuales, subordinadas a circunstancias específicas y peculiares en cada caso concreto, sin duda para evitar que formulaciones excesivamente generales puedan acarrear en el futuro consecuencias indeseadas o excesivas (...) El relativismo o casuismo en la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permite concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado”*.

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).

Del expediente administrativo se desprende:

1º. Que el 25 de marzo de 2002, sobre las 16,30 horas, D. P. B. G. tuvo un accidente de tráfico en la carretera MU-312, punto kilométrico 4, al colisionar con una viga de madera, que se encontraba en la calzada y que no pudo esquivar. En la inspección ocular que realiza la Guardia Civil (folio 108) el mismo día de los hechos, a las 18, 30 horas (dos horas más tarde aproximadamente), observa los daños del vehículo por colisión con algún objeto contundente, así como, revisada la carretera, observa una madera de unos 17 cms. de grosor y de unos 60 cms. de largo en la cuneta a la altura de la colisión. Al día siguiente, tras la comparecencia del interesado en el puesto de la Guardia Civil, se levanta el atestado núm. 410/2002 en el que se hace constar: *“posteriormente se personó en el lugar de los hechos, un componente de la Guardia Civil que pudo comprobar la naturaleza del obstáculo y los daños externos del vehículo”*. También recoge que el vehículo fue retirado por la grúa.

Resulta probado, por tanto, como recoge la propuesta de resolución, que *“los daños alegados son consecuencia del accidente objeto de la reclamación en la medida que en el atestado instruido se declara que tras la comparecencia del reclamante en el puesto de la Guardia Civil de Cabo de Palos se personó un componente de la misma y comprobó la naturaleza del obstáculo y los daños externos del vehículo”*.

2º. ¿Cuánto tiempo permaneció el obstáculo en la calzada o en la zona de dominio público contigua a ella que pudiera denotar una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad?

En este punto concreto existe un vacío total probatorio, careciendo de sentido retrotraer el procedimiento para completar la instrucción cuando han transcurrido 4 años desde que se produjo el accidente.

Para su determinación vamos a acudir a los principios generales de la distribución de la carga de prueba, partiendo del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. No obstante, la regla pueda alterarse, según el caso, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de facilidad, cuando hay datos de hecho que resulten de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra. Este último principio resulta plenamente aplicable en el presente supuesto, pues a la Administración le resultaba más fácil demostrar el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar situaciones de riesgo (por ejemplo, con los partes de los recorridos efectuados por los servicios encargados de la vigilancia o conservación), sin que pueda servir de exoneración que la Dirección General de Carreteras no haya recibido un aviso para retirar el obstáculo de la calzada, del que no se tenía conocimiento por parte del Servicio de Conservación a la fecha de la emisión de informe de 5 de julio de 2004 (más de un año posterior a la reclamación), pese a que, según manifiesta el

Guardia Civil que se personó en el lugar el día del accidente (el 25 de marzo de 2002), dos horas más tarde, la madera se encontraba en la cuneta junto al lugar del accidente.

Lo anterior nos conduce a la verosimilitud del nexo causal y a reconocer que se trata de daños que el perjudicado no está obligado a soportar. La misma conclusión alcanzan diversas sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional relativas a obstáculos en la carretera; por todas, las de 27 de enero, 15 de junio, 11 de octubre del año 2005, y 31 de marzo de 2004, la última de las cuales, referida a la colisión con un taco de madera, fundamenta la estimación de la reclamación en la siguiente consideración:

“El conjunto de los hechos expuestos sí nos lleva a concluir sobre la claridad con que se manifiesta la lesión, su antijuricidad y la relación causal entre su acaecimiento y el funcionamiento de los servicios públicos o, en otras palabras, la inexistencia de un deber jurídico, por parte del administrado, de soportar el daño causado. Aquí es donde radica la fuente de la responsabilidad administrativa, ya que resulta indudable que la utilización del dominio público viario, destinadas naturalmente a la circulación de vehículos de motor por parte de los ciudadanos comporta una confianza legítima en que la conducción se va a desarrollar en condiciones adecuadas de seguridad, sin la presencia de obstáculos inopinados o inadvertidos, de manera que la existencia de estos daños no legítimamente soportables por los usuarios de la carretera convierten en antijurídico el daño patrimonial experimentado, dada la naturaleza cuasi objetiva de la responsabilidad patrimonial, matizada por el principio de la conexión causal y, por ello mismo, constituyen a la Administración pública en el deber jurídico de repararlo”.

También el Consejo Jurídico ha recomendado la estimación de la reclamación en supuestos de obstáculos en la carretera en los Dictámenes núms. 88/99 y 77/06, así como el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen núm. 647/2004.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

El reclamante solicita la cantidad de 573,06 euros, acompañando para su acreditación dos facturas, una de 232 euros (talleres E. V. S.L.), y otra de 341,06 (C. M.).

Pese a que la propuesta de resolución asume como probados los daños reclamados y adecuada la cuantía, el Consejo Jurídico ha detectado cierta incongruencia de alguna partida en relación con los daños descritos por el propio reclamante (daños en las ruedas izquierdas y bajos del vehículo), también recogidos por el atestado (las dos ruedas izquierdas del turismo totalmente destrozadas y diversos daños en los bajos del vehículo).

Consecuentemente con la descripción de los daños, se considera justificada la cuantía reclamada en concepto de cubiertas (232 euros), según la factura expedida por Talleres E. V. al día siguiente del accidente (folio 32). Por el contrario la segunda factura reclamada de 341,06 euros, en concepto de espejo retrovisor externo, caja y embellecedor, expedida al mes siguiente del accidente (folio 33), no aparece justificada en relación con los daños descritos inicialmente.

Por ello, el Consejo Jurídico considera acreditados 232 euros, que habrán de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con el índice de precios al consumo, según establece 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 al apreciar la concurrencia de los requisitos para la estimación de la responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria será determinada de conformidad con lo señalado en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 151/06.- 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: 25/09/06

Extracto de Doctrina

Ante la entidad de las deficiencias advertidas en la tramitación del Proyecto, que afectan de modo esencial a la participación de las Federaciones y de las Corporaciones Locales en la tramitación del Proyecto, al tiempo que se desconoce el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos de la Administración regional, procede que por la Consejería consultante se complete el procedimiento de elaboración de la futura norma mediante la realización de los trámites omitidos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, la Dirección General de Deportes elabora un primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se regula el acceso a la condición de deportista de alto rendimiento.

Solicitado informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, éste lo emite el 8 de marzo de 2005, efectuando numerosas observaciones en materia de técnica normativa, procedimiento de elaboración reglamentaria y legalidad material.

SEGUNDO.- Elaborado un segundo borrador del Proyecto, el 20 de abril de 2005 se somete a la consideración de un grupo de trabajo creado por la Dirección General de Deportes con la finalidad de que las Federaciones Deportivas participen en la elaboración del Proyecto, que aprueba el texto presentado.

TERCERO.- Consta en el expediente el informe de Servicio Jurídico de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, que pone de manifiesto una posible ilegalidad de la regulación por falta de competencia autonómica para establecer las condiciones de obtención de títulos académicos y profesionales.

CUARTO.- Con fecha 13 de julio de 2005, el Consejo Asesor Regional del Deporte informa favorablemente el texto del Proyecto.

QUINTO.- El 5 de agosto, el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia elabora un nuevo informe, éste de marcado carácter procedimental, que concluye proponiendo la devolución del Proyecto a la Dirección General de Deportes en orden a la cumplimentación de diversos trámites omitidos.

El referido centro directivo completa el expediente mediante la incorporación de los siguientes trámites y documentos:

- a) Propuesta del Director General al Consejo de Presidencia para la iniciación del procedimiento de elaboración reglamentaria.
- b) Informe sobre el impacto por razón de género.
- c) Memoria económica. En ella se concluye que la aprobación del futuro Decreto no conllevará un incremento del gasto público para la Administración autonómica.
- d) Memoria justificativa de la oportunidad de la medida.

SEXTO.- Con fecha 10 de octubre de 2005, la Secretaría General de la Consejería de Presidencia comunica al resto de Consejerías el borrador del Proyecto, solicitando la aportación de observaciones y consideraciones.

De los departamentos consultados tan sólo contestan expresamente los de Agricultura y Agua; Sanidad; Turismo, Comercio y Consumo; y Educación y Cultura. Únicamente los dos últimos formulan consideraciones sobre el texto.

SÉPTIMO.- El 10 de noviembre, el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia emite un tercer informe en el que, además de negar la calificación como “deber público inexcusable” de la participación en competiciones oficiales en orden a la concesión al deportista del oportuno permiso funcional o laboral para poder competir, pone de manifiesto las siguientes extralimitaciones:

- a) Competencial, al invadir la esfera de actuación exclusiva del Estado, cuando pretende regular una exención de los requisitos de obtención de títulos académicos.
- b) Reglamentaria, al exceder el papel de complemento indispensable propio del reglamento respecto de la Ley que desarrolla, lo que hace cuando altera el carácter potestativo de una previsión legal para convertirlo en imperativo, al regular la consideración de deportista de alto rendimiento regional como mérito en el acceso y provisión de puestos de trabajo.

OCTAVO.- El 21 de noviembre de 2005, la Dirección General de Función Pública emite informe sobre el Proyecto, indicando la necesidad de ser sometido a la Mesa Sectorial de Administración y Servicios a efectos de su negociación, considerando asimismo preceptivo el informe del Consejo Regional de la Función Pública.

NOVENO.- El 23 de noviembre, el Consejo Asesor Regional del Deporte, por segunda vez, acuerda informar favorablemente el texto del Proyecto.

DÉCIMO.- Con ocasión de la previsión en el Proyecto de una reserva de plazas en las Universidades Públicas para los deportistas de alto rendimiento, el 29 de noviembre de 2005, la Dirección General de Deportes se dirige a la de Universidades proponiendo que dicha reserva se haga efectiva en el curso académico siguiente.

Contesta el Director General de Universidades y Política Científica, analizando la viabilidad de la medida en el marco de la normativa básica estatal y haciendo una reflexión acerca del momento de indefinición que atraviesa la reglamentación básica en materia de acceso a los estudios universitarios de carácter oficial, ante la aprobación de la Ley Orgánica de Educación y la anunciada derogación del reglamento regulador del acceso a la Universidad.

Comunica, no obstante, su intención de llevar la cuestión ante la Comisión Coordinadora del Distrito Único Universitario de la Región de Murcia y ante el Consejo de Coordinación Universitaria a fin de recabar el parecer del Ministerio de Educación y Ciencia. No consta en el expediente el resultado de dichas actuaciones.

UNDÉCIMO.- El 6 de abril de 2006 el Consejo Regional de la Función Pública informa favorablemente el Proyecto.

DUODÉCIMO.- Con fecha 11 de mayo de 2006, la Dirección General de Deportes emite informe en el que, tras relatar la tramitación seguida por el Proyecto, valora las observaciones efectuadas al texto por los diversos intervinientes en su elaboración, motivando su aceptación o rechazo.

DECIMOTERCERO.- También el 11 de mayo emite informe el Vicesecretario de la Consejería de Presidencia.

DECIMOCUARTO.- Solicitado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta lo emite el 19 de junio de 2006, siendo favorable al Proyecto, si bien realiza diversas consideraciones que, según informe de la Dirección General impulsora del Proyecto, serán acogidas con una única excepción. Consecuencia de ello es la elaboración de un nuevo borrador que, según un nuevo informe del Vicesecretario de la Consejería de Presidencia de 30 de junio de 2006, sería el quinto y definitivo.

Es dicho texto el objeto de la consulta a este Consejo Jurídico, que se formula tras incorporar al expediente los preceptivos extracto de secretaría, índice de documentos y propuesta de acuerdo al Consejo de Gobierno formulada por el Consejero de Presidencia para la aprobación del Proyecto como “Decreto por el que se establece el régimen de los deportistas de alto rendimiento de la Región de Murcia”.

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 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (LDMU).

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación legislativa.

Como ya ha tenido ocasión de indicar el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el 119/2006), la Constitución Española (CE), en su artículo 43.3, impone a los poderes públicos el deber de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. No existe en el texto constitucional una expresa reserva competencial en la materia a favor del Estado, siendo los Estatutos de Autonomía los que, al amparo del artículo 148.1.19ª CE, han venido efectuando atribuciones explícitas a las diversas Comunidades Autónomas, como es el caso del artículo 10. Uno, 17 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de “*promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio*”.

Ello no obstante, la natural limitación territorial del ejercicio de las competencias regionales, la realidad fáctica y social que alumbra la existencia de fenómenos deportivos de dimensión supraautonómica (estatal o internacional), la necesidad de establecer una coordinación o una gestión afectante a intereses que son propios del deporte español en su conjunto, y la incidencia sobre el deporte de diversos títulos competenciales (educación, investigación, sanidad y legislación mercantil), avalan la actuación estatal en la materia, como el propio Tribunal Constitucional ha venido a decidir en diversas ocasiones.

Fruto de esta atípica atribución competencial al Estado es la Ley 10/1990, de 17 de octubre, del Deporte (LD). Su Disposición Adicional segunda declara como básicos determinados preceptos de la Ley en materia de enseñanza escolar y de deportistas de alto nivel, al tiempo que la Disposición Adicional cuarta.1 otorga naturaleza básica al Título IX de la Ley, en materia de prevención de la violencia en los espectáculos deportivos. El resto de la Ley será de aplicación general en todo el territorio nacional, salvo determinados preceptos en materia de clubes deportivos e instalaciones deportivas, que únicamente tendrán eficacia en tanto no exista regulación específica de las Comunidades Autónomas (Disposición Adicional primera y cuarta.2).

Es evidente que la eficacia de una norma queda esencialmente delimitada por la competencia en virtud de la cual se dicta, por lo que la manifestación legal expresa de aplicación general en todo el territorio nacional no puede ser entendida sino con el límite de las competencias autonómicas en la materia. En consecuencia, a excepción de los preceptos declarados básicos, el resto de la LD no condiciona o limita la potestad normativa autonómica en materia de deporte, cuyo fundamento se encuentra en la específica atribución competencial estatutaria.

Las previsiones estatutarias tienen una primera manifestación en la Ley regional 4/1993, de 16 de julio, del Deporte de la Región de Murcia, que fue derogada por la vigente LDMU. Ya la Ley de 1993 preveía una “*tutela especial*” (Exposición de Motivos) por parte de los poderes públicos para los deportistas de alto rendimiento, a quienes aquéllos venían obligados a prestar su apoyo (artículo 2). La acción pública relativa a estos cualificados deportistas pasaba, en definitiva, por su tutela, fomento y promoción, facilitándoles su práctica deportiva. En la determinación de quiénes habían de adquirir la condición de deportista de alto rendimiento, se implicaba a las Federaciones Deportivas,

que habían de colaborar con la Administración regional en la elaboración de las listas anuales. Función ésta expresamente calificada como administrativa, que se delegaba en las referidas federaciones junto a la de diseñar, elaborar y ejecutar planes de preparación para deportistas de alto rendimiento.

Derogada aquella Ley por la LDMU, ésta dedica su Título VIII a la regulación del “Deporte de alto nivel y deporte de alto rendimiento regional”, siendo su principal novedad respecto del régimen anterior, al margen de la expresa diferenciación entre deporte de alto nivel y deporte de alto rendimiento, la enumeración y concreción de las medidas de apoyo que la condición de deportista de alto rendimiento puede reportar (artículo 69). Asimismo, y aunque se mantiene la colaboración de las federaciones deportivas en la elaboración de las listas anuales de deportistas de alto rendimiento, desaparece como función pública delegada la relativa a los planes de preparación de tales deportistas, previendo dicha colaboración federativa únicamente respecto de los de alto nivel (artículo 44.1, letra c). Tampoco contiene la nueva Ley un principio general de promoción o apoyo al deporte de alto rendimiento, aunque sí lo establece para el de alto nivel (artículo 3, letra i).

La regulación legal únicamente llama al reglamento para determinar los criterios a seguir en la elaboración por la Comunidad Autónoma de la lista de deportistas de alto rendimiento, sin habilitar de manera expresa dicho desarrollo normativo en relación a las medidas de apoyo y beneficios ligados a aquella condición.

No obstante, tanto la Disposición Final segunda de la Ley, que faculta al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la Ley, como la condición de titular originario de la potestad reglamentaria propia del referido órgano ejecutivo (artículo 32.1 EAMU), habilitan al Consejo de Gobierno para regular por Decreto las medidas de fomento y apoyo a los deportistas de alto rendimiento que contempla expresamente la Ley.

Asimismo, el Proyecto crea el órgano colegiado denominado “Comisión de Alto Rendimiento Deportivo de la Región de Murcia” (artículos 15 y 16), para lo cual la Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente atendidas sus potestades de autoorganización (artículo 51.1 EAMU), ínsitas en el concepto mismo de autonomía.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

No puede el Consejo Jurídico efectuar un juicio favorable acerca del cumplimiento de los trámites esenciales exigidos tanto por el artículo 53 de la Ley 6/2004, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, como por otras normas sectoriales, pues se advierten las irregularidades formales que, de diversa entidad y trascendencia, a renglón seguido se exponen:

a) Se incumple la obligación que concierne al centro directivo, en cuanto asume la iniciativa reglamentaria, de acompañar el anteproyecto de una motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, pues no cabe entender satisfecha tal exigencia con la memoria justificativa obrante en el expediente, en tanto que se limita a efectuar una mera síntesis enumerativa de los contenidos del Proyecto.

b) No se ha recabado el informe del Consejo Regional de Cooperación Local, aun cuando el artículo 3.1 de la Ley 9/1994, de 30 de diciembre, por la que se crea el referido

Órgano, le atribuye la emisión de informes sobre los proyectos de reglamento reguladores de los distintos sectores de la acción pública de la Administración regional que afecten al ámbito de competencias de la Administración local.

Hay incidencia en competencias municipales cuando el Proyecto prevé el uso preferente de las instalaciones deportivas “públicas” (artículo 10, letra d) como medida de apoyo a los deportistas de alto rendimiento regional. A tal efecto, el artículo 9, letra b) LDMU atribuye a los Ayuntamientos la competencia en materia de gestión de las instalaciones y equipamientos deportivos municipales.

Dado que el artículo 10, letra d) del Proyecto no limita su regulación al ámbito de la Administración regional, el concepto de “instalaciones públicas” puede interpretarse de forma que englobe a las instalaciones de titularidad local, por lo que la previsión de su uso preferente incidiría en la competencia municipal de gestión, requiriendo, en consecuencia, el informe del Consejo Regional de Cooperación Local.

c) No consta que se haya dado trámite de audiencia a todas las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia, pues aunque al folio 41 del expediente existe una comunicación del primer borrador del Proyecto a dichas entidades, no consta que éstas la recibieran.

Es cierto que, según se desprende del expediente, para la elaboración de este Proyecto se constituyó un grupo de trabajo con la finalidad de dar participación activa a las Federaciones. Sin embargo, de ello únicamente se desprende la participación de tres de ellas, cuyos Presidentes forman parte del grupo, pero no consta cómo se decidió la composición del mismo, ni si dichos directivos federativos representan a las demás entidades.

Por ello no cabe considerar que, con la constitución del referido grupo de trabajo y la presencia en el mismo de los representantes de tres Federaciones pueda considerarse cumplimentado el trámite de audiencia que exige el artículo 53.3 de la Ley 6/2004.

En consecuencia, debe darse traslado del Proyecto a todas las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia, atendido el papel principal o protagonista que el propio Proyecto reserva a las referidas entidades, en la medida en que la elaboración de las listas anuales de deportistas de alto rendimiento regional, si bien corresponde a la Administración, precisa de la necesaria colaboración de las Federaciones (artículo 68.2 LDMU), a las que compete la propuesta de inclusión de los deportistas en las meritadas relaciones anuales, debiendo aquéllas aportar al procedimiento buena parte de la documentación y certificaciones necesarias para su resolución (artículo 5.2 y 4 del Proyecto).

d) El Proyecto no ha sido objeto de negociación colectiva. Como ya pusiera de manifiesto la Dirección General de la Función Pública, la futura norma había de ser objeto de negociación, de conformidad con el artículo 32, letra j) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

En efecto, las previsiones contenidas en el artículo 7 (valoración como mérito en el acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración regional) son normas que afectan tanto al acceso al empleo público (ingreso) como a la provisión de puestos de trabajo, estableciendo de forma ineludible un mérito que habrá de ser tenido en cuenta en todos aquellos procesos selectivos o provisorios que convoque la Administración regional y que prevean la valoración de méritos específicos. Resulta evidente que tales

extremos afectan a los sistemas de selección y provisión regionales, desde el momento en que suponen la atribución de una ventaja comparativa o mejor situación a los deportistas de alto rendimiento que al resto de los participantes en los respectivos procesos. En consecuencia, la negociación colectiva sería necesaria no sólo en virtud de lo expuesto en la letra j) del artículo 32 de la Ley 9/1987, sino también en la letra g).

Del mismo modo, las medidas previstas en el artículo 10, letras a) y b) del Proyecto, que persiguen la conciliación de la actividad deportiva con la prestación de servicios en la Administración regional, a través de la adaptación de los horarios de trabajo y de la consideración de la participación en competiciones oficiales como un deber público de inexcusable cumplimiento, al efecto de poder disponer de permiso retribuido a tal fin, afectan a la prestación de servicios y a las condiciones de trabajo de los empleados públicos, pues les habilita tanto a introducir alteraciones en su horario de trabajo como a obtener un permiso retribuido para acudir a competiciones oficiales, hasta ahora inexistente. Todo ello convierte en preceptiva la negociación al amparo de lo establecido en el artículo 32, letra k) de la Ley 9/1987.

Por otra parte, atendida la incidencia de las medidas contenidas en el Proyecto sobre todo el personal de la Administración regional, más allá de su pertenencia a un sector específico (docente, sanitario o restante personal), y en virtud de lo establecido en el Acuerdo entre la Administración Regional y las Organizaciones Sindicales sobre articulación de la negociación colectiva, ratificado por el Consejo de Gobierno el 5 de septiembre de 2003 (apartados Primero.2 y Tercero.1), el órgano en cuyo seno habría de llevarse a efecto el proceso negociador es la Mesa General de Negociación, no la Sectorial de Administración y Servicios, como indica en su informe la Dirección General de la Función Pública.

En consecuencia, ante la entidad de las deficiencias advertidas en la tramitación del Proyecto, que afectan de modo esencial a la participación de las Federaciones y de las Corporaciones Locales en la tramitación del Proyecto, al tiempo que se desconoce el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos de la Administración regional, procede que por la Consejería consultante se complete el procedimiento de elaboración de la futura norma mediante la realización de los trámites omitidos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar la tramitación del Proyecto de Decreto mediante la realización de los trámites omitidos, de conformidad con la Consideración Tercera de este Dictamen.

Una vez llevados a efecto, debe remitirse de nuevo el expediente completo a este Consejo Jurídico en orden a dictaminar sobre las cuestiones materiales o de fondo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 152/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. Á. S. J., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. F. S., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 25/09/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 23.

DICTAMEN 153/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. D. P. O., en nombre y representación de su hija menor de edad A. C. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 25/09/06

Extracto de Doctrina

Aun cuando por las minusvalías que padecen los alumnos sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de tales centros, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en uno de dichos centros de educación especial deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 20 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería consultante un escrito de comunicación de accidente escolar ocurrido con fecha 5 de octubre de 2005, suscrito por el Director del Colegio Público de Educación Especial “Asacruz”, de Caravaca de la Cruz, en el cual se exponía lo siguiente:

“Datos de la alumna: A. C. P..

Nivel: Educación Especial. Curso: Primaria. Fecha del accidente: 5-10-2005. Hora: 14’30. Lugar: Patio. Actividad: Juego. Personas presentes: A. M. M., Director. Daños sufridos: Pérdida de pieza dental incisivo derecho y posible desprendimiento del izquierdo.

Relato de los hechos: “Mientras caminaba por el patio de deportes tropieza con un balón de juego lanzado contra ella por otro niño y cae al suelo, a las 14’30 horas.

Esta niña presenta algún problema de equilibrio dinámico”.

A la citada comunicación se adjuntaba una solicitud de reclamación de daños y perjuicios suscrita por D.^a D. P. O., en representación de la menor accidentada, por los mismos hechos, señalando que para la valoración de los daños se presentaría factura o presupuesto una vez realizado el estudio odontológico.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de diciembre de 2005 se remite por el Centro la siguiente documentación:

-Fotocopia compulsada del Libro de Familia.

-Original de factura de fecha 25-11-2005, de la Clínica Dental Infantil “N. S.” de Murcia, por importe de 820 euros.

-Original de factura de fecha 25-11-2005, del Anestesiólogo D. J. P. C. G E., por importe de 250 euros.

TERCERO.- Con fecha 3 de enero 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 18 de enero siguiente.

CUARTO.- A instancia del órgano instructor, con fecha 9 de enero de 2006 se solicitó informe al Director del Centro sobre el acaecimiento de los hechos. Atendiendo dicho requerimiento, en informe de 17 de enero de 2006, el citado Director manifiesta lo siguiente:

“Que el accidente se produjo a las 14’30 horas, dentro del periodo de estancia en el colegio, al ser éste un centro específico de educación especial, permaneciendo en él sus alumnos a lo largo de toda la jornada (de 10 a 17 h.).

Que el día del accidente el patio estaba vigilado por el personal asignado.

El personal a cargo de los alumnos en el momento del accidente era:

-M. R. S. (ATE).

-J. M. L. A. (ATE).

-A. M. M. (Director).

No hubo ningún testigo del accidente aparte de mí mismo y del niño que lanzó el balón.

El hecho de lanzar (jugando) balones, forma parte de la actividad propia del tiempo de ocio tras la comida.

El balón es propiedad del centro.

La niña accidentada padece encefalopatía crónica malformativa. Síndrome convulsivo secundario. Retraso generalizado de tipo severo. El niño que lanzó el balón padece síndrome de Down.

En los centros específicos de educación especial, dadas la características de su alumnado, habitualmente nunca es suficiente el número de auxiliares técnicos educativos”.

A la vista del informe, la instructora solicitó al Centro un informe complementario de los hechos acaecidos, para que se precisara si el balón se encontraba en el suelo y la niña tropezó con él o, por el contrario, el balón lanzado impactó en la niña y la hizo caer al suelo. En informe de 27 de enero de 2006, el Director del centro manifiesta que *“el balón que impactó en los pies de la niña afectada procedía del lanzamiento de un balón del centro, mediante una patada del niño J. M. J. G.. Esta circunstancia, unida a la inestabilidad en la marcha de A., provocó su desequilibrio y caída”.*

QUINTO.- Requerida a la recurrente la presentación de informe médico del odontólogo en el que se especificasen las actuaciones practicadas a su hija, el importe desglosado de cada una de éstas y la concreción del importe reclamado en concepto de indemnización, el 13 de febrero de 2006 compareció la interesada aportando factura desglosada de la clínica dental infantil “N. S.” y factura del anestesiólogo J. P. C. G.-E.. Concedido un nuevo plazo para la presentación del informe médico del odontólogo, obra en el expediente un *“informe bucodental”* de 13 de febrero de 2006, del odontólogo Sr. N. S., en el que manifiesta lo siguiente:

“Motivo de la consulta: sufrió una caída en el colegio donde se produjo la fractura de varias piezas dentarias. La paciente acudió a su dentista de zona donde le comunicaron que no podía ser tratada de modo consciente.

Antecedentes médicos: Retraso mental profundo por encefalopatía.

Epilepsia.

Antecedentes odontológicos: han intentado que sea atendida o revisada por otros doctores pero siempre la paciente ha mostrado oposición y resistencia y no se le ha podido tratar. Apenas permite que se le realice higiene bucodental en casa.

Tratamiento realizado: Tres restauraciones estéticas en la dentición permanente, concretamente en las piezas 21, 11 y 12. Debido a la gran resistencia que muestra la paciente se realizó el anterior tratamiento bajo los efectos de una sedación profunda en la clínica dental, a la cual respondió de un modo satisfactorio y con una recuperación casi espontánea.

Tratamiento pendiente: Revisiones periódicas cada 6 meses para control de las piezas tratadas así como para control de su proceso carioso.

Se recomendó extremar las precauciones de higiene bucodental en casa por ser una paciente poco colaboradora y hacerse imposible casi el tratamiento dental de modo convencional”.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia y vista del expediente a la reclamante, no consta que presentara alegaciones.

SÉPTIMO.- Mediante oficio de 8 de marzo de 2006 se requirió al citado facultativo un informe aclaratorio sobre las piezas dentales que habían quedado dañadas como consecuencia del accidente sufrido por la alumna, con objeto de comprobar si efectivamente coincidían con las que le habían sido reconstruidas y aparecían en la factura presentada

por la reclamante. Se solicitó este informe al observar una discordancia sobre el número de piezas dentales señaladas como dañadas a consecuencia del accidente escolar, entre lo indicado en el informe del Director del centro y en la solicitud de indemnización (en ambos escritos se mencionan 2 piezas dentales: pérdida del incisivo derecho y posible afectación del izquierdo), y el número de piezas dentales efectivamente reconstruidas según la factura y el informe médico del odontólogo (3 piezas dentales: números 21, 11 y 12).

En informe de 22 de marzo de 2006, el citado odontólogo manifestó, entre otros extremos, que *“En la documentación aportada anteriormente se desglosan tres tratamientos de restauraciones realizadas, debido a que en ese procedimiento se aprovechó la sedación para realizarle un tratamiento más integral y completo y (no) tenerla que someter a otra intervención en un futuro cercano. De los procedimientos realizados sólo el de la pieza 21 se debió al traumatismo sufrido en el colegio, mientras que los otros procedimientos se debieron a patología presentada con anterioridad al tratamiento”*.

OCTAVO.- Otorgado a la reclamante un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, no consta que haya comparecido ni presentado alegaciones.

NOVENO.- El 11 de mayo de 2006 se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, en síntesis, por considerar existente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo regional y el daño por el que se reclama, por falta de la específica vigilancia debida y adecuada a las especiales condiciones de la alumna lesionada, conforme con la doctrina del Consejo de Estado, este Consejo Jurídico y otros Órganos Consultivos que cita.

No obstante, en lo que se refiere a la cantidad solicitada como indemnización, 1070 euros, la propuesta señala lo siguiente:

“Según se desprende del relato de los hechos, tal cantidad corresponde a una factura de la clínica dental del Dr. N. S. por importe de 820 euros, por la reconstrucción de tres piezas dentales (por importe de 150 euros cada una) y la analgesia (por importe de 370 euros), y a una factura del anestesiólogo D. J. P. C. G.-E. (por importe de 250 euros). Sin embargo, como ha relatado el odontólogo en su informe sólo una de las piezas dentales reconstruidas lo fue como consecuencia del traumatismo sufrido en el colegio, mientras que las otras dos lo fueron debido a una patología presentada con anterioridad, por lo que, a efectos de determinar la indemnización que debe abonar la Administración a la interesada debe excluirse del importe total de lo reclamado el precio de la reconstrucción de estas dos piezas (300 euros). Por ello, la indemnización se cifra en 770 euros”.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 17 de mayo 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 y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por persona interesada, la madre del menor, condición que acredita con la copia del libro de familia.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Colegio Público de Educación Especial “*Ascruz*” 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 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 los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales: necesidad de instrucción adicional.

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, 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).

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 2099/2000). En el mismo sentido los Dictámenes números 81/00 y 208/02 de este Consejo Jurídico.

No obstante, en el presente supuesto se produce la circunstancia de que el evento ocurrió en un centro de Educación Especial, en los que, por sus características, la Administración está obligada a extremar su celo en la custodia de los alumnos. Así se recoge, entre otros, en los Dictámenes del Consejo de Estado números 4060/1996, de 19 de diciembre, y 1077/1996, de 9 de marzo. En esta misma línea se manifiesta la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos (Dictámenes números 183, 285, 294, 381, 409 y 461, del año 2000, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana y Dictamen número 75/2000 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha), y de este propio Consejo (Dictámenes números 30/2002, 107/2002, 31/2003, 5/2004 y 15/2005).

Sin embargo, también hemos señalado (Dictámenes números 42/2003 y 82/2006, entre otros) que, aun cuando por las minusvalías que padecen los alumnos sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de tales centros, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en uno de dichos centros de educación especial deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial. En concreto, señalamos que “(...) *aun cuando sea exigible al profesorado la diligencia propia de un buen padre de familia para prevenir el daño (artículo 1903 del Código Civil), incluso añadiendo un plus de intensidad por el especial cuidado de los alumnos en los centros de educación especial, resulta imposible que pueda convertirse en una actividad absolutamente controlada, respecto a una reacción fuera de todo cálculo (...)*”.

Así pues, antes que la infracción de un deber de custodia se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso.

A la misma conclusión desestimatoria llega el Consejo de Estado, en su Dictamen n.º 3820/2000, de 11 de enero de 2001, por inexistencia de nexo causal entre la lesión sufrida por un alumno y la prestación de servicio público educativo, cuando la compañera de un niño en un centro de educación especial le dió en sus gafas, tirándoselas”.

Igualmente, en nuestro Dictamen 49/2006 también acogimos similar doctrina del Consejo de Estado (en aquel caso, contenida en su Dictamen n.º 3533/1999, de 17 de diciembre) sobre el alcance no absoluto del deber de vigilancia en esta clase de centros educativos.

Quiere decirse con ello que de la mera naturaleza del centro docente como de educación especial y de las consiguientes características especiales de sus alumnos no puede inferirse que cualquier accidente sufrido por éstos se deba, necesariamente, a una omisión del deber de vigilancia y control de los alumnos. De modo análogo a lo que sucede en supuestos de accidentes en centros docentes ordinarios, han de ponerse en relación las circunstancias concretas del supuesto con el estándar de vigilancia y control que haya de considerarse exigible en atención a la naturaleza del centro y, en especial, de las características del alumno dañado, tanto en sí mismo considerado como en relación con su entorno docente.

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, debe destacarse que el evento dañoso acaeció con ocasión del tiempo de ocio tras la comida, en el curso de la actividad de juego y esparcimiento que a tal efecto disponen los alumnos, según el informe del Director. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, este tiempo de ocio y sus consiguientes

actividades conlleva unos riesgos inherentes a su misma existencia, de la cual resulta obvio que no cabe prescindir, por su necesidad en el proceso formativo del alumno y los beneficios que en este punto conlleva.

Siendo ello así, lo cierto es que, en principio, el daño cabe calificarlo como un resultado normal e inevitable dentro de la dinámica de juegos propia de este tiempo de ocio, pues así lo manifiesta el citado Director cuando, ante la pregunta formulada por la instructora sobre si *“la conducta del alumno que lanzó el balón puede considerarse un hecho aislado o si, por el contrario, se trata de un comportamiento repetido en otras ocasiones”*, responde que *“el hecho de lanzar (jugando) balones, forma parte de la actividad propia del tiempo de ocio tras la comida”*, aclarando incluso que el balón en cuestión pertenecía al centro.

De ello se deduce que no hubo circunstancias específicas relevantes en lo que atañe a la actividad misma (no consta siquiera que fuese una agresión, o que el alumno que lanzó el balón tuviera antecedentes de conducta agresiva). Por ello, la cuestión debe centrarse en determinar si la alumna dañada, por la patología que padece, debía o no practicar juegos con balón o, en el caso de que no estuviera participando activamente en el juego (no se especifica claramente este punto en el expediente), si era procedente que estuviera en el entorno en que se practican tales juegos por el conjunto de alumnos, y todo ello al efecto de establecer el correlativo alcance del deber de vigilancia y control exigible a la Administración educativa. En este sentido, y en contra de lo que se desprende de la propuesta de resolución, el Consejo Jurídico considera que del mero hecho de que la alumna tuviese *“algún problema de equilibrio dinámico”* debido a su patología (*“encefalopatía crónica malformativa”, “síndrome convulsivo secundario”* y *retraso generalizado de tipo severo*) y que el Director del centro manifestara genéricamente que *“en los centros específicos de educación especial, dadas las características de su alumnado, habitualmente nunca es suficiente el número de auxiliares técnicos educativos”*, no puede concluirse necesariamente en la improcedencia de que la alumna jugase o, en su caso, de que no debiera estar en el entorno de los juegos con balón y, en consecuencia, de que debieran haberse impedido tales circunstancias, por existir un específico deber de vigilancia más allá del exigible con carácter general en este tipo de centros (en donde, por otra parte, y sin perjuicio de supuestos excepcionales, no parece que el estándar pueda alcanzar a la exigencia de que cada alumno disponga de un exclusivo y permanente cuidador).

En opinión de este Consejo Jurídico, en supuestos como el presente, la determinación de los extremos a que se ha hecho referencia sólo puede provenir de un previo juicio e informe de los técnicos competentes en educación psicopedagógica, al tratarse de una cuestión que excede de los conocimientos técnicos del instructor y de este Órgano Consultivo, además de tener que proyectarse necesariamente en un examen pormenorizado de las características del alumno, de la actividad que realizase e incluso de las condiciones del propio centro educativo.

A este respecto, una completa instrucción requiere que se recabe el oportuno informe técnico, tras cuya emisión, y previa audiencia de los interesados, podrá adoptarse fundadamente la resolución sobre la reclamación presentada, en cuanto se habrá determinado el tratamiento educativo (entendido en sentido amplio, incluido el ocio del alumno) que debía prestar la Administración en el caso, para así determinar su adecuación o inadecuación y, en consecuencia, el alcance de sus deberes de vigilancia y prevención

exigibles y, por tanto, para apreciar la existencia o inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

A tal efecto, por razones de economía procedimental y para la hipótesis de que, a la vista de la indicada instrucción adicional y los criterios expuestos, procediera la estimación de la reclamación, consideramos correcta la apreciación contenida en la propuesta dictaminada en lo que atañe a los daños y cuantía indemnizables. De igual modo, si a la vista de tales informes la nueva propuesta de resolución fuese desestimatoria, no se considera tampoco necesaria la nueva remisión del expediente a este Consejo Jurídico, al contenerse ya en el presente Dictamen nuestro parecer sobre los criterios conforme a los cuales ha de resolverse el procedimiento en cuestión.

III. Por último este Órgano Consultivo ha de reiterar nuevamente a la Administración educativa la necesidad de adoptar medidas que preserven al alumnado de los daños que pudieran no poder ser resarcidos a título de responsabilidad patrimonial de la Administración ni gozar 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, advertencia en la que venimos insistiendo en este tipo de reclamaciones.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar la instrucción del expediente en el sentido expresado en la Consideración Tercera, II, del presente Dictamen. En consecuencia, y a la vista de las actuaciones obrantes en el procedimiento de referencia, la propuesta de resolución que lo culmina se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 154/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. B. G., como consecuencia de los daños sufridos por una caída en la acera de la Calle Torrevieja, del municipio de Beniel.

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

Fecha: 02/10/06

Extracto de Doctrina

La existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos o psíquicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 4 de marzo de 2004, D.^a J. B. G. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por omisión de los deberes que le incumben en relación con la conservación y mantenimiento de las vías públicas de su titularidad, con la pretensión de ser indemnizada por los daños sufridos en accidente ocurrido el 2 de enero de 2004.

Según la reclamante, los hechos tienen lugar en la carretera de titularidad autonómica MU-330, en el tramo de travesía por el casco urbano de Beniel. El accidente se produce cuando, al intentar subir al coche de su hija que se encontraba estacionado en esa calle, introdujo el pie izquierdo en un agujero existente en el firme de la vía, lo que hizo que se torciera el tobillo izquierdo, cayendo al suelo y fracturándose la rótula de la pierna derecha. Atendida de urgencia en el Hospital General de Murcia, se le diagnostica la referida fractura y esguince de tobillo izquierdo. Tras inmovilizar la rodilla derecha, se pauta tratamiento medicamentoso y reposo que, en el momento de formular la reclamación, todavía no ha terminado, por lo que no se efectúa evaluación económica de los daños padecidos.

La reclamación se acompaña de la siguiente documentación:

- Informe del Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario de Murcia.
- Notificación cursada por el Ayuntamiento de Beniel a la reclamante del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de la Corporación, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida frente a la Entidad Local con fundamento en los mismos hechos. La desestimación se fundamenta en la titularidad autonómica de la vía en que se produce el accidente.
- Reportaje fotográfico del lugar de los hechos.

SEGUNDO.- El 24 de marzo de 2004, la Jefa de Sección de Responsabilidad Patrimonial, en su condición de instructora del procedimiento, al tiempo que le traslada

la información a la que hace referencia 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 (LPAC), requiere a la interesada para que “*mejore*” su solicitud, mediante la aportación de diversa documentación, indique si existen testigos de los hechos alegados y cuantifique la indemnización pretendida.

El 12 de abril, la reclamante presenta la documentación requerida y señala dos testigos. Afirma asimismo que, comoquiera que la interesada se encuentra en proceso de recuperación y sometida a rehabilitación, aún no se puede realizar la valoración de los daños sufridos.

TERCERO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, se emite el 1 de junio de 2004. En él se manifiesta que:

- No se tiene constancia de la realidad o certeza del accidente, pues no se han acreditado ni la producción de éste ni las circunstancias en que aconteció. No hubo personación de la Policía Local.

- El agujero al que la reclamante imputa su caída se describe en el informe como “*una ligera depresión del pavimento de unos 15 cm. de diámetro y unos 4 cm. de profundidad, que debido a sus reducidas dimensiones, no parece presentar un peligro potencial para ocasionar este accidente*”. Asimismo, se indica que “*la disposición de este pequeño rehundido situado a 30 cm. del bordillo más próximo dificulta la introducción de un pie para acceder al vehículo, ya que si éste se encontraba correctamente estacionado, como manifiesta la reclamante, no permitiría el acceso a aquél*”.

- El coche no debía estar aparcado en el lugar donde se producen los hechos, ya que la regulación municipal de los estacionamientos lo impedía.

- A escasa distancia de donde se produce el accidente existe un paso de peatones, lugar indicado para acceder a la calzada desde la acera, “*y no hacerlo bajando de un bordillo que tiene un escalón de 19 cm. de profundidad*”.

CUARTO.- A requerimiento de la instructora, el 26 de julio de 2004, el Ayuntamiento de Beniel remite el expediente del procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por la reclamante ante la referida Corporación Local.

En el expediente consta la siguiente documentación: a) reclamación, en similares términos a la formulada ante la Administración regional; b) reportaje fotográfico; c) certificación del Secretario General del Ayuntamiento que transcribe el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, desestimatorio de la reclamación; y d) notificación del Acuerdo a la interesada.

QUINTO.- El 29 de septiembre de 2005, la reclamante solicita que se resuelva el procedimiento al haber transcurrido ampliamente el plazo máximo que para su tramitación y finalización establecen las normas reguladoras del mismo. En su defecto, solicita que se le expida certificación acreditativa del silencio administrativo producido.

SEXTO.- Con fecha 23 de febrero de 2006, se incorpora al procedimiento copia del atestado de la Policía Local de Beniel, realizado el 8 de noviembre de 2004. Consta en el expediente que la instructora se dirigió al referido Cuerpo de Seguridad en demanda de dicha información, los días 11 de octubre de 2004 y 18 de marzo de 2005.

El informe policial indica que en los archivos de novedades no consta actuación alguna de la Policía Local en relación al incidente. No obstante, continúa, “*realizadas las averiguaciones oportunas del hecho que nos ocupa, así como informaciones facilitadas por vecinos y comerciantes de la Cl. Torrevieja concretamente del lugar donde supuestamente se produjo el incidente, informan que el día 02-01-04, aprox. al mediodía, una vecina de La Basca cayó al suelo del asfalto de la Cl. Torrevieja al meter el pie en un agujero existente en la mencionada calle, este agujero se encontraba situado al lado de la fachada de la cafetería “E.” y frente a la tienda de regalos “L. G.”. Fue atendida en primera instancia y levantada del suelo por los vecinos ya que esta Sra. no podía levantarse debido al dolor en un pie, la introdujeron en un vehículo familiar para trasladarla rápidamente y recibir asistencia médica.*”

Actualmente la deficiencia en el lugar aún se encuentra sin subsanar, tratándose de unos agujeros o baches en el asfalto que oscilan entre unos 20 y 10 cm. de diámetro y 3 ó 4 cm. de profundidad”

SÉPTIMO.- El 27 de febrero de 2006, la instructora acuerda la apertura del período de prueba, requiriendo a la interesada que fije la cuantía de los daños sufridos e indique el grado de parentesco que la une con los testigos por ella propuestos.

El 3 de abril, la reclamante señala que los testigos señalados son su marido y su hija.

Fija la valoración de los daños sufridos en 15.672,75 euros, con el siguiente desglose:

- Por 196 días de incapacidad para realizar sus ocupaciones habituales: 11.670 euros.
- Por secuelas: 3.066,75 euros.
- Por gastos médicos y de rehabilitación: 846 euros.

Acompaña, además, los siguientes documentos:

a) Informe médico de alta y valoración de secuelas, elaborado el 16 de julio de 2004 por Traumatólogo privado, según el cual la interesada presenta gonalgia postraumática derecha y limitación funcional, y dolor en el tobillo izquierdo. Tales secuelas son valoradas con 3 y 2 puntos, respectivamente, en aplicación del sistema de valoración de daños personales en accidentes de circulación.

El mismo informe afirma que la paciente tardó en curar 196 días, que califica como improductivos.

b) Factura por los honorarios médicos del traumatólogo que realizó el anterior informe y que la atendió durante el proceso de curación, por importe de 300 euros, correspondientes a cuatro consultas.

c) Sendas facturas de Fisioterapeuta, por importe de 416 y 130 euros, respectivamente.

OCTAVO.- Con fecha 4 de mayo de 2006 la instructora acuerda inadmitir la práctica de la prueba testifical, atendida la ausencia de imparcialidad en los testigos propuestos, dado su parentesco con la víctima del accidente.

En el mismo acto confiere trámite de audiencia a la interesada por plazo de 10 días.

NOVENO.- El 15 de mayo tiene entrada en el Registro de la Consejería consultante escrito de alegaciones. Se opone la interesada a la inadmisión de la prueba testifical, exigiendo su práctica, y se ratifica en todos los extremos de su reclamación inicial.

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 19 de julio de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

A) La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, dado que entre la fecha del accidente -el 2 de enero de 2004- y la presentación de la reclamación -el 4 de marzo siguiente-, tan sólo había transcurrido algo más de dos meses.

B) La legitimación activa para reclamar, cuando de daños físicos se trata, corresponde primariamente a quien sufre el perjuicio en su persona. En el supuesto sometido a consulta, la reclamante, en tanto que es quien padece las heridas y secuelas derivadas de la caída.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía a cuyo defectuoso mantenimiento y conservación se imputa el daño.

C) Respecto al procedimiento debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues ya se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses. Ello no obstante, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, si bien 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. En este sentido, 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.

Una vez más es necesario reiterar el inadecuado uso que la instrucción realiza del trámite de mejora de la solicitud en orden a requerir a la interesada la aportación al

expediente de documentos o datos que aquélla considera necesarios para una adecuada resolución de la solicitud. La doctrina de este Consejo Jurídico al respecto es sobradamente conocida por la Consejería consultante, pues ha sido expuesta en numerosos Dictámenes evacuados a solicitud suya -por todos, el 75/2003-, cuyos razonamientos al respecto cabe dar aquí por reproducidos.

TERCERA.- Sobre la prueba.

1. La prueba testifical.

Propuesta por la interesada prueba de interrogatorio de dos testigos presenciales del accidente, la instrucción la inadmite atendiendo, como único motivo, al parentesco que une a los testigos con la reclamante, lo que convertiría la prueba en innecesaria, al amparo del artículo 377 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), ya que la declaración “*no contribuiría a esclarecer los hechos al no ser imparcial en el asunto en cuestión*”.

Asimismo, la propuesta de resolución contiene la siguiente afirmación: “*una interpretación finalística (sic) o axiológica del artículo 377 LEC y por extensión de la práctica de la prueba testifical en nuestro ordenamiento jurídico nos lleva a pensar que han de ser inadmitidos aquellos testigos que por alguna de sus circunstancias adolezcan de parcialidad (...) los lazos parentales entre testigo y reclamante determinan la parcialidad de las declaraciones de aquél haciendo innecesaria, improcedente e incluso inadmisibles conforme a Derecho su práctica*”.

El Consejo Jurídico no puede compartir tales consideraciones, pues la constitucionalización del derecho a la prueba, que engloba el derecho a que la propuesta en tiempo y forma sea admitida (STC 87/1992, de 8 de junio), impone a los tribunales -y por extensión también a la Administración- el deber de proveer a su satisfacción, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación (STC 205/1991, de 30 de octubre). Como ya advirtiera el Consejo Jurídico en Dictamen 165/2003, ello no supone que el derecho a la prueba sea omnímodo, pues la Ley puede establecer limitaciones o condiciones en su ejercicio. Y así lo hace la LPAC cuando en su artículo 80.3, posibilita al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, si bien, dada su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el ciudadano, rodee tal decisión de garantías. Tal carácter cabe predicar de la exigencia de una resolución expresa, garantía aparentemente formal pero que presenta evidentes repercusiones de índole 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.

Según el concepto de improcedencia apuntado, que procede de la LEC al guardar silencio la LPAC al respecto, es evidente que la declaración de dos testigos presenciales de un hecho con la que, precisamente, se persigue acreditar su realidad y las circunstancias que concurrieron a su producción, guarda relación con el objeto de la reclamación de responsabilidad patrimonial, por lo que no puede considerarse tal prueba como improcedente.

Respecto de su no necesidad o inutilidad, dice el artículo 283.2 LEC que son pruebas inútiles aquellas que, “según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”. La dicción del precepto, como se han encargado de precisar doctrina y jurisprudencia, a todas luces parece reclamar una interpretación restrictiva de la inutilidad, que limite la inadmisión por tal motivo a las pruebas claramente estériles, inconducentes, ineficaces o superfluas. Y desde luego no merece tales calificativos la declaración de quienes presenciaron los hechos controvertidos, la cual, atendidos los principios de inmediatez y oralidad que deben presidir su práctica, hubieran permitido a la instrucción obtener nuevos elementos de juicio al poder conseguir, por medio de preguntas y repreguntas, una descripción de los hechos más detallada y precisa, descubrir puntos oscuros o insuficientemente descritos en el inicial relato de hechos contenido en la reclamación; o, incluso, desvelar eventuales contradicciones entre los testigos.

Parece más bien que la instrucción formula un prejuicio poco fundado sobre el previsible resultado de la prueba propuesta y procede a rechazar su práctica al amparo de las reglas sobre las tachas de los testigos contenidas en el artículo 377 LEC. Con este proceder, sin embargo, parece ignorar que, de conformidad con las normas procesales civiles, la tacha no impide la declaración del testigo, si bien el juez deberá ponderar sus testimonios en el momento de su valoración. Así lo ha señalado la jurisprudencia civil con referencia a la regulación de la prueba anterior a la nueva LEC, pero que resulta perfectamente trasladable al régimen vigente, al señalar que *“la concurrencia de una tacha en los testigos cuando no constituye causa de inhabilidad no impide la valoración de su dicho con arreglo a lo que disponen los artículos 659 y 666 LEC y 1248 CC, y sin que la existencia de la tacha sea más que “una de las circunstancias que en ellos concurren” y que habrá de apreciarse juntamente con las otras circunstancias y con la razón de ciencia que hubieren dado y todo “conforme a las reglas de la sana crítica” y en combinación con las otras pruebas practicadas”* (STS de 3 de diciembre de 1984).

Y es que debe distinguirse entre tacha e inhabilidad para declarar, pues ésta se dará cuando concurren las causas de inidoneidad establecidas en el artículo 361 LEC, de forma que si se produjera la declaración ésta sería nula y no surtiría efecto. La tacha, por el contrario, no inhabilita al testigo, que puede declarar, si bien el motivo en que aquélla se base habrá de ser tomado en consideración por el juez o instructor en el momento de valorar la prueba.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que debió practicarse la prueba testifical, en tanto que no cabe su calificación como improcedente o innecesaria, atendida su razón de ciencia, ni existía causa de inidoneidad en los testigos por el mero hecho de su parentesco con la reclamante. De hecho, la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia muestra numerosos ejemplos de declaraciones de testigos parientes de los actores que, en supuestos de responsabilidad patrimonial por caídas, mueven a la convicción de la Sala (por todas, STSJ Navarra, núm. 416/03, de 19 de abril; STSJ País Vasco, núm. 150/2003, de 7 febrero; y STSJ Murcia, núm. 142/2004, de 27 febrero).

2. El informe de la Policía Local.

Tampoco comparte el Consejo Jurídico las apreciaciones contenidas en la propuesta de resolución relativas a la actividad probatoria de la interesada, que pretende reducir a

meras manifestaciones de parte, y al reportaje fotográfico anexo a su reclamación. De hecho, llega a manifestarse que por las fuerzas de seguridad no se realizaron actuaciones o informes que pudieran dar cuenta del accidente, y ello a pesar de constar en el expediente un informe de la Policía Local de Beniel que, con base en las informaciones facilitadas por vecinos y comerciantes del lugar de los hechos, da cuenta de cómo una vecina cayó al suelo al meter el pie en un agujero existente en la propia calle, precisando asistencia sanitaria posterior.

Si bien este informe no tiene el especial valor que a efectos de prueba cabe atribuir a los atestados policiales realizados en los momentos inmediatamente posteriores al acaecimiento de los hechos que los motivan, pues su realización nueve meses después del accidente y la razón de ciencia esgrimida (manifestaciones de los vecinos de la zona) afectan negativamente a su valor probatorio, no puede desconocerse que en él se está afirmando la realidad del accidente y su causa, siendo ambos extremos coincidentes con la versión de los hechos dada por la reclamante. Asimismo, manifiesta que la deficiencia del asfalto a la que la interesada imputa el accidente sigue existiendo a la fecha de realización del informe (8 de noviembre de 2004).

No puede la instrucción, en su necesaria valoración de las pruebas -de todas ellas-, desconocer el contenido de este informe, siquiera sea para atribuirle un determinado valor probatorio, indicando en qué medida influye en su convicción acerca de la certeza o no de los hechos. Lejos de hacerlo, la instructora no sólo la ignora, sino que expresamente niega su existencia.

CUARTA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. El nexo causal.

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

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

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

a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

d) Que no exista fuerza mayor.

La realidad del daño es incontrovertida, habiendo quedado acreditada por la documentación aportada al expediente, en especial, los partes de atención sanitaria urgente correspondientes al día en que la interesada afirma que se produjo el accidente y el informe médico de valoración de las lesiones sufridas.

Sí existe controversia sobre la realidad o certeza del accidente y su origen o causa en el funcionamiento de los servicios públicos. En orden a determinar ambos extremos resulta fundamental la actividad probatoria desplegada por las partes.

1. La apreciación conjunta de la prueba obrante en el expediente, mueve al Consejo Jurídico a entender que cabe considerar acreditado que el 2 de enero de 2004 la reclamante sufrió una caída en una carretera de titularidad regional, en el tramo que constituye la travesía del casco urbano de Beniel, cuando se disponía a subir al vehículo de su hija. El accidente se produjo al introducir el pie en un agujero o desperfecto existente en el firme.

Considera el Consejo Jurídico que no puede negarse la realidad del accidente por el único hecho de que no exista un atestado policial inmediatamente posterior a la producción del siniestro, como hace la propuesta de resolución, al considerar no acreditada la producción del accidente *“toda vez que no fue instruido atestado o realizadas actuaciones o informes por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado”*. Parece olvidar la instrucción que no cabe exigir una concreta y determinada prueba, cual si fuera la única capaz de acreditar un determinado hecho, y ello porque el artículo 80.1 LPAC establece un principio de libertad de prueba, pudiendo los interesados utilizar en el procedimiento cualesquiera medios admisibles en Derecho.

Además, y como viene sosteniendo la jurisprudencia, *“en los supuestos de responsabilidad patrimonial no se puede esperar que el actor disponga de una abundante prueba de naturaleza personal puesto que los hechos los presencia quien está, y normalmente las personas que se encuentran en el lugar de los hechos están vinculadas con la víctima por lazos de parentesco o amistad o, incluso, nadie presencia los hechos. Por eso, la valoración de la prueba debe comprenderse que sea lo suficientemente elástica como para poder situar los hechos dentro de un razonable margen de verosimilitud”* (STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de febrero de 2004).

Así, la existencia del informe médico de urgencias, del mismo día del accidente y en hora próxima a su producción, las dolencias en él descritas y la etiología de los daños (*“caída accidental por torcedura de tobillo izquierdo y... (ilegible en el original) traumatismo directo en rodilla derecha”*) acreditan que la reclamante sufrió una caída. Las circunstancias de ésta vienen descritas en el informe de la Policía Local, que refiere las manifestaciones de vecinos de la zona donde se produjo el accidente, según el cual *“una vecina de La Basca (la reclamante lo es) cayó al suelo del asfalto de la C/ Torrevieja al meter el pie en un agujero existente en la citada calle”*, precisando asistencia médica.

Del mismo modo, está acreditada la existencia de una depresión del pavimento de entre 15-20 cm. de diámetro por 3-4 cm. de profundidad (informe de la Dirección General de Carreteras e informe de la Policía Local) en el lugar del accidente.

Frente a tales indicios, la actitud restrictiva de la instrucción respecto al ejercicio por la reclamante de su derecho a utilizar los medios de prueba que considere oportunos, en especial, la inadmisión de la prueba de interrogatorio de quienes presenciaron directamente los hechos, no puede perjudicar a la actora, quien ha pretendido traer al procedimiento aquellas pruebas que estaban a su alcance.

2. Acreditada la realidad del daño y del accidente, resta por determinar si existe relación causal entre aquél y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, lo que exigiría la concurrencia de alguna de estas dos situaciones:

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras, a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.

b) O bien una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en adelante TALT).

Por tanto, para poder apreciar la responsabilidad de la Administración en estos casos, el examen de la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de aquélla en la prevención de situaciones de riesgo primariamente ha de dirigirse a dilucidar si tal riesgo se da en el ámbito de responsabilidad o competencia de la Administración, es decir, si la norma la compele a actuar para evitar o minimizar el riesgo en la utilización de las carreteras; pero también, yendo más allá del contenido de las obligaciones que explícita o implícitamente imponen a la Administración competente las normas reguladoras del servicio, habrá de efectuarse una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actividad administrativa, tal como señala el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala Tercera, de 7 de octubre de 1997.

En este sentido, ha quedado acreditado en el expediente que la vía en que se produce el accidente es de titularidad regional y que en ella existe un desperfecto del asfalto consistente en una ligera depresión de 15 cm. de diámetro por 4 cm. de profundidad. Así lo recoge el informe de la propia Dirección General de Carreteras. Diez meses después del accidente, el informe de la Policía Local refleja que la deficiencia aún se encuentra sin subsanar, presentando unas dimensiones mayores que las advertidas en el momento de su inspección por el personal de Carreteras, pues ya pasa a tener un diámetro de hasta 20 cm.

Resulta evidente que el servicio de conservación de carreteras no cumple con el estándar de calidad exigible cuando permite la existencia de desperfectos en el asfalto que afectan a la seguridad de sus usuarios, consideración que se refuerza por el hecho de que, tras conocer la existencia de los defectos, deja pasar meses sin proceder a su reparación.

Considera el Consejo Jurídico, en consecuencia, que la caída de la reclamante y, por extensión, los daños derivados de ella, tienen su causa en el funcionamiento, por omisión, de los servicios públicos de mantenimiento de carreteras.

Y este nexo causal no se rompe por una eventual conducta descuidada de la reclamante, como alega la Administración en la propuesta de resolución, pues nada ha probado en tal sentido, a pesar de ser suya la carga de acreditar la negligente deambulación de la interesada, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en sentencia, entre otras muchas, de 9 de marzo de 1998, conforme a la cual, por el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, es a la Administración a la que corresponde acreditar circunstancias tales como la fuerza mayor, el dolo o la negligencia de la víctima o, en general, todas las que conlleven la ruptura del nexo causal y, consiguientemente, la exoneración de responsabilidad de la Administración.

Tal prueba no se ha producido en el presente caso, y por ende la producción de las lesiones y secuelas de la actora es plenamente atribuible a la Administración.

QUINTA.- Sobre la antijuridicidad del daño.

Considera el Consejo Jurídico que el análisis de la antijuridicidad del daño que realiza la propuesta de resolución no es completo, pues ignora un dato que, contenido en el informe de la Dirección General de Carreteras, podría ser relevante en cuanto a la determinación del referido elemento de la responsabilidad, si se acreditara que la reclamante realizó una actuación ilícita, pues tal circunstancia la habría puesto en situación de tener que soportar el daño padecido.

En efecto, el lugar donde se produce el accidente tiene pintada una línea longitudinal de color amarillo en el borde de la calzada, lo que de conformidad con el artículo 171, letra b) del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (RGC), significa que la parada y el estacionamiento están prohibidos o sometidos a alguna restricción temporal, indicada por señales, en toda la longitud de la línea y en el lado en que según la reclamante se hallaba estacionado el coche de su hija. Ahora bien, la incorrecta maniobra de la conductora, no convierte en antirreglamentaria la de la reclamante, quien, de conformidad con el artículo 122.6 del mismo Reglamento, puede invadir la calzada para subir a un vehículo. De hecho, ésta era la intención de la reclamante, no la de cruzar la calzada, de modo que tampoco venía obligada a usar el paso de peatones existente en las inmediaciones (artículo 124 RGC).

En definitiva, acreditada la relación causal entre el funcionamiento omisivo de los servicios de mantenimiento de carreteras y el daño padecido por la reclamante, y el carácter antijurídico de éste, pues ninguna obligación tenía de soportarlo, no resta sino declarar la existencia de responsabilidad patrimonial y el derecho de la reclamante a ser indemnizada.

SEXTA.- Cuantía de la indemnización.

La reclamante pretende ser indemnizada con 15.672,75 euros, en concepto de días de incapacidad temporal, secuelas, y gastos médicos y de rehabilitación.

1. Incapacidad temporal.

Afirma la reclamante que ha permanecido 196 días impedida para la realización de sus ocupaciones habituales, solicitando una indemnización diaria de 60 euros, lo que arroja un total de 11.760 euros.

No justifica la interesada porqué solicita la cantidad de 60 euros diarios de indemnización, por lo que el Consejo Jurídico considera que, al igual que acude al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación en orden a la cuantificación económica de las secuelas, y a falta de otras referencias objetivas, también procede tomar como pauta orientativa para la indemnización de la incapacidad las cantidades que el referido sistema establece. En consecuencia, de conformidad con la Resolución de 9 de marzo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2004 el antedicho sistema, la indemnización diaria asciende a 45,813548 euros por día impenitivo, siendo de 24,671873 euros para cada día no impenitivo.

Según el baremo de constante referencia, es día de baja impenitivo aquél en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual, desconociéndose la de la reclamante.

Tampoco constan en el expediente los partes de baja y alta por incapacidad laboral, ni los informes del especialista de zona que la trató, correspondientes a las consultas de 20 de abril y 12 de julio de 2004 (fecha del alta con secuelas, según la reclamante), por lo que el Consejo Jurídico considera que, dada la escasa dificultad que para la reclamante supone aportar tales medios de prueba al procedimiento, no resulta suficientemente acreditada la incapacidad de aquélla con el mero informe de parte en que un traumatólogo privado, tras describir la evolución de los daños, concluye que la interesada tardó en curar 196 días, todos ellos impenitivos.

Procede, en consecuencia, que el órgano instructor recabe los citados datos y documentos a la interesada para determinar la indemnización correspondiente a los días de baja y poder discernir en qué medida cabe considerarlos impenitivos o no.

2. Secuelas.

La valoración de las secuelas que realiza el traumatólogo de la interesada es moderada y acorde con el baremo de constante referencia, procediendo su indemnización en 2.865,65 euros, resultado de multiplicar los 5 puntos de secuela por el valor unitario que, atendida la fecha del accidente y la edad de la víctima, es de 573,13095 euros, de conformidad con la Resolución de 9 de marzo de 2004, antes citada. Sin haber acreditado ingresos y dado que la interesada se encuentra en edad laboral, procede aplicar un factor de corrección de un 5%, para obtener una cuantía de 3.009 euros.

3. Gastos médicos y de rehabilitación.

Como ya expusiera el Consejo Jurídico en Dictamen 157/2004, entre otros, el supuesto que nos ocupa, es decir, el de daños personales producidos por el funcionamiento de servicios públicos para cuya curación el interesado acude a la sanidad privada, en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social, ha sido abordado en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente:

“No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente, porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo

alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.

Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”.

En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), recordó que *“debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.*

Como se desprende del Dictamen de 5 de diciembre de 2000 antes citado, la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos o psíquicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de resarcimiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la comunidad de ciudadanos a la que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos y psíquicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos. De lo contrario, es decir, si los lesionados por causa imputable a la Administración pública pudieran elegir el sistema, público o privado, de asistencia sanitaria, no sólo se eludiría el régimen jurídico aplicable en materia sanitaria (que no excepciona, desde luego, los supuestos en que la demanda asistencial tenga su origen en una presunta responsabilidad patrimonial administrativa), sino que las obligaciones financieras para las Administraciones Públicas reclamadas serían, en muchas ocasiones, inasumibles.

En el supuesto sometido a consulta, si bien la reclamante acudió en un primer momento a la Sanidad pública, tanto para la asistencia urgente (hasta tres veces) como para el tratamiento, seguimiento y evolución de su dolencia (constan varias consultas al traumatólogo de zona), posteriormente acude a servicios sanitarios privados, para el seguimiento y la recuperación funcional (rehabilitación), sin que consten en el expediente los motivos que llevaron a la interesada a tomar esta decisión. Tal circunstancia lleva a desestimar la indemnización de los gastos reclamados por los honorarios del traumatólogo

privado y del fisioterapeuta, pues tanto la atención especializada como la rehabilitadora están cubiertas por el sistema sanitario público.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución, al considerar este Consejo Jurídico que sí existe nexos causal entre el funcionamiento omisivo de los servicios regionales de conservación de carreteras y el daño padecido por la reclamante, que cabe calificar de antijurídico.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización habrá de calcularse de acuerdo con lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 155/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. P. L., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. P. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 02/10/06

Extracto de Doctrina

La actuación anormal de la administración, que paralizó injustificadamente un expediente por tiempo superior a 24 meses, supone una lesión del derecho a la obtención de una resolución dictada en los plazos que la ley establece, con vulneración añadida del derecho constitucional a la defensa y a la tutela efectiva por frustración de la prueba, y que alcanza dimensión patrimonial.

(...)

El derecho a ser indemnizado consiste en la reparación de los daños morales ocasionados por la privación de la prueba que devino de imposible práctica como consecuencia de la demora en el actuar administrativo, privación de un derecho no sólo con una significativa expectativa patrimonial, sino también con alcance constitucional. En tal sentido, ya dijo este Consejo Jurídico en la Memoria del año 2005 (observaciones y sugerencias, apartado 3) que el lugar en el que encuentra un normal acomodo el reconocimiento de los daños morales es en la lesión de los derechos fundamentales amparados por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales

de la Persona, la cual, en su artículo 4.5, consideraba expresamente los daños morales como contenido de la sentencia. En tal sentido, la privación del derecho a la admisión de un recurso de amparo también se ha estimado que causa un daño moral (STS, Sala 1ª, de 23 de enero de 2004), como consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento sobre el cual la víctima tenía un interés jurídico protegido.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La presente consulta se origina como consecuencia del Dictamen 106/2006 (expediente 149/05), cuyos antecedentes se reproducen a continuación:

PRIMERO.- El 29 de enero de 2003 tuvo entrada en el registro de la Consejería consultante un escrito de comunicación de un accidente escolar ocurrido el 22 de octubre de 2002, suscrito por el Director del IES “Gerardo Molina”, de Torre Pacheco, y relativo al alumno F. P. P., en el cual se exponía lo siguiente: “*Como consecuencia del mal estado del firme del patio, con existencia de gravilla suelta, el alumno resbala y debido a la caída, sufre la fractura*”, aclarando más adelante que la lesión concreta es “*fractura de muñeca*”; expone también que el alumno había necesitado rehabilitación tras la intervención quirúrgica.

SEGUNDO.- Con la misma fecha de entrada en el registro de la referida Consejería, D. J. A. P. L. presentó reclamación por los daños y perjuicios sufridos por su nieto el día 22 de octubre de 2002 en el citado Instituto, valorando los mismos en 1.467,60 euros, que justifica mediante la siguiente documentación:

- Original del presupuesto del C. M. T.-P., de 660 euros (9 de enero de 2003).

- Fotocopia del documento de compromiso de abonar la factura del C. M. T.-P. de 13 de enero de 2003, firmado por R. M. C.. Fotocopia de actuaciones médicas (curas, sesiones de rehabilitación...) del C. M. T.-P., S.L. a F. P. P., el 10 de enero de 2003, por importe de 807,60 euros.

Posteriormente aporta diferentes facturas médicas de centros privados (del C. M. T.-P., 360 euros; de la C. V. V., 82,75 euros; factura de 390 euros de J. L. S. H., S.L.; de H., S.L., 240 euros), por lo que, implícitamente, la instrucción entiende que la cuantía inicial reclamada se incrementa hasta los 2.540,35 euros.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora, se solicitó el informe del Centro que, emitido el 31 de marzo de 2003, expone lo siguiente: “*El día 22 de octubre de 2002, a las 10 horas y 25 minutos, iniciado el período de recreo, el mencionado alumno salió del pabellón en el que se encuentran ubicadas las aulas de los grupos de primer Ciclo de ESO a los que pertenece y tras resbalar en la gravilla suelta que rodea esa edificación, cayó y se fracturó la muñeca. En el momento de producirse el accidente se encontraban en la zona, realizando sus funciones de vigilancia de patio, los profesores D. A. M. M. y D. J. L. L. G., quienes inmediatamente procedieron a llevar al alumno a las dependencias centrales del centro, y acompañarlo al Centro de Salud de Torre Pacheco. Por lo que respecta al estado del firme que rodea ese edificio, fue cubierto por gravilla suelta por parte de la empresa constructora, al finalizar las obras de ese pabellón en septiembre de 2001, habiendo manifestado la Dirección de este centro su desacuerdo con dicha medida por el riesgo de caídas que esa cubierta conlleva. En*

concreto, se remitió informe a la Dirección General de Centros, Ordenación e Inspección Educativa en enero de 2002, cuya copia se adjunta”.

En este último informe el Director del IES indicaba, entre otras deficiencias, que “*se considera que la gravilla y piedra suelta utilizada en los alrededores del edificio supone un riesgo para el alumnado”.*

CUARTO.- El 28 de abril de 2003 se solicitó a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares, que emitiera informe sobre los siguientes extremos: a) situación de la gravilla que rodea la edificación del IES en la fecha del accidente; b) actuaciones que se llevaron a cabo ante el escrito del Director del Instituto, en el que se ponían de manifiesto una serie de deficiencias en las obras de ampliación del centro.

El día 24 de septiembre de 2003 la citada Unidad contesta a la instructora indicando lo siguiente:

“1. La amplia zona del patio que rodea la edificación se encuentra cubierta por una capa superficial de gravilla. Este acabado es muy utilizado habitualmente como terminación del terreno natural a fin de mejorar la compactación y drenaje de la superficie.

2. En sí esta capa de gravilla no supone peligro alguno para los usuarios. Suponemos que de haber existido algún peligro de deslizamiento ha podido producirse por no mantener la limpieza de las superficies duras de aceras o interiores de la gravilla antes mencionada.”

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia, el interesado aportó la siguiente documentación: a) Resolución judicial por la que se constituye la tutela del menor a favor de su abuelo D. J. A. P. L.; b) informe clínico de alta hospitalaria del SMS (26 de octubre de 2002) e informe del C. M. T. P. en el que se diagnostica “rotura de antebrazo intervenido mediante osteosíntesis endomedular. Rogaría cura cada tres días”.

SEXTO.- El 9 de noviembre, el reclamante compareció en las dependencias de la Consejería tras ser requerido por la instructora para que aclarara determinados puntos del expediente, siendo la diligencia extendida del siguiente tenor literal:

“**DILIGENCIA:** Para hacer constar que en el día de la fecha comparece D. J. A. P. L. con D.N.I. X, abuelo tutor del alumno F. P. P., y que tras dar vista al expediente manifiesta lo siguiente:

En la diligencia del día 28 de octubre de 2005 en la que comparece D. E. H. G., señala que efectivamente es su representante, haciendo constar que el nombre de su nieto y que así figura en el expediente es F. y no J. A..

Se le pone en conocimiento por el Servicio Jurídico de que el motivo de su comparecencia es que aclare la causa por la que las prestaciones sanitarias fueron realizadas siempre en un Centro Privado.

A este respecto manifiesta lo siguiente: ante la pregunta de si el niño tiene número de póliza privada, D. J. A. responde que tanto él como su mujer reciben la asistencia sanitaria de la seguridad social y que como tutores de su nieto éste está incluido en

su cartilla sanitaria, al margen de que su nieto es pensionista de orfandad tras el fallecimiento de sus padres.

Ante la pregunta de por qué acudieron a centros médicos privados y no públicos alega que fue debido exclusivamente a un error en la propia información de la dirección del centro, error que en ningún momento el compareciente considera intencionado, pero “le tranquilizó diciendo que los gastos de la asistencia sanitaria privada serían íntegramente abonados por la Administración Pública educativa”.

El niño cuando tiene el accidente es trasladado al Centro de Salud de Torre Pacheco, de allí los médicos consideran que debe ir al Hospital de Los Arcos en Santiago de la Ribera, donde estuvo cuatro días hospitalizado. Después lo operaron en el H. V. M.”.

Posteriormente aclaró el interesado, por vía telefónica, que la operación se realizó en el Hospital Los Arcos, y que en el H. V. se practicaron las curas.

SÉPTIMO.- Formulada la propuesta de resolución, concluye en estimar la reclamación, apoyándose en el Dictamen de este Consejo Jurídico 78/2005 por entender que los gastos en centros médicos privados son indemnizables, a pesar de lo argumentado en sentido contrario por el Dictamen 157/2004.

Completado el expediente, mediante oficio registrado el 22 de noviembre de 2005 el Consejero de Educación y Cultura solicita la emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico.

SEGUNDO.- El indicado Dictamen 106/2006, concluyó:

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños por los que se reclama indemnización.

SEGUNDA.- Debe completarse la instrucción para determinar el alcance de la cuantía indemnizatoria, de acuerdo con las orientaciones reseñadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERO.- La instrucción que se pedía completar consistía en solicitar al Director del Centro que ratificase la afirmación del reclamante, según el cual aquél le indicó que *“los gastos de la asistencia sanitaria privada serían íntegramente abonados por la Administración Pública educativa”*. Además, el Dictamen 106/2006 apreciaba insuficiencias probatorias en lo referido a la indemnización por días de incapacidad temporal del menor, tanto sobre la duración de tal periodo como sobre el carácter impositivo o no para el menor. En estos supuestos -recordaba el citado Dictamen- las concretas circunstancias de cada caso determinarán el alcance de la indemnización partiendo de que es preciso obtener datos que permitan discernir en qué medida el accidente afectó a la actividad docente del alumno (Dictamen de este Consejo Jurídico 134/04). Es decir, se concluía en la necesidad de completar datos para valorar la incapacidad por afectación al rendimiento escolar y vital, conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, a la doctrina del Consejo de Estado y a la de otros órganos consultivos autonómicos.

CUARTO.- A la vista de las conclusiones del Dictamen 106/2006, la Instructora del procedimiento ofició a la actual directora del centro escolar, el 23 de junio de 2006, en los términos siguientes:

“Con fecha 22 de octubre de 2002 sufrió accidente escolar el alumno del I.E.S. “Gerardo Molina” de Torre Pacheco (Murcia), F. P. P. como consecuencia, según el informe del Director del Centro, del mal estado del firme del patio, con existencia de gravilla suelta, el alumno resbala y debido a la caída, sufre la fractura. En virtud de la Ley 30/1992 LRJPAC y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, se inició un procedimiento a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Educativa. Debido a que el Consejo Jurídico nos requirió concretar la instrucción para determinar el alcance de la cuantía indemnizatoria, nos es necesario recabar información a este respecto, que deberá ser remitida en el plazo de 10 días desde el día siguiente al de su notificación. Por lo tanto, rogaríamos nos aporten, en la medida de lo posible, la siguiente información: Aportar los certificados o justificantes de los días en que F. no pudo asistir a clase por motivo del accidente, así mismo comunicar si se apreció un descenso en el rendimiento del alumno tras el accidente o si éste le impidió desempeñar determinadas actividades docentes que le conllevaran el retraso escolar respecto al resto de la clase. Así mismo, en el trámite de audiencia realizado en este Servicio Jurídico, D. J. A. P. L., representante del menor, ante la pregunta de por qué acudió a Centros Médicos privados en vez de públicos, que son gratuitos, alegó que el Director del Centro, D. J. Á. S. N., le comunicó que los gastos de la asistencia sanitaria privada serían íntegramente abonados por la Administración Pública Educativa. Aclarar, en la medida de lo posible, las aseveraciones del Sr. P, respecto a lo señalado por el Director”.

QUINTO.- La directora del centro remitió oficio, el 13 de julio de 2006, expresando lo siguiente: *“En relación a los datos solicitados referentes al expediente del alumno F. P. P. perteneciente a este Centro, comunicarles que esos datos ya no constan en nuestros archivos dado el tiempo transcurrido desde que el alumno tuvo el accidente, y no nos es posible recuperar esa información puesto que el Director que en su día se hizo cargo del mismo ya no ejerce el cargo y tampoco está destinado en este Centro.*

Sentimos no poder darles la información solicitada”.

SEXTO.- La instructora formuló nueva propuesta de resolución el 13 de julio, también estimatoria de la reclamación en el total de la cantidad solicitada en su día, reiterando la cita del Dictamen de este Consejo Jurídico 78/2005, por entender que los gastos en centros médicos privados son indemnizables, a pesar de lo argumentado en sentido contrario por el Dictamen 157/2004; añade que la instrucción complementaria solicitada por el Consejo Jurídico no ha podido completar el expediente a efectos de valorar el daño.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la

Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello. En cuanto 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 daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro público donde ocurrió el accidente.

El plazo semestral para emitir resolución se ha superado ampliamente, de forma que la pretensión del reclamante ha sido desestimada por silencio administrativo con efectos del 29 de julio de 2003. Debe indicarse que, a la vista de la instrucción practicada, esta demora resulta trascendente a la hora de motivar la relación de causalidad, al margen de lo expresado en el Dictamen 106/2006, demora manifestada en la paralización del procedimiento producida entre el 24 de septiembre de 2003 -que emitió su informe el arquitecto-jefe de la unidad técnica de centros educativos (folio 28)-, y el 10 de octubre de 2005 -cuando se notificó al interesado el plazo de audiencia (folio 30).

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto y el daño causado.

Este Consejo Jurídico entiende que debe reiterar las consideraciones recogidas en el ya citado Dictamen 106/2006 sobre la imputabilidad a la Administración autonómica de los daños físicos y morales causados al menor como consecuencia del accidente sufrido en el patio del colegio. Ha quedado acreditado que el menor, sin que interviniese ningún otro factor (informe del Director del Centro), resbaló en la gravilla suelta que recubre el patio, cayendo y fracturándose el cúbito y el radio del brazo derecho. La imputabilidad a la Administración educativa en supuestos de accidentes escolares acaecidos como consecuencia de mal estado o inadecuación de las instalaciones escolares ha sido mantenida por el Consejo de Estado (entre otros muchos, Dictámenes números 3863/2000, 2436/2001 y 3417/2002); 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).

Ahora bien, las nuevas actuaciones practicadas revelan la existencia de un nuevo daño consistente en la frustración de las posibilidades de probar el valor del daño causado al reclamante, porque *esos datos ya no constan en nuestros archivos dado el tiempo transcurrido desde que el alumno tuvo el accidente, y no nos es posible recuperar esa información puesto que el Director que en su día se hizo cargo del mismo (del alumno) ya no ejerce el cargo y tampoco está destinado en este Centro (del informe de la actual Directora)*. El tiempo transcurrido en la tramitación del procedimiento ha sido excesivo porque estuvo paralizado sin realizar actuación alguna, y sin que tal paralización sea imputable al interesado, entre el 24 de septiembre de 2003, fecha de emisión del informe de la unidad técnica de centros (folio 28), y la notificación al interesado del trámite de audiencia el 10 de octubre de 2005 (folio 31), lapso temporal de 24 meses y 16 días completamente injustificado y estéril a efectos procedimentales que, finalmente, se ha

constituido en causa directa de la imposibilidad de obtener los datos necesarios para la prueba del valor del daño.

Tiene declarado el TS que la responsabilidad directa y objetiva de la Administración no autoriza a entender que existe obligación de indemnizar en todos los casos en que se produzca un retraso en la tramitación de un expediente administrativo, pues tal obligación no nace, al menos, cuando en ese retraso o paralización interviene fuerza mayor o conducta del propio administrado que se interpone o rompe el nexo causal entre el daño supuestamente producido y el funcionamiento del servicio público (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 marzo 1981); puede advertirse que no es éste el caso sometido a Dictamen, en el que la paralización no obedece a razón alguna, ni expresa ni tácita y, desde luego, no se produce por causa imputable al interesado. Más bien se trata de una paralización del procedimiento por notoria negligencia administrativa, cual es tardar más de dos años en dar traslado del expediente al interesado para formular sus alegaciones (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 junio 1986), grave defecto de funcionamiento anormal en una actividad regida por los principios de celeridad y oficialidad (art. 74.1 LPAC).

El daño consiste, como ha quedado dicho, en la privación de los medios de prueba necesarios para valorar el alegado, daño que supone una infracción no sólo de la ley procedimental administrativa, sino también del derecho fundamental amparado por el artículo 24.1 CE, ya que la inacción instructora se ha traducido en indefensión del interesado porque los datos desaparecidos son decisivos para la efectiva defensa de su pretensión (SSTC 1/1996, de 15 de enero, F. 2; 219/1998, de 17 de diciembre, F. 3; 101/1999, de 31 de mayo, F. 5; 26/2000, F. 2; 45/2000, F. 2). Se trata de una prueba cuya práctica ha sido tácitamente declarada pertinente por la instrucción y, por tanto, es su responsabilidad asegurarse de que pueda llevarse a efecto y, no siendo ello posible a causa del retraso, se aprecia causalidad entre la inactividad administrativa y la frustración de tal práctica. El incumplimiento del deber de resolver en plazo ha podido mutilar la oportunidad del solicitante de obtener una resolución favorable a su pretensión.

Como dijo este Consejo Jurídico en el Dictamen 2/1998 *“si cumplir o no cumplir los plazos de actuación ha de quedar al criterio de la propia administración, y si el incumplimiento no ha de comportar consecuencia jurídica alguna, entonces huelga toda regulación procedimental -que en nada vincula a los poderes públicos-, consagrando con ello el desequilibrio entre la perentoriedad de los plazos para el administrado y la laxitud de los mismos para la administración actuante. Lo anterior equivale a degradar la regulación procedimental a una mera afirmación programática y no a un compromiso serio y eficaz que la administración asume frente al administrado. En la medida en que el ciudadano tiene derecho a esperar que la administración se produzca en los modos y plazos que la ley específicamente le marca en los procedimientos reglados, ha de entenderse como una lesión objetiva de un derecho subjetivo que la Administración, en aquellas parcelas de la vida reglamentadas, no adecue su actuar a lo legislado...”*; en conclusión, la actuación anormal de la administración, que paralizó injustificadamente un expediente por tiempo superior a 24 meses, supone una lesión del derecho a la obtención de una resolución dictada en los plazos que la ley establece, con vulneración añadida del derecho constitucional a la defensa y a la tutela efectiva por frustración de la prueba, y que alcanza dimensión patrimonial tal como se expresa a continuación.

Las partidas indemnizatorias que pueden considerarse solicitadas, explícita o implícitamente, responden a dos conceptos: el primero, los gastos por la asistencia médica privada que recabó el reclamante, concretadas en las facturas de servicios médicos, hospitalarios, pruebas diagnósticas y otras asistencias; y el segundo, la indemnización correspondiente a los días de incapacidad temporal del niño que, imputables a las lesiones derivadas del accidente, pueden considerarse efectivamente transcurridos.

a) Descartado que la suma de 2.540,35 euros reclamada por gastos médicos realizados en centros privados libremente elegidos sea indemnizable (Dictámenes 157/2004, 106/2006 y 134/2006), la cuestión planteada por el interesado y referida en el Dictamen 106/2006 a efectos de completar instrucción consistía en contrastar su aseveración, según la cual el Director del centro le había indicado que *“los gastos de la asistencia sanitaria privada serían íntegramente abonados por la Administración Pública educativa”*, con la declaración del mencionado Director, ya que por la sola afirmación del reclamante tal hecho no se puede tener por probado. El resultado de la instrucción adicional ha sido no poder obtener el dato *“puesto que el Director que en su día se hizo cargo del mismo (del alumno) ya no ejerce el cargo y tampoco está destinado en este Centro”*. La incidencia de la frustración de la prueba alcanza al total de lo reclamado que hubiese podido obtenerse en caso de poder ser practicada la misma.

b) La indemnización por los días de incapacidad del menor requería demostrar la afectación a su actividad, es decir, los días en que no pudo asistir a clase y aquellos otros en los que, aun cuando acudiera a clase, jugara, etc., su ejecución le pudiera resultar molesta (Dictamen 94/03). Es decir, el criterio es valorar la incapacidad por afectación al rendimiento escolar y vital, conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, a la doctrina del Consejo de Estado y a la de otros órganos consultivos autonómicos.

Según lo aportado por el expediente se deben aceptar como días de estancia hospitalaria los que median entre la fecha del accidente e ingreso en centro hospitalario, el 22 de octubre de 2002, y el 26 de igual mes y año, fecha del alta hospitalaria; además de ello se aprecia que, al menos hasta el 31 de enero de 2003, existen facturas de curas, por lo que tales días se pueden computar a efectos del baremo como de incapacidad. No ha podido demostrarse ni el periodo total de incapacidad temporal ni qué días de los de tal periodo han impedido al niño desarrollar sus actividades normales y cuáles no.

Para esta partida estima el Consejo Jurídico que la frustración de la prueba a favor del reclamante es leve, por cuanto que el periodo total de incapacidad depende de que el propio reclamante aporte prueba o indicio sobre la curación definitiva (que debiera haber sido requerida por la instrucción tras el Dictamen 106/2006); sí es cierto que la morosidad administrativa en resolver ha determinado que del total de días de incapacidad no se puedan distinguir los realmente impositivos. En este caso, éste es el grado de frustración del derecho del reclamante.

CUARTA.- Sobre la valoración del daño.

A tenor de lo expuesto, para los gastos médicos reclamados el derecho a ser indemnizado consiste en la reparación de los daños morales ocasionados por la privación de la prueba que devino de imposible práctica como consecuencia de la demora en el actuar administrativo, privación de un derecho no sólo con una significativa expectativa patrimonial, sino también con alcance constitucional. En tal sentido, ya dijo este Consejo Jurídico en la Memoria del año 2005 (observaciones y sugerencias, apartado 3) que el

lugar en el que encuentra un normal acomodo el reconocimiento de los daños morales es en la lesión de los derechos fundamentales amparados por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, la cual, en su artículo 4.5, consideraba expresamente los daños morales como contenido de la sentencia. En tal sentido, la privación del derecho a la admisión de un recurso de amparo también se ha estimado que causa un daño moral (STS, Sala 1ª, de 23 de enero de 2004), como consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento sobre el cual la víctima tenía un interés jurídico protegido.

La problemática determinación del “quantum” indemnizatorio en estos casos, aunque su fijación sea un juicio de valor de indudables componentes subjetivos, es remitido por los tribunales a juicios de prudencia ya que, como reconoce la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de noviembre de 2004, se trata de una valoración que “*presenta no pocas dificultades, y no puede desprenderse nunca de un margen de subjetividad, que puede ser más o menos amplio, según los datos de que se disponga. La jurisprudencia al respecto es abundante, y la invocación a la prudencia y a la razonabilidad son reiteradas (cfr. SSTS de 20 de julio de 1996, de 21 de abril de 1998, y de 13 de julio del 2002)*”. Por tanto, la valoración, aunque parcialmente subjetiva, tiene que obedecer a una conexión precisa y directa con los hechos probados en el caso concreto (Dictamen 10/2005) que, ahora, son hechos que denotan un funcionamiento anormal reiterado del servicio público que abarca desde un inicial deficiente estado de las instalaciones hasta una morosidad persistente en la instrucción. Esta cualificación del anormal funcionamiento del servicio y el principio general de indemnidad y de reparación integral del daño, especialmente en los casos de negligencia grave (art. 1107 del Código Civil), permiten concluir que debe reconocerse como indemnización, por este concepto, la cantidad solicitada.

En cuanto a los días de incapacidad, aplicando el baremo del año 2002 del sistema de valoración de daños a las personas en accidentes de circulación, corresponde una indemnización de 52,841867 euros por día de estancia hospitalaria -que han sido 5-, más otras de 42,935174 euros por cada día impositivo para la actividad habitual y de 23,121789 por los no impositivos, careciendo de la posibilidad de distinguir entre unos y otros, imposibilidad provocada por la instrucción. Tampoco aquí se ha determinado el momento del alta, acreditación que debe reclamarse al interesado y, en caso de no probarse fehacientemente otra fecha, se ha de tomar por tal la de la última cura documentada, que es el 31 de enero de 2003, lo que arrojaría un total de 66 días, de los cuales procede reconocer como impositivos la mitad, apreciación que ha de considerarse adecuada para una fractura abierta de cúbito y radio grado II, que requirió intervención quirúrgica, extracción posterior de material de osteosíntesis y rehabilitación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen

SEGUNDA.- Procede reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado, por las razones y en los conceptos expresados en las precedentes consideraciones.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 156/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. J., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 09/10/06

Extracto de Doctrina

Frente a la propuesta de resolución, que acoge una interpretación tradicional de la exclusividad del nexo causal, conviene aclarar que existe otra línea jurisprudencial, hoy mayoritaria, que no exige la exclusividad de la misma y, por tanto, no excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene en la producción del daño, además de ella misma, la propia víctima, como viene a reconocer, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 28 de mayo de 2003.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de octubre de 2004, D. J. M. J. presenta clamación de responsabilidad ante la Administración regional, por la que solicita una indemnización de 2.902,42 euros, por los daños personales sufridos como consecuencia de un accidente de circulación ocurrido el 13 de noviembre de 2003, cuando circulaba, a las 14,30 horas, con su motocicleta marca Honda Wallaroo (matrícula X), por la carretera de Huerta de Abajo próxima a la casa El Rodeo en las Torres de Cotillas (carretera regional B-28).

Imputa el daño a la existencia de un bache que no vio “y provocó que al apartarme con la moto a escasa distancia de la dirección que seguía, como consecuencia de la circulación de vehículos en ambos sentidos, la rueda delantera se introdujera en el bache, con la consiguiente pérdida del equilibrio, que provocó mi caída, y por tanto, produciéndome lesiones para cuya sanación necesité asistencia facultativa y estuve impedido para mis ocupaciones habituales durante un total de 65 días”.

Señala que previamente había presentado la reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, pues erróneamente se le había informado que la carretera era de titularidad municipal, acompañando documentación del expediente instruido por la citada Corporación, que concluye con el Decreto de la Alcaldía de 2 de julio de 2004, por el que se desestima la reclamación por falta de competencia (Doc. núm. nueve).

También acompaña un acta notarial de presencia (Doc. núm. tres), de 27 de noviembre de 2003, que incorpora dos fotografías del bache existente en aquel momento.

Finalmente solicita la apertura de un periodo probatorio proponiendo la documental que acompaña y la testifical.

SEGUNDO.- Con fecha de 17 de noviembre de 2004 la instructora del expediente solicita informe preceptivo a la Dirección General de Carreteras a efectos de determinar, entre otras cuestiones, la titularidad de la carretera.

En la misma fecha se recaba de la Policía Local de Las Torres de Cotillas una copia del atestado, informe o cualquier otra diligencia instruida, así como que aclare el lugar exacto del bache, precisando si éste se encontraba en la calzada o en el arcén, y lugar donde se hallaba el conductor en el momento del accidente.

También el mismo día se solicita al reclamante la subsanación y mejora de la documentación presentada.

TERCERO.- Con fecha 13 de diciembre de 2004 se cumplimenta por el interesado la documentación requerida por la instructora, haciendo constar, entre otros aspectos, que no puede aportar los partes de alta y baja médica porque en el momento del accidente no se hallaba en edad laboral, pues contaba con 78 años de edad.

Asimismo manifiesta que fueron testigos de lo sucedido Don J. L. S., empleado de correos, y Don R. V. Á., en cuya casa la Policía Local depositó la moto tras el accidente.

CUARTO.- El 17 de diciembre de 2004 se recibe copia del expediente tramitado por el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas y, con posterioridad, el 30 del mismo mes, tiene entrada en la Consejería consultante el informe de la Policía Local del citado municipio de 13 de noviembre de 2003.

QUINTO.- La Sección II de Conservación de la Dirección General de Carreteras emite informe el 28 de abril de 2005 en el siguiente sentido:

1) La carretera aludida es competencia de la Administración Regional con dependencia directa de la Dirección General de Carreteras.

2) Dentro de los cometidos de conservación de carreteras a su cargo se han realizado dos actuaciones de bacheo de la citada depresión en el punto señalado por el reclamante, sin que en ningún caso haya mediado petición o comunicación sobre su existencia, habiéndose efectuado la actuación de manera rutinaria y fortuita.

3) No obstante lo anterior se deduce que la pequeña depresión existente en dicho punto no es causa suficiente para provocar los daños alegados.

4) Al no haber intervención directa de Policía Local o atestado de la Guardia Civil en el lugar del siniestro que determine la coincidencia del daño producido con la existencia de la citada depresión, estimo que no queda suficientemente acreditada la relación causal entre la existencia de este bache concreto y los daños producidos y reclamados posteriormente.

SEXTO.- El 12 de mayo de 2006 se practica la prueba testifical a las dos personas propuestas por el reclamante, y en ese mismo acto otorga la representación “apud acta” a D. M. D. H. G., según acta de comparecencia obrante en el folio 145.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia al interesado, presenta escrito de alegaciones el 2 de junio de 2006 (registro de entrada), en el que señala que se desprende del expediente el defectuoso funcionamiento del servicio público por la existencia de un bache en la calzada sin señalizar, cuestionando el informe de la Dirección General de Carreteras, emitido un año y medio después del accidente, ya que durante dicho tiempo ha sido posible arreglar el bache como corroboran los testigos.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 4 de septiembre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir el requisito de la relación de causalidad exclusiva entre el daño y el funcionamiento del servicio público, puesto

que del reportaje fotográfico hay que concluir que el bache existente no es suficiente para producir el desequilibrio, motivo del siniestro, sino que éste se debió a una conducción insegura del reclamante, es decir, que serían las propias condiciones del conductor las que habrían determinado el accidente y no el estado de la vía, muy transitada, y sin que se hayan tenido noticias de accidentes similares.

NOVENO.- Con fecha 11 de septiembre 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 personales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produjo el accidente de titularidad regional, corresponde a la Administración Regional.

La reclamación se ha presentado dentro de plazo, pues el accidente se produjo el 13 de noviembre de 2003, y la acción se planteó ante la Administración Regional el 8 de octubre de 2004, dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC; en todo caso el plazo quedó interrumpido al haber interpuesto el interesado reclamación ante el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, cuya falta de competencia para conocer la misma (por no ser titular de la vía) fue resuelta por Decreto de la Alcaldía de 2 de julio de 2004.

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, que ha rebasado ampliamente los seis meses reglamentariamente establecidos (13.3 RRP).

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 3^a, 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 un bache en la carretera sin señalizar, donde introdujo la rueda delantera, que le hizo perder el equilibrio y caer, sufriendo una fractura de maleolo peroneo izquierdo.

Para la instructora del expediente el estado de la vía no incidió en la producción del accidente, pues del reportaje fotográfico concluye que el bache existente no es suficiente para producir el desequilibrio motivo del siniestro, sino una conducción insegura del causante del mismo, es decir, que serían las propias condiciones del conductor las que habrían determinado el accidente y no el estado de la vía, muy transitada por cierto y sin que se hayan tenido noticias de accidentes similares.

Veamos la aplicación de los requisitos legales anteriormente expuestos al presente supuesto:

1) Daño real, concreto y susceptible de evaluación económica.

El interesado ha acreditado la producción del daño, atendiendo al informe de la Policía Local de Las Torres de Cotillas, que prestó auxilio al accidentado, así como a los informes médicos aportados (Parte del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer e informe del médico de cabecera).

2) Existencia del bache en la vía donde circulaba cuando se produjo el accidente.

También considera el Consejo Jurídico que ha quedado constatado el hecho de la existencia del socavón al que se refiere el reclamante cuando ocurrió el accidente el 13 de noviembre de 2003, mediante el acta de presencia notarial de 27 siguiente, que incorpora las fotografías del lugar protocolizadas, donde es claramente visible, situado entre la calzada y el arcén, así como por las declaraciones de ambos testigos, especialmente la de D. J. L. S., por su conocimiento del lugar como empleado -hoy jubilado- de correos, que pasaba por el lugar y presencié el accidente aportando una serie de datos sobre el bache o socavón, cuando se le exhiben las fotografías que acompaña el reclamante: *“que el bache se ve chico, pero era más grande. Era un metido de la carretera de forma que o te metías muy para dentro para poder pasar o te salías por la tierra. Además era profundo, y la rueda no tiene más remedio que meterse allí”*.

La Sección de Conservación de Carreteras no contradice estos datos en la medida que se limita a señalar, más de un año después del accidente, que en el lugar se encuentra

una ligera depresión del pavimento, y que se han realizado dos actuaciones de bacheo, corroborando los testigos que el bache se arregló tres meses después aproximadamente del accidente.

Acreditan la actuación de tapado posterior al accidente el informe del técnico municipal de 31 de marzo de 2004 y la fotografía adjunta tomada cuatro meses después, en la que se observa el parcheado, describiendo el técnico: “a la altura de la vivienda que se hace mención dirección hacia el cruce Camino de San Juan, existe un pequeño rehundimiento del aglomerado en el lado derecho de dimensiones 0,40 x 0,40 m2 y una profundidad de 3 a 4 cm.”.

El parte de Intervención de la Policía Local de Las Torres de Cotillas no concreta la forma de producción del accidente, limitándose a señalar que fueron avisados y que se encontraron con el accidentado tendido sobre la carretera, que sangraba abundantemente por la cabeza como consecuencia del golpe provocado al introducir una rueda en el arcén de tierra.

3) 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).

En opinión del Consejo Jurídico el reclamante sí ha probado la relación de causalidad entre el daño alegado y la denunciada existencia del socavón en la calzada y, por tanto, el título de imputación a la Administración, por cuanto, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones de seguridad para la circulación, según preceptúa 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. Es concluyente la declaración del testigo que vio cómo metió la rueda de la moto en el bache cayendo por encima (folio 151), y en dicho lugar se lo encontraron los policías locales que acudieron.

La cuestión que se suscita en el presente supuesto es si la relación entre el daño y el funcionamiento anormal del servicio público (el bache se encontraba seis meses antes del accidente, según la declaración de los testigos, y sin señalar) es exclusiva o, por el contrario, concurren otras circunstancias imputables al interesado, como sostiene la propuesta de resolución para desestimarla en su totalidad, basándose en el reportaje fotográfico, al afirmar que el bache existente no es suficiente para producir el desequilibrio, sino una conducción insegura del causante por sus propias condiciones (presumiblemente parece referirse a su edad).

Frente a la propuesta de resolución, que acoge una interpretación tradicional de la exclusividad del nexo causal, conviene aclarar que existe otra línea jurisprudencial, hoy mayoritaria, que no exige la exclusividad de la misma y, por tanto, no excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene en la producción del daño, además de ella misma, la propia víctima, como viene a reconocer, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 28 de mayo de 2003.

Sobre la incidencia que la actuación del reclamante pudo tener en la producción del accidente, ciertamente en una primera aproximación, y con fundamento en la propia descripción que realiza él mismo de lo ocurrido (*“tuve que apartarme a escasa distancia de la dirección que seguía, como consecuencia de la circulación de vehículos en ambos sentidos, y la rueda delantera se introdujo en un bache, que estaba en la calzada y que no llegué a ver”*), parece desprenderse que el reclamante había abandonado la carretera, y había introducido la rueda en un socavón al despistarse. Sin embargo, de las fotografías aportadas por él se desprende que el socavón o bache se encontraba en la calzada, y que, como sostiene el testigo conocedor del lugar por su profesión, *“era un metido de la carretera o te metías muy para dentro para poder pasar o te salías por la tierra. Además era profundo. La rueda no tiene más remedio que meterse ahí”*. Si a lo anterior se añade que, de acuerdo con la descripción del accidente, circulaban vehículos en ambos sentidos, el interesado, según relata, se apartó a la derecha introduciendo la rueda delantera en el bache, que se encontraba sin arreglar en aquel momento, de acuerdo con las fotografías, y sin señalar.

Tampoco ha acreditado la Administración que la actuación del reclamante, por conducir a una velocidad inadecuada o por no usar casco (a lo que no se hace mención en el expediente), incidiera en el daño alegado. No obstante, tales circunstancias (exceso de velocidad o incumplimiento de las normas de seguridad) no se infieren de los hechos descritos ni de los daños reclamados, teniendo en cuenta que no se reclaman los materiales (motocicleta), ni por lesiones en la cabeza. Por otra parte, el Jefe de Sección de Conservación de Carreteras analiza en su informe la depresión existente (actual) en ese punto kilométrico para inferir que no es causa suficiente del accidente, pero no determina si el bache o socavón cuando se produjo el accidente, de acuerdo con las fotografías aportadas por el reclamante, podría serlo, y aún así utiliza el término “suficientemente”, lo que no excluye que con otras pruebas complementarias pudiera inferirse. Dichas pruebas se practicaron posteriormente a través de las declaraciones testificales, pese a lo cual la propuesta de resolución alcanza la conclusión de que no es suficiente el bache para producir el desequilibrio, sin valorar el resultado de la testifical.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

El reclamante solicita la cantidad de 2.902,42 euros en concepto de los días de baja impeditiva para sus tareas habituales, a razón de 44,652 euros por día (un total de 65 días) aplicando las cuantías indemnizatorias por accidentes de tráfico correspondientes al año 2003.

Sin embargo, el interesado, de 78 años de edad, no ha acreditado, pese a que le incumbe, cuáles son sus tareas habituales. Por otra parte, aun tomando dichas cantidades como orientativas, sólo podrían considerarse como impeditivos los días de inmovilización con la férula, que se concretan en 35 días (no en 65), de acuerdo con el informe del médico de cabecera aportado por el interesado (doc. núm. cinco), pudiendo considerarse los restantes (30 días), en los que realizó ejercicios de recuperación, como no impeditivos, que serán indemnizados a razón de 24,046 euros diarios.

En consecuencia resultaría una indemnización de 2.284,2 euros, desglosada en los siguientes conceptos:

- 1.562,82 euros por 35 días impeditivos.
- 721,38 euros por 30 días no impeditivos.

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, por cuanto concurren los requisitos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- La indemnización será determinada en la forma establecida en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 157/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a I. L. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 09/10/06

Extracto de Doctrina

Empleados por la Administración los medios disponibles a su alcance según el estado de la ciencia, no puede ampararse el derecho a indemnización en defectos no acreditados del funcionamiento del servicio público.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito que tuvo entrada en la Consejería de Sanidad el 12 de julio de 2005, la interesada expone que fue intervenida el 30 de julio de 2004 de recidiva por una eventración abdominal, siendo diagnosticada, 50 días después, una infección aguda por hepatitis “C” (VHC) la cual, según considera, le fue transmitida en alguna de las numerosas maniobras medico-quirúrgicas de la intervención, aunque no se le trasfundió sangre. Afirma también que no fue informada de riesgo alguno de contagio, y valora el daño en 138.610,5 euros, considerando secuelas y daños morales. Acompaña informe pericial en el que se concluye que, muy probablemente, la causa del contagio fue la intervención quirúrgica y estancia hospitalaria, ya que en su ámbito familiar directo no existen antecedentes de esa patología; según informe de su Centro de Salud no constan antecedentes personales de hepatitis previos a la intervención quirúrgica.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designado órgano instructor fue reclamada la historia clínica de la interesada, el informe de los profesionales que la asistieron y el de la Inspección Médica, que expresan lo siguiente:

- El Jefe de Sección de Cirugía General del Hospital General Universitario refiere el diagnóstico de eventración infraumbilical recidivada, con evolución satisfactoria tras la operación.- La Inspección Médica, en informe de 22 de noviembre de 2005, tras amplias consideraciones, concluye que no hay evidencias de que la cirugía fuese la causa de la hepatitis; el personal sanitario implicado no portaba la infección y las medidas de desinfección y esterilización se certificaron, por lo que no hay fuente de infección relacionada con el quirófano. Durante el ingreso en planta se observaron las precauciones universales de prevención de infecciones nosocomiales; el personal está formado y utiliza procedimientos de actuación protocolizados y el material utilizado es desechable y unidosis. Añade la Inspección que la interesada ha evolucionado espontáneamente a la curación, de tal manera que hoy sólo persisten anticuerpos pero no se detecta el virus, lo cual es relevante a estos efectos, dado que es posible que la interesada mantuviese desde antes una viremia por debajo del nivel detectable en los análisis; añade que existen datos según los cuales en España sólo uno de cada tres afectados por el virus está diagnosticado, de tal manera que un elevado número de personas pueden desconocer que sufren y transmiten la infección. Por ello finaliza proponiendo la desestimación de lo reclamado.

TERCERO.- La compañía de seguros aporta un dictamen médico en el que, en primer lugar, concluye que, conforme a la documentación del expediente, parece claro que la hepatitis no fue transmitida como consecuencia de la cirugía y los profesionales actuantes intervinieron conforme a la *lex artis ad hoc*. Estima que tanto el momento de la infección como su fuente son desconocidos, y razona que no guardan relación con la cirugía practicada, ya que, de una parte, no se practicó transfusión y, de otra, está acreditada la corrección de los controles de esterilidad del material reutilizable, el personal sanitario que intervino era negativo al virus y, finalmente, hasta en un 44 por ciento de los casos permanece desconocido el mecanismo de transmisión de la hepatitis.

CUARTO.- Conferido trámite de audiencia a la reclamante, se reiteró en sus alegaciones y pretensión (3 de mayo de 2006), tras lo cual fue formulada la propuesta de resolución (7 de septiembre de 2006) en el sentido de desestimar la reclamación, al considerar que no existe nexo causal y que, tal como dicen los informes de la Inspección y de la compañía, el personal médico actuó conforme a la *lex artis* y no existe evidencia de que el contagio sea atribuible a la Administración sanitaria, que dispuso a favor de la reclamante los medios que estaban a su alcance para procurar su sanación.

QUINTO.- Confeccionados el extracto de secretaría y demás documentación reglamentaria, con fecha 27 de septiembre de 2006 ha tenido entrada en el Consejo Jurídico la consulta, 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.- Sobre el procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello. En cuanto 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 daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de salud en el que se integra el centro público al que la reclamante señala como causante del daño.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Como en otros casos ha expresado este Consejo Jurídico (Dictamen 4/2005), la determinación del nexo causal entre actuación sanitaria y daño, cuando del contagio de enfermedades infecciosas se trata, presenta numerosas dificultades probatorias que tradicionalmente han exigido acudir a la técnica de las presunciones para poder establecer, razonadamente, que el paciente ha adquirido la enfermedad con ocasión de la actuación médica. Ahora bien, dicha presunción admite prueba en contrario, de modo que únicamente podrá favorecer a quien reclama en el supuesto de que la Administración no la desvirtúe mediante una actividad probatoria suficiente. La inversión del *onus probandi* que aquí se produce, al trasladar a la Administración la carga de probar los hechos que destruyan la presunción, se encuentra amparada por el principio de facilidad probatoria hoy consagrado por el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resulta necesario, pues, analizar las pruebas practicadas por la Administración para concluir, en línea con la propuesta de resolución, la inexistencia de nexo causal. Así, si bien la reclamante presenta alguno de los indicios que permiten presumir el contagio hospitalario, dado que está plenamente acreditado que antes del tratamiento dirigido a la curación de sus dolencias presentaba los marcadores para el virus de la hepatitis C negativos y que, tras la intervención y estancia hospitalaria, pasa a presentar positividad para dichos marcadores, lo cierto es que las pruebas realizadas desvirtúan el enlace preciso y directo entre el contagio y la actuación sanitaria. En primer lugar, a la reclamante no se le practicó transfusión de hemoderivados, lo que reduce ampliamente las posibilidades de ser infectada en la intervención y, en segundo lugar, la asepsia del instrumental empleado en la intervención, así como del personal y de los restantes medios utilizados tanto durante la intervención, como en la estancia hospitalaria, han quedado acreditados según expone la Inspección Médica.

Dice el artículo 141.1, inciso segundo, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. De ahí que, empleados por la Administración los medios disponibles a su alcance según el estado de la ciencia, no puede ampararse el derecho a indemnización en defectos no acreditados del funcionamiento del servicio público. En ese mismo sentido debe

destacarse que el Tribunal Supremo, en Sentencia de de 22 de diciembre de 1997 (dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina) afirmó, y así se ha reiterado con posterioridad, que la infección producida cuando no era conocido el medio de detectar la posible infección, como es el caso, constituye un suceso imprevisto o previsto pero inevitable, calificándose el supuesto como caso de fuerza mayor, que como tal excluye la responsabilidad de la Administración (artículo 139.1 de la Ley 30/1992).

Se afirma en la citada Sentencia que no puede exigirse un resultado o una información que está fuera de las reglas del conocimiento humano. Y de hecho, el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 (según la redacción dada por la Ley 4/1999) corrobora la citada conclusión al señalar que no serán indemnizables los daños que se derivan de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de conocimiento de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos. Tal es el caso sometido a Dictamen, en el que ha quedado acreditado que el servicio público cumplió con las obligaciones existentes (Informe de la Inspección Médica).

En igual sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen 76/2002, de 14 de febrero de dicho año.

Finalmente, la valoración del daño presentada por la interesada ha sido impugnada por el perito de la compañía aseguradora al afirmar que la paciente carece de secuelas, y, además, resulta evidente que se extralimita de los criterios orientadores del baremo para la valoración de daños de carácter personal de la Ley 30/1995.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 158/06.- Proyecto de Decreto por el que se regula la Comisión Antiviolenia en el Deporte de la Región de Murcia.

Consultante : Consejero de Presidencia

Fecha: 16/10/06

Extracto de Doctrina

La erradicación de la violencia en el deporte, en cuanto fin u objeto perseguible por los poderes públicos, engloba una multiplicidad de acciones administrativas, de índole normativa y ejecutiva, que no pueden ser incardinadas en una única competencia, sino que, atendiendo a la específica naturaleza de tales acciones e incluso a la condición de los sujetos a que vayan dirigidas, han de insertarse en un diferente título competencial.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de enero de 2006, el Director General de Deportes de esta Administración regional remitió a la Secretaría General de la Consejería de Presidencia un borrador de Proyecto de Decreto por el que se regula la Comisión Antiviolenia en el Deporte de la Región de Murcia, junto con la siguiente documentación, suscrita por el citado Director General en esa misma fecha, con el objeto de iniciar el procedimiento normativo regulado 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:

-Propuesta de iniciación del procedimiento de elaboración de la referida norma reglamentaria.

-Memoria justificativa de la oportunidad de su promulgación.

-Estudio sobre su incidencia económica.

-Informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el Proyecto de Decreto.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de enero de 2006, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia emitió informe sobre el citado borrador, haciendo una serie de consideraciones de mejora del texto, no sustanciales.

En esa misma fecha se dio traslado del Proyecto a las demás Consejerías para que emitieran informe sobre el mismo, resultando que:

-Las Consejerías de Economía y Hacienda, Trabajo y Política Social, Turismo, Comercio y Consumo, y Sanidad, no formulan objeciones al texto.

-Las Consejerías de Agricultura y Agua y de Industria y Medio Ambiente formulan observaciones al texto para su mejora técnica, de carácter no sustancial.

-Las restantes Consejerías y la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas no presentan alegación alguna.

TERCERO.- El 27 de enero de 2006 se solicitó informe de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma sobre el Proyecto de Decreto, y el 15 de febrero

se le dirigió oficio comunicándole que, al preverse en la Comisión un miembro en su representación, se requería la aceptación de dicha Administración para formar parte de la misma.

En contestación a este requerimiento, el 27 de febrero se recibe oficio de la Delegación del Gobierno, que acepta formar parte de dicha Comisión a través del Secretario General de la Delegación.

CUARTO.- El 28 de febrero de 2006 la Secretaría General de la Consejería de Presidencia remitió a la Dirección General de Deportes los reseñados informes de las Consejerías y de la Delegación del Gobierno, a efectos de redactar un nuevo borrador y realizar el trámite de consulta a los órganos cuyo parecer fuera preceptivo.

QUINTO.- Elaborado un segundo borrador de Proyecto de Decreto, se dió traslado del mismo al Consejo Regional de Cooperación Local, al Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia y al Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia, órganos que informan favorablemente el proyecto remitido, si bien el Consejo Asesor Regional del Deporte sugiere que la Comisión Antiviolenencia cuente en su composición con la presencia de profesionales del ámbito de la sociología y psicología, así como del periodismo.

SEXTO.- La Dirección General de Deportes acoge la anterior sugerencia, y redacta un tercer borrador, en el que incluye como miembros de la Comisión a un periodista, en representación de la Asociación de la Prensa Deportiva, y a un psicólogo.

SÉPTIMO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 8 de junio de 2006, en el que, entre otras consideraciones de mejora del texto, señala que *“con carácter general y teniendo en cuenta que las medidas, tanto de carácter organizativo, como preventivo, como represivo que pudieran adoptarse con el fin de conseguir la erradicación de la violencia en el deporte en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, tienen una íntima conexión con la “seguridad pública”, debe revisarse el texto del decreto al objeto de no reflejar funciones ni competencias de otros órganos (Comisión Nacional contra la Violencia en Espectáculos Deportivos) ya reguladas, sobre todo a la luz de la Sentencia nº 148/2000 del Tribunal Constitucional...”*.

OCTAVO.- El 21 de junio siguiente, el Director General de Deportes remite a la citada Secretaría General un nuevo borrador de Proyecto, acompañado de un informe, de la misma fecha, en el que se analizan las observaciones realizadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, sin referencia a la cuestión competencial apuntada por ésta.

NOVENO.- El 22 de junio de 2006, el Vicesecretario de la Consejería emite su preceptivo informe, favorable a la aprobación del Proyecto de Decreto, previo el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Con la misma fecha, el Consejero de Presidencia autoriza el texto de Proyecto de Decreto, sobre el que se solicita el mencionado Dictamen (f. 121 a 128 del expediente remitido).

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 30 de junio de 2006, la Secretaria General de la Consejería de Presidencia, 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 Proyecto de Decreto que constituye un desarrollo reglamentario del artículo 8 y concordantes de la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (en adelante, LDMU), 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.- Procedimiento.

A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, no cabe realizar objeciones al procedimiento tramitado, sustancialmente ajustado a lo establecido en el artículo 53 de la Ley regional 6/2004 antes citada, habiéndose recabado los informes y consultas preceptivas.

TERCERA.- Contenido del Proyecto.

El Proyecto en cuestión se compone de una Exposición de Motivos, nueve artículos, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final. Los artículos versan sobre el objeto del Proyecto, definición y adscripción orgánica de la Comisión, funciones, composición, mandato, sustitución de vacantes y cese de sus miembros, la Presidencia, la Secretaría y el régimen de funcionamiento. La Disposición Derogatoria deroga la Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Turismo de 6 de junio de 1990, por la que se crea el Comité Asesor para el estudio y prevención de la violencia en las manifestaciones deportivas. La Disposición Final se refiere a la entrada en vigor del Decreto.

Por las razones que se analizarán en la siguiente Consideración, conviene destacar ahora que, a la vista del elenco de funciones atribuidas a la Comisión en el proyectado artículo 3, dicho órgano tiene una naturaleza mixta, consultiva y ejecutiva, como reconoce el informe de la Secretaria General de la Consejería de 26 de enero de 2006, siendo especialmente relevantes, por lo que interesa a efectos de su análisis desde la perspectiva competencial, las funciones ejecutivas recogidas en las letras g) y j) del citado artículo 3, a saber:

“g) Promover las medidas tendentes a impedir la entrada en los espectáculos deportivos de personas que presenten síntomas de encontrarse bajo los efectos de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias similares y a facilitar la realización de las correspondientes pruebas para detectarlo, así como la prohibición de introducir en los espectáculos deportivos, objetos peligrosos o susceptibles de ser utilizados como armas y de símbolos que impliquen una incitación a la violencia. (...)

j) Proponer a las autoridades competentes la incoación de expedientes sancionadores en esta materia”.

CUARTA.- Competencia autonómica y habilitación legal.

I. Consideraciones generales.

El artículo 8 LDMU establece lo siguiente:

“1. Se crea, adscrita a la Consejería competente en materia de deporte, la Comisión Antiviolenencia en el deporte, como órgano encargado de establecer medidas preventivas y de coordinación con todos los agentes implicados, para la erradicación de la violencia en el deporte.

2. Sus competencias, composición, sistema de designación, organización y funcionamiento se determinarán reglamentariamente, teniendo en cuenta en su composición la participación de las entidades deportivas”.

Desde la perspectiva del análisis competencial del Proyecto que ahora interesa (que, como se apuntó en la Consideración precedente, se centra básicamente en el análisis de las funciones que el proyectado artículo 3 pretende atribuir a la Comisión objeto de esta iniciativa reglamentaria), es necesario comenzar realizando algunas observaciones generales sobre los títulos competenciales que pueden válidamente amparar acciones públicas tendentes a la “erradicación de la violencia en el deporte”, que es el objeto asignado a dicha Comisión por el nº 1 del transcrito artículo LDMU, debiendo ser el reglamento al que se refiere su nº 2 (del presente Proyecto) la norma que establezca, en el marco de ese objeto o fin legalmente previsto y siempre dentro de las competencias estatutariamente asumidas por la Comunidad Autónoma, las funciones o “competencias” que pueden ser atribuidas a tal órgano colegiado.

En este sentido, tanto la jurisprudencia constitucional (señaladamente la STC 148/2000, de 1 de junio) como, recientemente, el Dictamen del Consejo de Estado nº 902/2006, de 8 de junio, sobre el Anteproyecto de lo que hoy es ya el Proyecto de Ley contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (publicado en el B.O. Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 8 de septiembre de 2006), ponen de manifiesto que la erradicación de la violencia en el deporte, en cuanto fin u objeto perseguible por los poderes públicos, engloba una multiplicidad de acciones administrativas, de índole normativa y ejecutiva, que no pueden ser incardinadas en una única competencia, sino que, atendiendo a la específica naturaleza de tales acciones e incluso a la condición de los sujetos a que vayan dirigidas, han de insertarse en un diferente título competencial.

Así, lo primero que destaca el citado Dictamen, en línea con lo que ya había apuntado la doctrina, es que las medidas tendentes a la prevención de la violencia dirigidas a los sujetos participantes activamente en el deporte (deportistas, clubes, jueces deportivos, etc.) deben incardinarse en la materia y título competencial sobre deporte y, en concreto, articularse dentro de lo que se denomina “régimen disciplinario” deportivo. Así, en la misma LDMU puede verse un ejemplo de estas medidas en sus artículos 91, d), f) y h) y 92, b) y c), todos ellos preceptos que se dirigen a castigar acciones violentas (o que pueden generar violencia) realizadas por las personas y entidades sujetas a la disciplina deportiva aplicable a las competiciones deportivas autonómicas. En el mismo sentido, el mencionado Proyecto de Ley dedica su Título III al “régimen disciplinario deportivo contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte”, y limita su ámbito de aplicación, de acuerdo con el mencionado Dictamen, a los sujetos vinculados a una federación deportiva mediante una licencia federativa estatal o autonómica habilitada para la participación en competiciones estatales, así como a las entidades deportivas participantes en las mismas.

Sin embargo, el Consejo de Estado, a la luz de la doctrina contenida en la citada STC 148/2000, advierte, en línea con el título competencial invocado al efecto en el Anteproyecto que informaba, que las medidas de prevención y represión de la violencia, racismo, etc. contenidas en el mismo dirigidas al público en general (ya sean espectadores o cualesquiera otros sujetos que pudiesen provocar la violencia, racismo, etc. en el entorno -o con ocasión de- espectáculos deportivos) *“se fundamentan en la competencia exclusiva del Estado sobre la seguridad pública, del artículo 149.1.29ª de la Constitución”*. Y ello por razón de la específica naturaleza y fin de las medidas normativas previstas, cuya conexión con dicho título competencial se considera implícitamente más intensa que la que pueden ofrecer las competencias autonómicas en materia de espectáculos públicos y de deporte. Es por esta razón por la que, ante el carácter exclusivo de la competencia estatal en materia de seguridad (a salvo lo que se dirá seguidamente sobre las funciones ejecutivas autonómicas de dicha normativa por parte de las CCAA con competencia sobre protección de personas y bienes a través de la creación de su propia policía), dicho Órgano Consultivo concluye en la validez constitucional de la aplicación general y obligatoria en todo el territorio nacional del régimen jurídico no disciplinario en materia de prevención de la violencia, el racismo, etc. incluido en el Anteproyecto. Regulación que constituye, sin duda, la principal razón de ser del mismo, en cuanto es en este ámbito general del público donde debe incidir el Estado de un modo más necesario, pues así lo demanda la realidad social de los acontecimientos deportivos. El citado Órgano Consultivo considera, en efecto, que, *“según la doctrina del Tribunal Constitucional, las competencias estatales para la regulación de medidas de prevención y represión de la violencia en los espectáculos deportivos entroncan directamente con el artículo 149.1.29ª de la Constitución relativo a la “seguridad pública”, sin vinculación necesaria con el carácter nacional e internacional de las competencias deportivas celebradas”*. Y ello lo funda el Consejo de Estado en dos grandes consideraciones:

A) Que, al igual que las medidas de prevención de la violencia enjuiciadas por la STC 148/2000 (las contenidas en el impugnado RD 769/1993, de 21 de mayo, de prevención y represión de la violencia en los espectáculos deportivos), las incluidas, con similar tenor, en el Anteproyecto que dictaminaba, no pueden *“incardinarse en la materia <<deportes>>, pues tanto el objeto como la finalidad de sus preceptos no son propios de este título competencial”*. La citada sentencia constitucional llegaba a tal conclusión sobre el mencionado Real Decreto porque éste *“no contiene, en rigor (...) ninguna norma que discipline aquella actividad deportiva, ni tampoco el régimen jurídico general a que deben someterse los clubes, federaciones, ligas u otros entes que constituyen el sustrato material de dicho deporte. Su contenido normativo no se refiere al desarrollo estrictamente deportivo de estas competiciones, ni a regla alguna de tal carácter que deban tener en cuenta los deportistas, Ligas o Federaciones”* (f. j. 4).

B) Por otro lado, y tras examinar el alcance de las medidas proyectadas desde la perspectiva de la competencia autonómica sobre espectáculos públicos, considera el Consejo de Estado que *“a la vista de esta interpretación constitucional, cabe concluir que las medidas adoptadas por el anteproyecto de ley, en cuanto que con ellas se pretende hacer frente a una contingencia o situación de naturaleza extraordinaria -como es la proliferación de las actitudes violentas y, en especial, de los comportamientos racistas en los estadios deportivos-, no quedan comprendidas dentro de las competencias autonómicas sobre policía de espectáculos”*.

Todo lo expuesto condiciona y limita decisivamente las actuaciones que las CCAA pueden desarrollar con el fin de prevenir la violencia en el deporte. Esta limitación es aún más intensa en CCAA que no disponen de competencias en materia de protección de personas y bienes mediante la creación de su propia policía, como es el caso de la Región de Murcia, pues los citados Dictámenes, Anteproyecto y Proyecto de Ley (Disposición Adicional Octava), acogiendo la jurisprudencia constitucional sobre la incidencia de este título autonómico en el estatal sobre seguridad, reconocen a las CCAA que tengan asumida dicha competencia unas determinadas facultades de aplicación de las normas estatales que, como es el caso del indicado Proyecto de Ley, se dictan en materia de seguridad pública (vid. en este sentido la STC 175/1999, de 30 de septiembre, citada al efecto por la 148/2000 de referencia, y otras posteriores, como la 154/2005); función ejecutiva autonómica cuyo alcance no es preciso analizar aquí, dada la carencia de tal competencia por nuestra Comunidad.

Sí ha de señalarse, en cambio, que el mencionado Dictamen del Consejo de Estado, a la vista de las funciones que el Anteproyecto asignaba a la Comisión Nacional contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte (similares a las asignadas a la actual Comisión Nacional contra la Violencia en Espectáculos Deportivos por la Ley estatal 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte), consideró que *“este órgano colegiado se encargará de la formulación y realización de una serie de políticas contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia, que son, en el fondo, políticas de seguridad pública, lo que, en principio, hubiera justificado la cita del artículo 149.1.29.ª de la Constitución, que fue precisamente el título competencial invocado por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, en relación con la Comisión Nacional contra la Violencia de Espectáculos Deportivos. Sin embargo, el anteproyecto de Ley persigue, con un criterio correcto, la distinción entre las medidas de prevención y represión de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en los espectáculos deportivos -aplicables a cualesquiera competiciones deportivas, no solo de ámbito estatal, al amparo del artículo 149.1.29.ª de la Constitución- y la organización administrativa creada al efecto -que se integra por la mencionada Comisión Nacional, en relación con el deporte federado estatal, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias deportivas estatutariamente asumidas, puedan crear instituciones similares en su ámbito propio, como han hecho muchas de ellas-”*.

La referencia del Consejo de Estado a la calificación de varias de las funciones de dicha Comisión como integrantes de políticas *“de seguridad pública”* (a pesar de que, como se ha dicho, se le hubieran asignado también funciones incardinables en la competencia sobre deporte federado estatal, como las relativas a medidas disciplinarias contra la violencia, el racismo, etc.), motivó que el posterior Proyecto de Ley modificara el ámbito de actuación de la citada Comisión, ya no limitado *“in totum”* al deporte estatal, pues respecto a sus funciones en materia de *“seguridad pública”* el régimen jurídico ha de ser el mismo que el del resto de prescripciones normativas del Proyecto incardinables en este título, esto es, el que se deriva de la competencia exclusiva estatal, sin perjuicio de las aludidas facultades ejecutivas que correspondan a las CCAA con competencia en materia de protección de personas y bienes. Ello explica que el artículo 20.3, e) del Proyecto, tras el elenco de funciones asignadas a dicha Comisión, le atribuya también la de *“establecer mecanismos de colaboración y de cooperación con las Comunidades Autónomas para la ejecución de las medidas previstas en los apartados anteriores cuando fueran competencia de las mismas”*; inciso este último que alude, entre otros

supuestos, al caso de que la ejecución de algunas de las funciones (“medidas”) asignadas a dicha Comisión en materia de seguridad pública deban ser realizadas por las CCAA que hayan asumido la mencionada competencia sobre protección de personas y bienes (salvo aquellas funciones que, conforme con los criterios constitucionales sobre el alcance de esta competencia autonómica, deban seguir quedando en manos del Estado a través de dicha Comisión). En el mismo sentido expuesto se pronuncia la Disposición Adicional Octava del Proyecto.

De lo razonado se extraen dos consideraciones que condicionan decisivamente el alcance de las facultades que hoy pueden atribuirse a la Comisión objeto del Proyecto que dictaminamos:

a) Por un lado, cabe atribuirle funciones, ya consultivas o ejecutivas, en lo relativo a medidas disciplinarias deportivas dirigidas a la prevención de la violencia en el deporte -en las competiciones deportivas de competencia regional, para ser más precisos-. Así se hace, de modo específico, en las letras e) y f) del proyectado artículo 3, si bien podrían ampliarse a algunas otras que, en este campo, asigna el indicado Proyecto de Ley -para el ámbito deportivo estatal- a la Comisión Nacional contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte. Así, el artículo 20, c), 2º de dicho Proyecto le atribuye la facultad de *“interponer recurso ante el Comité Español de Disciplina Deportiva contra los actos dictados en cualquier instancia por las federaciones deportivas en la aplicación del régimen disciplinario previsto en esta Ley, cuando considere que aquéllos no se ajustan al régimen de sanciones establecido”*. O las facultades que se le atribuyen en los números 3º y 4º del citado precepto para instar a las federaciones deportivas españolas y ligas profesionales a que recojan en sus estatutos las normas disciplinarias establecidas por dicha Ley y supriman de éstos las normas que impliquen discriminación en la práctica deportiva por razón de su nacionalidad u origen.

b) Por otro lado, no resulta posible atribuir a la Comisión que nos ocupa funciones que deban incardinarse, conforme con los criterios expuestos, en lo que el Consejo de Estado denomina *“políticas de seguridad pública”*.

II. Consideraciones particulares.

Aplicado lo anterior al elenco de funciones que pretende asignar a la Comisión Antiviolenencia el proyectado artículo 3, se advierte que hay algunas sobre las que no cabe duda de su inserción en el título de seguridad pública, como las recogidas en las letras g) y h), y otras de las que cabe admitir su validez siempre que se interpreten como proyectadas o limitadas exclusivamente al marco de la disciplina deportiva de competencia regional.

A este respecto, no puede desconocerse que la principal razón de ser de este tipo de órganos colegiados es la de servir de instrumentos para la erradicación de la violencia en los espectáculos deportivos desde la perspectiva del público, es decir, desde la que es propia de un título competencial, el de seguridad pública, en el que nuestra Comunidad carece de competencia alguna. Resulta lógico pensar, por tanto, que cuando la Administración regional esté habilitada para el ejercicio de funciones policiales, preventivas y/o represivas, en estas materias de seguridad pública, esta Comisión adquirirá su mayor operatividad coordinadora, y será entonces cuando se justificará plenamente la presencia en la misma de algunos miembros (el representante autonómico en materia de protección civil y el representante de la Administración del Estado, señaladamente) que, hoy, no resultan del todo necesarios, al tener que

limitarse las funciones de esta Comisión a las de prevención de la violencia a través de la disciplina deportiva.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el funcionamiento de la Comisión de que se trata resulta jurídicamente viable, con las importantes limitaciones funcionales expuestas, que se traducen en la necesidad de realizar las siguientes modificaciones en el contenido del Proyecto:

1. En la Exposición de Motivos, tras el quinto párrafo, debe incluirse una somera consideración sobre la incardinación en el título estatal de seguridad pública de las medidas contra la violencia en el deporte dirigidas al público en general, frente a la inserción en el título competencial relativo al deporte de las que, con este fin, vayan dirigidas a los sujetos a los que resulta aplicable el régimen disciplinario deportivo, y destacar asimismo que, en este momento, la Comunidad Autónoma carece de competencias en materia de protección de personas y bienes a través de la creación de su propia policía de seguridad pública, por lo que carece de toda competencia en materia de medidas de prevención o represión de la violencia en el deporte dirigidas al público en general, advirtiendo que tal circunstancia impone considerar que las medidas preventivas y de coordinación a que se refiere el artículo 8.1 LDMU sólo pueden referirse hoy al ámbito de la disciplina deportiva.

2. En el artículo 2.1, debería precisarse: “...*para la erradicación de la violencia en el deporte, en el ámbito de las competencias sobre disciplina deportiva que corresponden a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*”, o expresión similar.

3. En el artículo 3, en su primer párrafo, debería precisarse: “*En el ámbito competencial expresado en el artículo 2.1, las funciones de la Comisión Antiviolenencia...*”, o similar.

Por otra parte, deben suprimirse las funciones recogidas en sus letras g) y h), pues se refieren a medidas que, por su naturaleza, son de estricta seguridad pública, es decir, sin una conexión suficiente con el régimen disciplinario deportivo, pues sus destinatarios son el público en general (en concreto, la prohibición de entrada de espectadores bajo los efectos del alcohol o estupefacientes, realización de pruebas para su detección, prohibición de introducir armas o símbolos que inciten a la violencia y sobre información de acontecimientos deportivos declarados de alto riesgo).

Por lo que se refiere al apartado j), y conforme con lo razonado, debería precisarse: “...*autoridades competentes en materia de disciplina deportiva la incoación de expedientes sancionadores en esta materia*”. Además, podría aumentarse el elenco funcional de la Comisión que nos ocupa, para el ámbito autonómico, con las facultades sobre disciplina deportiva asignadas a la Comisión Nacional por el Proyecto de Ley comentado y a las que en su momento se hizo referencia.

Una cuestión distinta es que las funciones atribuidas a la Comisión deben deslindarse suficientemente de las reconocidas al Consejo Asesor regulado en el artículo 7 de la Ley del Deporte. En particular, la recogida en el artículo 3, e) del Proyecto puede entenderse que invade las de aquél, dado el alcance tan general de su formulación. Un correcto ajuste de la norma reglamentaria a la legal requiere acomodar aquélla a ésta.

QUINTA.- Otras observaciones sobre el contenido del Proyecto.

Para la mejora técnica del Proyecto, deberían introducirse las siguientes correcciones:

-Artículo 2.

Para ser comprensivo de su contenido, debería completarse su rúbrica: “*Definición y adscripción orgánica*”.

-Artículo 4.2.

Debería especificarse que los miembros de la Comisión que deben ser expresa y formalmente nombrados por Orden del Consejero competente en materia de deportes, y su consiguiente publicación en el BORM, son los miembros no natos de la Comisión, pues los que lo son por razón de su titularidad en un cargo público, como el propio Consejero (Presidente de la Comisión) y los Directores Generales competentes en materia de Deportes (Vicepresidente), Protección Civil y Administración Local (Vocales), no necesitan de tal nombramiento ni de su publicación (en el caso del Consejero ello es incluso ilógico, pues tendría que nombrarse a sí mismo).

-Artículo 5.

Para ser comprensivo de su contenido y ajustarse a la terminología empleada en el artículo 17 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debería modificarse su rúbrica y su número 2, para expresar, en la primera: “*Mandato de los miembros de la Comisión y suplencia del Presidente*”, y en el segundo: “*...será suplida por...*”.

-Disposición Derogatoria.

Debe citarse íntegra la Orden que se deroga, para hacer referencia a la Consejería que la aprobó.

-Disposición Final.

En su rúbrica debe suprimirse el plural (“*Finales*”), pues se trata de una única Disposición Final.

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 consulta, salvo en los extremos a que se refiere la Consideración Cuarta, II del presente Dictamen en relación con sus artículos 2.1; 3, primer párrafo y letras g), h) y j), debiendo asimismo completarse la Exposición de Motivos en el sentido expresado en dicha Consideración.

SEGUNDA.- Para la mejora técnica del Proyecto, deberían introducirse las correcciones o precisiones indicadas en la Consideración Quinta en relación con sus artículos 2; 4.2; 5, y Disposiciones Derogatoria y Final

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 159/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. D. F. C., en nombre y representación de su hija menor de edad N. F. G., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 16/10/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 160/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 16/10/06

Extracto de Doctrina

Para poder derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria es preciso determinar si ha quedado acreditado en el expediente que la lesión o el daño alegado (infección de la hepatitis C) se ha producido como consecuencia de la prestación del servicio público sanitario, y si existe la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y la inoculación del virus. En esta línea, como ya ha hecho este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes, cabe recordar que, de acuerdo con las reglas generales contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la que particularmente prevé el artículo 6.1 RRP, la acreditación de este requisito incumbe a los interesados, correspondiendo a la Administración un papel de colaboración activa y el desarrollo de los actos de instrucción precisos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 18 de julio de 2003, D. P. A. G.-V. E., Abogado, formula, en nombre y representación de D. J. A. G., reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS) por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios de él dependientes.

Relata el reclamante que el 10 de julio de 2002 fue intervenido en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia (HUVA) de herniorrafia inguinal. La analítica que se le practica el día 30 de mayo de 2002, dentro del estudio preoperatorio, es negativa respecto al virus de la hepatitis C (VHC). El día 26 de agosto de 2002 el paciente acude de nuevo al HUVA donde una nueva analítica arroja resultado positivo al VHC.

De lo expuesto, y dado que antes de la intervención quirúrgica a la que fue sometido no presentaba el virus de la hepatitis C, contrayendo con posterioridad la referida enfermedad, considera que se da una inequívoca relación de causalidad entre ésta y el funcionamiento del servicio sanitario, concretando el riesgo de transmisión nosocomial (ya que no fue transfundido) en las exploraciones médicas invasoras o en las intervenciones quirúrgicas *“siempre y cuando no se hayan respetado de manera estricta las reglas de higiene y esterilización”*.

Como consecuencia del deficiente funcionamiento que se imputa al servicio público sanitario, el reclamante afirma haber sufrido un claro perjuicio derivado de inoculación de dicha infección, lo que le supone un cambio en los hábitos higiénicos y vitales, así como padecer el riesgo inherente de progresión o manifestación de la enfermedad, con el aumento de la incidencia de cirrosis y hepatocarcinoma, a lo que habría que añadir el vivir con la angustia que supone el saber que se es portador de una enfermedad que precisa controles periódicos, que se puede desarrollar en cualquier momento y producir la muerte. Finaliza solicitando, por el mero hecho del contagio del VHC, una indemnización de 60.000 euros, sin perjuicio de reclamar, en su caso, por los daños que pudieran producirse en un eventual desarrollo de la enfermedad.

Acompaña su reclamación de diversos informes y analíticas que muestran la positividad del paciente a las pruebas serológicas y genómicas de detección del virus de la hepatitis C, con posterioridad a la intervención quirúrgica a la que fue sometido.

SEGUNDO.- Por resolución del Director Gerente del SMS de 23 de octubre de 2003 se admite a trámite la reclamación, encomendando la instrucción del procedimiento al Servicio de Régimen Jurídico del citado Ente.

Por la instructora se procede a:

- a) Comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.
- b) Solicitar al Director Gerente del HUVA la remisión de la historia clínica del reclamante, así como informe de los profesionales que lo asistieron.
- c) Comunicar a la representante de los reclamantes la información indicada 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 (LPAC).
- d) Comunicar la reclamación a la Compañía Aseguradora del SMS.

TERCERO.- Mediante escrito fechado el 30 de enero de 2004, la instructora reitera al Director Gerente del HUVA el envío de la documentación solicitada, lo que finalmente se cumplimenta mediante escrito con registro de salida del día 5 de julio de 2004, al que se adjunta la historia clínica del reclamante e informe de la Dra. G. S., del Servicio de Aparato Digestivo del referido Hospital.

Del contenido de la historia clínica destaca, en síntesis y a los efectos que nos ocupa, lo siguiente:

1. Analítica correspondiente al día 30 de mayo de 2002, negativa de VHC.
2. Protocolo quirúrgico de la intervención a la que fue sometido el 10 de julio de 2002, en el que no aparece reflejada incidencia alguna.
3. Informe clínico de alta fechado el 13 de julio de 2002, en el que, entre otros datos, se reflejan los siguientes: “Resultados de las exploraciones complementarias.- Analítica: Normal”.
4. Análíticas realizadas los días 26 de agosto y 2 de septiembre de 2002 en las que los parámetros correspondientes a las enzimas GOT y GPT aparecen elevados, con determinación serológica positiva para VHC.
5. Ecografía de hígado de 26 de agosto de 2002, en la que se recoge como conclusión “hepatomegalia homogénea”.
6. Analítica correspondiente al día 2 de octubre de 2002 en la que dichos parámetros son 28 U/L para la enzima GOT y 39 U/L para la enzima GPT.
7. Test confirmatorio de Hepatitis C fechado el 2 de octubre de 2002.
8. Ecografía de hígado de 16 octubre de 2002, en la que se recoge como conclusión “examen con mínimos cambios de hígado”.

La Dra. G. S., facultativa adjunta del Servicio de Aparato Digestivo del HUCA emite informe del siguiente tenor literal:

“PRIMERO.- El período transcurrido entre la intervención quirúrgica y la presentación clínica de la hepatitis aguda, corresponde al periodo de incubación de la hepatitis por virus C, por lo que es altamente probable que el contagio se produjera en esa fecha. Sin embargo, no lo podemos asegurar puesto que no disponemos de analíticas previas del virus C que puede cursar con transaminasas normales y reactivarse en un momento determinado.

SEGUNDO.- Al paciente no se le realizaron transfusiones sanguíneas, por lo que esta vía de transmisión está descartada. La transmisión desde personal sanitario infectado es baja, la probabilidad es en torno a un 2 %, lo que se daría en el supuesto de que hubiese existido un accidente durante el curso de la intervención, lo cual no figura en la historia clínica”.

CUARTO.- A la vista del informe emitido por la Dra. G. S., la instructora dirige oficio al Centro Regional de Hemodonación a fin de que informe sobre una serie de cuestiones. Requerimiento que fue cumplimentado el día 10 de septiembre de 2004, con el siguiente resultado:

“1.- Posibilidades de contagio de hepatitis C en una intervención quirúrgica en la que no ha recibido transfusión sanguínea.

Las posibilidades de sufrir contagio del virus de la hepatitis C en las condiciones indicadas son excepcionales, basta comprobar la ausencia de la complicación en los pacientes que se ven sometidos a diferentes intervenciones quirúrgicas.

2.- *Circunstancias que tienen que concurrir para que se produzca dicho contagio.*

La utilización de material portador del virus de la hepatitis C en la zona quirúrgica o inocular por vía parenteral al paciente del virus.

3.- *Periodo de incubación de la hepatitis C y si éste se corresponde en el caso que se trata.*

a) El periodo de incubación de la hepatitis C es muy variable, pero se acepta de forma general entre uno y dos meses.

4.- Posibilidades de que el paciente tuviese el virus antes de la intervención quirúrgica en que presuntamente se contagió, y si es así, por qué en el análisis previo a la intervención el resultado de enzimas era GOT: 18 y GPT: 18 u/l.

a) Cerca del 1,5% de la población española es portadora de anticuerpos contra el virus de la hepatitis C.

b) La hepatitis C suele cursar a brotes, con periodos de tiempo donde las cifras de transaminasas son rigurosamente normales”.

QUINTO.- Solicitado, mediante escrito fechado el 29 de septiembre de 2004, informe a la Inspección Médica, se evacua el 28 de noviembre de 2005 en el que, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica del reclamante, incorpora una serie de datos adicionales y describe las actuaciones practicadas:

“ACTUACIONES REALIZADAS. Se solicitan desde la inspección informes suplementarios al Hospital Virgen de la Arrixaca:

- Informe del Servicio de Salud Laboral o equivalente sobre la activación de alerta de pinchazo accidental en las fechas correspondientes al ingreso citado.

- Informe sobre los controles de limpieza del quirófano utilizado en la intervención, esterilización del material utilizado en la misma y del material utilizado en los diversos procedimientos a los que el paciente fue sometido en ese Centro.

- Informe sobre la situación serológica en relación al Virus de la hepatitis C del personal sanitario que intervino en el procedimiento quirúrgico.

- Identificación de las personas sometidas a cirugía el mismo día que el paciente y en el mismo quirófano, orden en que fueron intervenidas y procesos por los que ingresaron, o en su defecto, informe sobre su situación serológica en relación al Virus de la hepatitis C.

- Identificación de la persona o personas que compartieron habitación con el paciente durante el tiempo de ingreso citado o en su defecto informe sobre su situación serológica en relación al Virus de la hepatitis C.

- Relación del personal sanitario que desde el día 10 al 13 de julio de 2002 asistió al paciente durante su estancia en hospitalización o en su defecto informe sobre su situación serológica en relación al Virus de la hepatitis C.

- Informe de cualesquiera incidente en los que se viera implicada la persona descrita, y en concreto el aportado por el equipo quirúrgico durante la intervención, y sobre administración de productos sanguíneos o tratamientos potencialmente hepatotóxicos, fracciones de medicación intravenosa o subcutánea etc.

- De la Subdirección Médica de Admisión, Hospital Virgen de la Arrixaca, informan sobre el ingreso del paciente: *Le comunicamos que según consta en nuestra base de datos, durante la estancia de este paciente en la habitación 338-2 ha sido compartida con los pacientes: ABG, MAF, MFN de los que aportan identificación y copia del informe clínico de alta en la misma fecha que la investigada. En el libro de registro quirúrgico del día 10 de julio de 2002, del Quirófano U1, proporcionan listado de pacientes intervenidos, Servicio, hora de inicio y fin de la intervención, diagnóstico, y procedimiento utilizado.*

- Informe del Dr. B., Servicio de Medicina Preventiva, Hospital Virgen de la Arrixaca: *“No se registraron accidentes biológicos por pinchazos los días 10, 11, 12 o 13 de julio de 2002, según consta en el Servicio de Riesgos Laborales, supervisado durante esas fechas por el Servicio de Medicina Preventiva. Durante las fechas indicadas no se registraron incidencias negativas en cuanto a limpieza de los quirófanos, ni en la esterilización y desinfección del material e instrumental, en ningún procedimiento quirúrgico. En relación a la situación serológica del virus de la hepatitis C de los trabajadores sanitarios. En este y en cualquier hospital es difícil conocer la serología de todos los trabajadores, por falta de normativas que lo exijan; y por los periodos ventana en la evolución serológica post accidente biológico, esto es, la serología es negativa en los infectados varias semanas después del contagio. La tendencia actual es permitirles que realicen Procedimientos Invasivos, siempre que adopten las medidas universales de prevención”.*

- Reiteramos la solicitud de los informes sobre el estado serológico del personal sanitario respecto al VHC.

- Comunicación con el Dr. L., del Centro de Salud La Alberca, actualmente médico de cabecera del paciente.

- Comunicación con la Dra. G., que revisa al paciente en la Consulta externa de Digestivo del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca.

- Informe de la Dra. Ll., Coordinadora del Servicio de Prevención, HUVA, de 13 de diciembre de 2005: *“... le comunico que se ha realizado investigación del estado serológico frente al virus de la hepatitis en el personal que intervino en la herniorrafia del 10 de julio de 2002 en la persona JAG, siendo en seis de los casos la serología negativa frente al virus de la hepatitis C. En uno de los trabajadores hemos detectado positividad serológica frente a este virus, pero presenta un genotipo 3a, muy diferente al encontrado en el paciente, lo que le descarta como fuente de infección.”*

- Tras identificación por la Unidad de Gestión de Riesgos Sanitarios del HUVA del personal que intervino en la intervención quirúrgica, solicitamos personalmente en el Servicio de Microbiología los resultados de la genotipificación del VHC del reclamante y de la fuente sospechosa, siendo el primero, según estudio realizado en septiembre de 2005, 1b y el segundo, JFRB, según estudio realizado en noviembre de 2005, 3a. Ambas copias de los resultados se unen al expediente”.

Finaliza la Inspectora su informe con el siguiente juicio crítico:

“Se reclama por un hecho presuntamente acaecido en el curso de una intervención quirúrgica.

Supuestamente se produjo una infección nosocomial por VHC durante una herniorrafia, por lo que se han investigado las posibilidades de que algún miembro del personal sanitario que tomó parte en la intervención fuese la fuente de infección de hepatitis C del reclamante.

Se realizó el estudio serológico de todos los que intervinieron en el acto quirúrgico mencionado.

Los resultados son concluyentes mostrando que, aunque uno de los participantes era VHC positivo, no fue la fuente de infección ya que la genotipificación del virus era 3a.

El reclamante, pese a no tener en algunos controles previos carga viral suficiente para la genotipificación, sí presentó en septiembre de 2005 47052 UI/ml (15-69x10E6) de ARN y el genotipo era 1b”.

Concluye proponiendo la desestimación de la reclamación al no concurrir las circunstancias que pudieran avalar el intercambio de fluidos o productos sanguíneos durante la estancia del paciente en el hospital.

SEXTO.- Mediante Providencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Juzgado nº 2 de lo Contencioso-Administrativo de Murcia se reclama al SMS copia del expediente correspondiente al interesado, al haberse anunciado por éste interposición de recurso contencioso administrativo contra la denegación por silencio administrativo de su reclamación.

SÉPTIMO.- La aseguradora del SMS presenta informe colegiado de cuatro facultativos especialistas en Medicina Interna, en el que tras efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen afirmando lo siguiente:

1. D. J. A. G. fue intervenido de herniorrafia inguinal el 10 de julio de 2002.

2. Al mes de dicha intervención presentó un cuadro de hepatitis aguda icterica, comprobándose la positividad de la serología frente al VHC.

3. No se puede establecer el mecanismo del contagio, pero de la documentación aportada parece claro que no es la cirugía practicada al paciente, pues el material quirúrgico se encontraba correctamente esterilizado, no se le transfundió sangre, no existieron incidencias durante la cirugía, y el único profesional interviniente que se comprobó que estaba infectado por el VHC con posterioridad a la reclamación (y por tanto sin poder determinar si lo estaba en el momento de la cirugía), lo estaba por un genotipo del virus distinto al del paciente, por lo que no puede ser la fuente del contagio.

4. En cuanto al momento de dicho contagio tampoco se puede establecer con precisión dada la importante variabilidad del período de incubación de esta enfermedad.

5. El paciente ha evolucionado a una infección crónica por el VHC, desconociendo cuál es la situación actual del paciente en relación a la misma.

6. Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”.

OCTAVO.- Con fecha 7 de abril de 2006 se notifica a la representación letrada del reclamante y a la compañía aseguradora del SMS la apertura del trámite de audiencia, sin que ninguna de las partes formulara alegación alguna.

NOVENO.- El 14 de julio de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no considerar acreditada la relación causal entre la actuación administrativa y el daño alegado.

Tras incorporar un extracto de secretaría y un índice de documentos, se ha remitido el expediente a este Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el pasado 26 de julio.

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.

El Sr. A., en su condición de posible víctima de contagio del VHC, como consecuencia de la asistencia médica recibida en un hospital dependiente de la Administración, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación 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 lo que respecta a la representación, al venir la reclamación acompañada de escritura de poder otorgada a favor, entre otros, del Letrado que interpone la reclamación, se ha de entender cumplido el tenor del 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.

Según el artículo 142.5 LPAC, en caso de daños a las personas, sean de carácter físico o psíquico, el plazo para reclamar empezará a computarse desde la curación o la determinación de las secuelas. Y en relación con el contagio de la hepatitis C, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (por todas, la sentencia de la Sala 3ª, de 6 de noviembre de 2001) que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto, como recoge la citada sentencia: “*Se afirma que la hepatitis C es una enfermedad crónica cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están indeterminadas en el caso concreto, por lo que se está claramente ante un supuesto de daño continuado y por tanto el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas*”.

Centrándonos en las actuaciones del reclamante, éste no ha podido concretar los daños y el alcance de las secuelas, pues como se ha indicado anteriormente se trata de

daños continuados que no han sido evaluados de forma definitiva. En consecuencia, el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto, determinación que no se ha concretado en la presente reclamación.

No desvirtúa la anterior conclusión la posibilidad de que la Administración pueda pronunciarse sobre los daños hasta ese momento producidos, puesto que, aunque se trata de daños continuados, nada obsta a que en un momento determinado se reclamen los daños habidos hasta ese instante, sin que ello conlleve la renuncia, salvo manifestación expresa en contrario, a reclamar los que se produzcan en el futuro. Pero en el presente supuesto lo único que se ha acreditado es la existencia en el reclamante de anticuerpos de hepatitis C positivos, sin que, al parecer, según se desprende la historia clínica, el paciente haya desarrollado la enfermedad o se le haya manifestado alguna de las posibles derivaciones o consecuencias de ella. En este sentido, el reclamante únicamente afirma que se ha visto obligado a cambiar los hábitos vitales e higiénicos, además de soportar la angustia que supone saber que en cualquier momento puede desarrollar la enfermedad que puede causarle, en caso extremo, la muerte.

Respecto a la tramitación del procedimiento, cabe poner de manifiesto que se ha rebasado ampliamente el plazo para la resolución de la reclamación (artículo 13.3 RRP), advirtiéndose asimismo numerosos incumplimientos de los plazos parciales establecidos reglamentariamente para la cumplimentación de los diversos trámites y actos de instrucción. Así destaca, por un lado, la tardanza de la Dirección Gerencial del HUVA en enviar la historia clínica del paciente (9 meses), demora totalmente injustificada si se tiene en cuenta el escaso esfuerzo que supone fotocopiar y foliar una documentación que consta archivada en las dependencias del Hospital. Por otro, también ha de considerarse desproporcionado el tiempo empleado por la Inspección Médica para evacuar su informe (15 meses), plazo exorbitado aun teniendo en cuenta las múltiples actuaciones (complementarias en muchos casos de la instrucción) desplegadas por la Inspectora actuante. Conviene aquí hacer referencia a la Doctrina de este Consejo contenida en diversos Dictámenes (por todos, el núm. 137/2004, cuyas consideraciones se dan aquí por reproducidas), 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.

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos de 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. 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.

Es esencial en el presente caso, para poder derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, determinar si ha quedado acreditado en el expediente que la lesión o el daño alegado (infección de la hepatitis C) se ha producido como consecuencia de la prestación del servicio público sanitario, y si existe la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y la inoculación del virus.

En esta línea, como ya ha hecho este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes, cabe recordar que, de acuerdo con las reglas generales contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la que particularmente prevé el artículo 6.1 RRP, la acreditación de este requisito incumbe a los interesados, correspondiendo a la Administración un papel de colaboración activa y el desarrollo de los actos de instrucción precisos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

Para el reclamante la causa del daño se encuentra en el hecho de que la asistencia sanitaria que se le prestó en el HUVA no fue ajustada a la *lex artis*, porque acreditado en las pruebas preoperatorias que las cifras de transaminasas eran normales, y que transcurrido un mes desde la intervención quirúrgica se habían disparado estrepitosamente, de modo que el estudio serológico que se le efectuó dio positivo al VHC, es obvio, según el interesado, que durante la estancia hospitalaria le fue inoculado dicho virus, invocando como causa de dicha circunstancia (al no habersele transfundido sangre) un contagio hospitalario que concreta en el riesgo de transmisión nosocomial derivado de las exploraciones médicas invasoras o de las intervenciones quirúrgicas que pudieron practicarse sin respeto a las reglas de higiene y esterilización.

Sin embargo, esta hipótesis no ha sido objeto de prueba alguna por parte del reclamante a lo largo de la tramitación del procedimiento, ni puede imputarse *per se* a la Administración, como pretende aquél, la responsabilidad patrimonial por un hecho que no ha sido objeto del más mínimo esfuerzo probatorio.

Ante esta inactividad probatoria del reclamante, la Administración ha agotado los medios probatorios a su alcance, de modo que todas y cada una de las causas que pueden, desde un punto de vista científico-médico, considerarse como adecuadas para desencadenar una infección del VHC (todas ellas, por cierto, fijadas gracias a la labor instructora de la Administración) han quedado descartadas de modo indubitado en el presente procedimiento. Según informe del Centro Regional de Hemodonación (folio 79), las posibilidades de sufrir contagio del virus de la hepatitis C en una intervención quirúrgica cuando no se ha realizado transfusión sanguínea, son excepcionales y se concretan en la utilización de material portador del virus en la zona quirúrgica o inoculación por vía parenteral al paciente. Pues bien, todas y cada una de estas circunstancias han sido objeto de análisis probatorio con un resultado negativo al cien por cien. Así, el examen de

las historias clínicas de los pacientes que compartieron quirófano y habitación con el reclamante no han merecido a la Inspección Médica consideración alguna en orden a su posible calificación como fuente del contagio; no se registraron accidentes biológicos por pinchazos los días 10, 11, 12 o 13 de julio de 2002, según consta en el Servicios de Riesgos Laborales del HUVA; durante esas fechas no se registraron incidencias negativas en cuanto a la limpieza de los quirófanos, ni en la esterilización y desinfección del material e instrumental, en ningún procedimiento quirúrgico (folio 120), y, finalmente, en relación con la situación serológica del virus de la hepatitis C de los trabajadores que atendieron al Sr. A., los análisis efectuados arrojan un resultado negativo en seis de los casos contemplados y positivo en uno solo de ellos, pero presentaba un genotipo 3a (folios 125 y 126) muy distinto al del reclamante, 1b (folio 127).

En suma, con la documentación clínica obrante en el expediente no queda acreditado que la hepatopatía que sufre el reclamante haya sido causada como consecuencia de mala praxis médica, ni que haya sido contraída por un agente patógeno existente en el recinto hospitalario en el que fue atendido, ni tampoco se ha demostrado que se debiera a contagio del personal sanitario que lo atendió, o de los pacientes con los que convivió durante su estancia en el HUVA; muy al contrario, las únicas pruebas practicadas han descartado todas estas posibilidades como origen de la dolencia alegada.

De todo lo anterior cabe concluir que no existen elementos que permitan tener por acreditado el nexo causal que es requisito sustancial y determinante para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que 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 dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al no haberse acreditado en el expediente remitido la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 161/06.- Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2007.

Consultante : Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 23/10/06

Extracto de Doctrina

Para delimitar el ámbito dentro del cual debe moverse necesariamente la inclusión de las materias que no constituyen el núcleo esencial mínimo e indisponible de las leyes de Presupuestos, el Tribunal ha establecido dos condiciones: la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexa en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según lo preceptuado por la Orden de la Consejera de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2006 (BORM de 26 de junio), de elaboración de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2007, la Directora General de Presupuestos y Finanzas ofició a las distintas Consejerías para que comunicasen la información de su competencia que debiera figurar en el texto articulado del Anteproyecto y formularasen, de considerarlo oportuno, propuestas de nuevos textos a incluir, figurando las remitidas por el Interventor General (21-9-06), el Director General de Tributos (22-9 y 11-10-06), el Director General de la Función Pública (6-10-06), la Consejería de Presidencia (26-7-06), la Consejería de Sanidad (27-9, 9-10 y 10-10-06), la Consejería de Industria y Medio Ambiente (29-9 y 11-10-06), la Consejería de Agricultura y Agua (4-10-06) y la Consejería de Educación y Cultura (21-7, 26-9-y 17-10-06); también formularon propuestas la Secretaria Autonómica de Acción Social y el Rector de la Universidad Politécnica de Cartagena. Producto de ello, y de las aportaciones de la propia Consejería impulsora, se elabora el texto articulado del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región de Murcia para el año 2007.

SEGUNDO.- En la instrucción del procedimiento constan las siguientes actuaciones:

a) Memoria de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, justificativa de las modificaciones a introducir en el Anteproyecto respecto al contenido del texto vigente en el ejercicio 2006 (16-10-06).

b) Informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General, favorable a la redacción propuesta (17-10-06).

c) Informe del Vicesecretario (17-10-06).d) Informe de impacto por razón de género (16-10-06).

TERCERO.- El 20 de octubre de 2006 el Consejo de Gobierno acordó, a propuesta de la Consejera de Economía y Hacienda, 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 ese mismo día.

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 LCJ, 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.

SEGUNDA.- Contenido del Anteproyecto sometido a consulta. Procedimiento.

1) El Anteproyecto de Ley que se somete al Dictamen de este Consejo Jurídico presenta unas connotaciones constitucionales desde las que debe enfocarse su análisis, tal como venimos exponiendo desde el Dictamen 38/98 siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida también por otros órganos consultivos (Dictamen del Consejo de Estado 1.192/2003, de 5 de junio).

En efecto, se señala en reiterados Dictámenes del Consejo Jurídico que el Alto Tribunal ha realizado una constante y progresiva concreción de los límites materiales que restringen el contenido de la Ley de Presupuestos Generales. Este camino tuvo origen en la Sentencia 27/1981, de 20 de julio, y culminó principalmente en las recaídas el 14 de mayo de 1992 (nº 76/1992) y 16 de junio de 1994 (nº 178/ 1994), estableciéndose una firme pauta integrada por estas determinaciones:

a) En cuanto a su naturaleza, se trata de una verdadera Ley a través de la cual el Parlamento ejerce una potestad específica desdoblada de la genérica potestad legislativa.

b) Su función consiste en aprobar las previsiones contables consustanciales al Presupuesto, pero también ser vehículo de dirección de la política económica.

c) Su procedimiento de aprobación presenta la importante peculiaridad de que el poder de las Cortes está condicionado.

d) Y por todo ello, a su contenido necesario e indispensable (expresión cifrada de las previsiones de ingresos y de las habilitaciones de gastos), puede unirse otro no necesario y eventual que debe estar conectado con aquél mediante una relación directa, bien con los ingresos y gastos, o bien con los criterios de política económica general de los que dicho Presupuesto es instrumento. Esa relación directa entre ambos contenidos ha de ser esencial y principal, nunca accidental y secundaria.

e) Esa limitación proviene, para el TC, de la definición funcional que la Ley de Presupuestos tiene en la Constitución (artículos 66.2 y 134.2) y de la necesidad de no violentar el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) mediante la modificación indiscriminada de núcleos normativos que gozan de vocación de estabilidad y se inscriben en lo que puede llamarse Derecho codificado.

Las Sentencias 274/2000, de 15 de noviembre, y 3/2003, de 16 de enero, reafirmaron esos criterios doctrinales al afirmar, la primera, que “las Leyes anuales de Presupuestos

tienen un contenido mínimo, necesario e indisponible, constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual que puede afectar a materias distintas a ese núcleo esencial constituido por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos”, contenido eventual que sólo tiene cabida dentro de límites estrictos, y que ni tal inclusión puede desvirtuar el contenido primordial que caracteriza a dicha ley, ni de ella se sigue que dichas materias hayan de formar necesariamente parte de su contenido y no puedan ser reguladas por una ley ordinaria (STC 126/1987). Para delimitar el ámbito dentro del cual debe moverse necesariamente la inclusión de las materias que no constituyen el núcleo esencial mínimo e indisponible de las leyes de Presupuestos, el Tribunal ha establecido dos condiciones: la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexa en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales. El cumplimiento de estas dos condiciones resulta, pues, necesario para justificar la restricción de competencias del poder legislativo, propias de las leyes de Presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE, esto es la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de Presupuestos Generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE).

Examinado el Anteproyecto puede afirmarse que su contenido se encuentra dentro de los límites constitucionales que le son propios.

2) Comprendiendo que, por su propia naturaleza, un Anteproyecto como el consultado es de compleja elaboración, el Consejo Jurídico ha de dejar constancia de la carencia de información económica que permita comprobar los límites que la normativa estatal impone a los Presupuestos, y que se desconoce el importe de los créditos a aprobar y su distribución.

Según el artículo 46.4 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno la facultad de elevar el Anteproyecto a la consideración del Consejo de Gobierno para que decida sobre ulteriores trámites corresponde a la Comisión de Secretarios Generales, cuya intervención se ha preterido.

TERCERA.- Limitaciones del Anteproyecto derivadas de las competencias estatales.

En el Dictamen 167/2003, a modo de compendio de otros anteriores, este Consejo indicó que el objeto de la consulta es el texto articulado del Anteproyecto y no los Presupuestos en sí mismos, lo cual no excluye que, para una íntegra comprobación jurídica, sea necesario el conocimiento de determinadas cifras, en concreto de las que permiten derivar efectos jurídicos para apreciar la adecuación de dicho texto articulado a otras normas, puesto que su omisión produciría una limitación del Dictamen, al no poderse realizar una valoración general de la adecuación del Anteproyecto al conjunto del ordenamiento, y que sólo, a lo más, cabría presumir (Dictámenes 70/99, 62/00 y 92/01).

Por ello, viene estimando el Consejo Jurídico que los elementos de contraste fundamentales para el análisis jurídico del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región deben permitir comprobar, necesariamente, las siguientes partes de su contenido:

1º) El principio de estabilidad presupuestaria, en los términos que se define por la Ley 18/2001, de 18 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior. Según las mismas, en el primer semestre de cada año el Gobierno fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria previsto para los tres ejercicios siguientes, previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera. El primer dato del Presupuesto, a los efectos del cumplimiento del principio de estabilidad, es la constatación de que a través del mismo se proporciona una situación financiera de equilibrio o de superávit (art. 3.2 Ley 18/2001). Este Consejo debe reseñar que la documentación remitida no permite pronunciarse sobre la observancia o no de las limitaciones derivadas de esta normativa, porque entre la anexa al Anteproyecto de Ley de Presupuestos no figura la relativa al objetivo de estabilidad presupuestaria (art. 6 de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre).

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, sin perjuicio de que la completa adecuación de su contenido sea susceptible de ajustarse mejor mediante la consideración de lo que después se expondrá.

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 adecua 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)”*.

CUARTA.- Sobre el articulado.

El Consejo Jurídico quiere resaltar las siguientes cuestiones:

1) El artículo 24 recoge un incremento del 2 por ciento en las retribuciones del personal al servicio del sector público, acorde ello con lo previsto como normativa básica estatal en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (art. 23). Éste, además, incluye en su artículo 27. Uno. D) incrementos lineales del complemento específico determinando de manera particular las cuantías que corresponde aplicar derivadas del incremento de masa salarial del 1 por ciento del artículo 21. Cuatro, párrafo primero de dicho Proyecto. La concreción de tal incremento no se contempla en el Anteproyecto sometido a consulta.

2) El párrafo 3 del apartado 1 del artículo 24 del Anteproyecto utiliza el calificativo “similar” para referirse a la cuantía del incremento de las pagas extraordinarias de una parte del personal funcionario, principalmente el estatutario. Es cierto que la expresión cuenta con antecedentes en la legislación estatal, pero ello no impide advertir la dificultad práctica de alcanzar una determinación cuantitativa de tal incremento con tan imprecisa mención. Debe pues precisarse ese mandato, que corre el riesgo de ser inaplicable y, en su caso, encomendar a un posterior desarrollo reglamentario la determinación exacta de la cuantía.

3) En cuanto a la contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones (art. 35), ya dijimos en nuestros Dictámenes 62/2000, 167/2003, 131/2004 y 145/2005 que la regulación establecida, además de ser reiterada año tras año en las Leyes de Presupuestos, demuestra en gran parte de su contenido un marcado carácter reglamentario. Que esta norma haya permanecido invariable en todas las leyes de presupuestos desde que se incluyó por vez primera (hace más de 10 años), demuestra que materialmente no es una norma de vigencia anual. Pero, además, nada impediría que, en uso de la potestad reglamentaria que al Consejo de Gobierno otorga el artículo 9 TRLH, dictase un Decreto regulador de dicho procedimiento, aplicable cuando la norma sustantiva (la Ley de Presupuestos anual) permitiese este tipo de contrataciones.

4) Como en años anteriores, el Consejo debe advertir, a la vista del módulo económico de centros de educación concertados para el ejercicio 2007 (art. 46) y, en particular, al hilo de algunas referencias del texto a Acuerdos suscritos por la Consejería de Educación, 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 76 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que contiene unas reglas generales que muestran una notable preocupación por los salarios del personal docente de los centros concertados, es cierto, pero no parecen autorizar que la Administración educativa asuma la condición de cuasi-empleador suscribiendo acuerdos tripartitos con las organizaciones patronales y sindicales comprometiéndose a la mejora retributiva del profesorado de los centros concertados, 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, si bien 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.

SEGUNDA.- 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 162/06.- Anteproyecto de ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos, tributos propios, subvenciones y juego para el año 2007.

Consultante : Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 23/10/06

Extracto de Doctrina

El uso que de las “leyes de acompañamiento” se viene haciendo, tanto en la esfera estatal como autonómica, y por gobiernos de diferente signo, es contrario a la más elemental lógica jurídica y a la técnica legislativa, con lo que dicho uso, tal como viene repitiendo la doctrina más autorizada, debería reducirse a su ámbito propio de 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). Esa perspectiva ha propiciado un decrecimiento constante del uso de la Ley de “acompañamiento”, hasta el punto de que, como ha puesto de relieve la doctrina, la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, ya no resultó “acompañada” y, en el ámbito regional, se ha apreciado en los últimos ejercicios que las leyes “de acompañamiento”, en fase de proyecto, contenían medidas de orden tributario, plenamente legitimadas para ese acompañamiento.

La doctrina del Tribunal Supremo también ha manifestado que estas leyes deben limitarse, por su finalidad, a un objeto específico, consistente en aquellas disposiciones que sean necesarias para complementar la Ley de Presupuestos y que, por consiguiente, guarden una relación al menos indirecta con la previsión de ingresos y gastos que constituye el objeto específico de ésta. De no cumplirse esta limitación, se produciría una infracción del principio de seguridad jurídica.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con las aportaciones recibidas de las Consejerías de Sanidad; Turismo, Comercio y Consumo; Industria y Medio Ambiente, además de las propias y las de la Intervención General, la Dirección General de Tributos elaboró el primer borrador del Anteproyecto de Ley denominado de Medidas Tributarias y Administrativas en materia

de tributos cedidos, tributos propios, subvenciones y juego para el año 2007, texto al que acompañó de una memoria explicativa de las modificaciones normativas propuestas, de una memoria económica que cuantifica el impacto presupuestario de las medidas que se proyectan, destacando que carecen de efectos presupuestarios las reformas sobre subvenciones y juego. También se aportó un informe de la Dirección General de Tributos en el que se indica que el Anteproyecto carece de efectos por razón de género, un informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, así como el del Vicesecretario de esta última.

SEGUNDO.- A propuesta de la Consejera de Economía y Hacienda el Consejo de Gobierno acordó, el 30 de junio de 2006, 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).

TERCERO.- El Consejo Económico y Social (Dictamen de 21 de septiembre de 2006) valora positivamente que el Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias y Administrativas en Materia de Tributos Cedidos, Tributos Propios, Subvenciones y Juego para el Año 2007, al igual que ha sucedido las últimas anualidades, regule exclusivamente materias de naturaleza tributaria, contenido al que estrictamente deben limitarse estas disposiciones legislativas. Considera que el Anteproyecto debería incluir una información más completa y extensa en relación con el alcance e incidencia de las bonificaciones fiscales autonómicas reguladas en años anteriores. Esa información permitiría, según el CES, una mejor valoración acerca del impacto social y económico logrado con ellas y de su eficiencia, factor importante para evaluar más convenientemente la oportunidad de su continuidad o modificación. Respecto a las deducciones autonómicas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el CES comparte las propuestas planteadas, que en algunos casos recogen sus sugerencias, al considerar que permiten una ampliación susceptible del número de sujetos pasivos potencialmente beneficiarios y, en algunos casos, una ayuda de mayor intensidad. Especialmente favorable considera la propuesta para incentivar la instalación de dispositivos de ahorro en el consumo doméstico de agua, aunque para el éxito de la medida debería implantarse un procedimiento muy simple en cuanto al reconocimiento previo de la deducción por parte de la Administración Regional que exige el Anteproyecto. En relación con las medidas que se proponen en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, el Consejo valora favorablemente las mejoras para favorecer las transmisiones “mortis causa” e “intervivos” en el caso de empresas individuales y negocios profesionales, al considerar que facilitan la sucesión generacional de la gestión de tales empresas. También se muestra favorable a la elevación de la deducción de la cuota hasta el 99% en las transmisiones por herencia a los sujetos pasivos del grupo II, siempre que la base imponible del sujeto pasivo sea inferior o igual a 600.000 euros en el caso de que sea una persona discapacitada con un grado de minusvalía igual o superior al 65%, así como la fijada para el resto de sujetos pasivos, 450.000 euros.

El Consejo valora también positivamente las propuestas de mejora de la gestión tributaria que establece el artículo 4, por posibilitar que se intensifique el uso y aplicación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, y por permitir que el contribuyente conozca anticipadamente el coste en el que incurriría al ejercer un procedimiento contradictorio con la Administración Tributaria Regional.

En lo que concierne a las modificaciones a las tasas, si bien el CES comparte en general las propuestas del Anteproyecto, discrepa de la oportunidad de crear la tasa

“T250 Tasas por actuaciones administrativas en materia de convalidación de inversiones medioambientales”, al considerar contradictorio que la Administración Regional grave el acto de convalidación de unas inversiones cuya ejecución se promueve por parte de la Administración General del Estado cuando ofrece una deducción en el impuesto de sociedades. A su vez, es una medida opuesta al objetivo que persigue la supresión, apoyada por este Órgano, de un hecho imponible en la tasa “T240 Tasa por actuaciones en materia de protección medioambiental y control de actividades potencialmente contaminantes”, como es la solicitud y tramitación de la inscripción en el Registro Europeo EMA, justificada en que la existencia de la tasa desincentiva la implantación por parte de las empresas de esos sistemas de mejora medioambiental. También se discrepa de la oportunidad de eliminar la reducción del 50% en las cuotas de la tasa “T330 Tasa por ordenación de actividades turísticas” para los titulares de apartamentos y alojamientos turísticos especiales en zonas de interior. El Consejo considera que se debe incentivar este tipo de establecimientos porque, por un lado, contribuyen a la diversificación de la oferta turística regional y, por otro, suelen estar localizados en municipios con menor nivel de renta, cuyo crecimiento económico y desarrollo se ha de seguir impulsando.

Al Dictamen de la mayoría de miembros formularon voto particular los representantes del grupo primero (organizaciones sindicales), discrepando en lo que concierne a una de las modificaciones que propone el Anteproyecto en su artículo segundo, apartado dos, referida al impuesto de sucesiones y donaciones. Exponen que en las adquisiciones “mortis causa” de sujetos pasivos incluidos en el epígrafe II del artículo 20.2.a), de la Ley 29/1987, reguladora de dicho Impuesto (se trata de los descendientes y adoptados de veintuno o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes), eleva la deducción autonómica del 50% de la cuota que resulte después de aplicar las deducciones estatales y autonómicas hasta el 99%, y también el importe máximo de la base imponible, que permite aplicar tal deducción desde los 300.000 euros ahora vigentes hasta 450.000 euros o 600.000 euros si el sujeto pasivo fuese discapacitado con un grado de minusvalía igual o superior al 65%. El grupo primero comparte la elevación de la cuota y la del máximo exigido de base imponible en el caso de sujetos pasivos discapacitados con tal grado de minusvalía, pero discrepa de la subida de dicha base que se propone con carácter general. Por un lado, se considera que ese nuevo máximo alcanza una cuantía que va en detrimento de la progresividad pretendida con el impuesto, al beneficiar las transmisiones de patrimonios ya importantes. Y, por otro lado, este voto particular muestra especial interés en indicar que la elevación del máximo referido en el 50% que supone la propuesta del Anteproyecto es contradictoria y discriminatoria con otras elevaciones similares recogidas en el artículo primero, que afectan al I.R.P.F. y tienen un mayor contenido social. En efecto, los incrementos de los límites fijados para que el sujeto pasivo pueda acogerse a las deducciones autonómicas en concepto de inversión en vivienda habitual de los jóvenes y para atender los gastos de guardería de los hijos menores de tres años han sido del 10% aproximadamente. Teniendo en cuenta la importancia social de estas medidas supone una desigualdad muy importante e injustificada en relación con el 50% en que se acrecienta el máximo fijado en el impuesto de sucesiones. La propuesta que el grupo primero considera que sería más apropiada consiste en equiparar dichos porcentajes de subida, de tal forma que el límite de 450.000 euros establecido en el Anteproyecto para las transmisiones “mortis causa” en sujetos pasivos del grupo II se reduzca hasta 330.000 euros.

CUARTO.- El Director General de Tributos elevó al Secretario General de la Consejería un informe propuesta en el que, tras analizar el Dictamen del CES y realizadas diversas consultas, propone modificar el artículo 1, apartado dos del Anteproyecto, para extender los gastos de guardería a cada uno de los hijos menores de 3 años, así como eliminar del artículo 6 la tasa T250, por actuaciones administrativas en materia de convalidación de actuaciones medioambientales.

QUINTO.- Redactado el texto definitivo del Anteproyecto con tales sugerencias y con las formuladas por el Interventor General el 25 de septiembre de 2006, motivadas por novedades surgidas en el reciente Reglamento General de la Ley de Subvenciones (Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, BOE del 25 de julio), fue remitido a este Consejo con su expediente, y recabado el Dictamen, el 11 de octubre de 2006.

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. El procedimiento de iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno se rige por el artículo 46 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno, en el cual se señalan algunos de los trámites que se deben recorrer hasta la conversión en Proyecto de Ley y su remisión a la Asamblea Regional, los cuales han sido formalmente cumplimentados, ya que constan las diversas propuestas de las diferentes Consejerías, la memoria económica recoge el coste de las medidas tributarias que se proyectan, y consta un informe de impacto por razón de género y el del Vicesecretario.

No obstante, no figura entre la documentación remitida que se haya dado traslado del Anteproyecto a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado, a los efectos previstos en 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, omisión que debe subsanarse.

En el expediente remitido no figura el acuerdo que la Comisión de Secretarios Generales debe elevar al Consejo de Gobierno sobre ulteriores trámites del procedimiento, requerido por el párrafo cuarto del artículo 46 de la Ley 6/2004.

Finalmente, resulta destacable que la normativa referente a la reforma de la Ley 2/1995, de 15 de marzo, de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia, ha prescindido del trámite de audiencia a la Comisión de esa materia, creada por la citada Ley y regulada en el Decreto 27/1996, de 29 mayo, artículo 4.1, a), en la que están representadas las organizaciones empresariales y de consumidores del sector.

II. El Anteproyecto se compone de un Título I dedicado a los Tributos Cedidos, integrado por normas referentes a deducciones autonómicas en el IRPF (art.1), beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art.2), Tasa Fiscal sobre los

juegos de suerte, envite o azar (art. 3), y normas de gestión (art.4); el Título II, Tributos propios, se compone de un Capítulo I, Impuestos medioambientales, compuesto de un solo precepto, el artículo 5, relativo al Impuesto sobre vertidos a las aguas litorales; y un Capítulo II, sobre Tasas regionales, con un artículo, el 6, dedicado a introducir hasta 15 modificaciones al Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio. El Título II, medidas administrativas, se compone de 2 artículos, el 7, sobre modificaciones de la Ley de Subvenciones 7/2005, de 18 de noviembre, y el 8 que modifica la Ley de Juego y Apuestas 2/1995, de 15 de marzo. 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 la Tasa 510 del BORM; la Disposición Adicional tercera a las cuotas diferenciales negativas del Canon de Vertidos al mar; la Disposición Transitoria primera se dedica a los Precios públicos del SMS; la Disposición Transitoria segunda a las deducciones autonómicas IRPF. Las 2 Disposiciones finales se refieren al reajuste de tipos de cuantía fija de Tasas (primera) y a la entrada en vigor (segunda).

III. Es sobradamente conocido que el uso que de las “leyes de acompañamiento” se viene haciendo, tanto en la esfera estatal como autonómica, y por gobiernos de diferente signo, es contrario a la más elemental lógica jurídica y a la técnica legislativa, con lo que dicho uso, tal como viene repitiendo la doctrina más autorizada, debería reducirse a su ámbito propio de 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). Esa perspectiva ha propiciado un decrecimiento constante del uso de la Ley de “acompañamiento”, hasta el punto de que, como ha puesto de relieve la doctrina, la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, ya no resultó “acompañada” y, en el ámbito regional, se ha apreciado en los últimos ejercicios que las leyes “de acompañamiento”, en fase de proyecto, contenían medidas de orden tributario, plenamente legitimadas para ese acompañamiento.

La doctrina del Tribunal Supremo 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.

En tal contexto, la modificación que se proyecta de la 2/1995, de 15 de marzo, de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia, no parece tener relación con el sistema de gastos e ingresos del Presupuesto, porque se modifica una Ley ajena al sistema financiero y con unos contenidos que no se aproximan a él ni siquiera indirectamente. En efecto, el artículo 11.3 se refiere a las competencias de la Consejería de Economía y Hacienda en torno al control del juego y la modificación pretende dar carácter de agente de la autoridad al personal que realice esas funciones; el artículo 12.3 se refiere a las clases de establecimientos y locales de juego, y el 24,t) a la tipificación de faltas graves, contenidos ellos completamente ajenos a la Ley de Presupuestos. Sin embargo, la modificación del artículo 20.1, al establecer una fianza a favor de Tesoro regional que deben constituir las empresas organizadoras y explotadoras de juegos y apuestas, sí es una determinación que afecta a los ingresos, y es calificable como materia susceptible de acompañar al presupuesto.

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, enumerando el artículo 19 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), según redacción dada por la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, y las competencias normativas que en relación a tales tributos cedidos pueden ostentar las Comunidades Autónomas. 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, estableciendo 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, en su conjunto, las normas tributarias proyectadas responden a dichas competencias. Iguales conclusiones deben alcanzarse respecto a las modificaciones a la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones, y a la Ley 2/1995, de 15 de marzo, de Juego y Apuestas, si bien respecto a esta última caben otras consideraciones ya expuestas.

II. En cuanto a los tributos propios y, en concreto, sobre la no exacción a las desaladoras durante el año 2007 del Impuesto sobre Vertidos a las Aguas Litorales (Disposición adicional segunda del Anteproyecto), es necesario realizar algunas consideraciones, dada la naturaleza no exactamente recaudatoria de esta figura impositiva. En efecto, los tributos medioambientales son medidas correctivas 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, 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, no consta en el expediente motivación particularizada de la exención general para las desaladoras (“no exacción” en la terminología del Anteproyecto) recogida en la Disposición Adicional primera objeto de estas consideraciones, lo que es destacable a la vista de que la motivación de los proyectos es un requerimiento propio del procedimiento legislativo (art. 119 del Reglamento de la Asamblea Regional), constituyendo 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 dos años consecutivos (ya se dejó de aplicar el impuesto mediante la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 9/2005).

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 163/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a E. D. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. E. C. D., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 23/10/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 164/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. O. M., en nombre y representación de su hija menor de edad D. O. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 23/10/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 165/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. A. T., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 23/10/06

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 908/2001, 87/2002 y 98/2002). 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).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2005, D. F. A. T., actuando en nombre y representación de su madre Á. T. L., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), por los daños padecidos por su madre a consecuencia de la caída sufrida el 15 de diciembre de 2004, cuando bajaba las escaleras del Centro de Asistencia Primaria de Totana.

A causa de la caída, fue trasladada al Hospital Rafael Méndez de Lorca, donde se le realizó un TAC craneal, que mostró una contusión hemorrágica temporal derecha, HSA en cisura de Silvio derecha y en algunos surcos frontales, así como hematoma subdural temporoparietal derecho con extensión al tentorio.

Posteriormente, se trasladó al Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia, donde se le practicó una craniectomía temporal basal derecha, con evacuación de contusión temporal y del hematoma subdural derecho. Tras la cirugía, la paciente ingresó en la UCI para, posteriormente, pasar a planta de neurocirugía.

En conclusión, padece un cuadro clínico compatible con encefalopatía postraumática con severo deterioro cognitivo, que da lugar a una enfermedad física y mental crónica e irreversible, que la incapacita total y permanentemente para el gobierno de su persona.

Considera el reclamante que la caída se produjo por el incumplimiento de las instalaciones del Centro de Salud de la siguiente normativa relativa a edificaciones:

a) La Orden de 15 de octubre de 1.991, de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Medio Ambiente, sobre accesibilidad en espacios públicos y edificación, pues:

- Las dimensiones de los peldaños no cumplen la normativa por ser de 67 cm. (art. 8.3.2).

- Tampoco cumple el fondo mínimo que debe tener el descansillo, de 87 cm. (art. 8.3.3).

- No existe en el arranque superior de la escalera una franja transversal de pavimento táctil (art. 8.3.4).

b) El Real Decreto 2177/1.996, de 4 de octubre, por el que se aprueba la Norma Básica de la Edificación “NBE-CPI/96, Condiciones de protección contra incendios de los edificios”, en la medida en que el fondo del descansillo es de 0,87 m, disponiendo el art. 9, b) que en escaleras con trazado recto la dimensión de las mesetas intermedias, medidas en el sentido de la evacuación, no será menor que la mitad de la anchura del tramo de la escalera ni de un metro.

La reclamación no contiene una valoración económica de los daños ni se cuantifica la pretensión indemnizatoria.

El reclamante aporta junto a la solicitud la siguiente documentación:

a) Informes clínicos que acreditan los daños alegados y el proceso patológico seguido por la paciente.

b) Resolución del Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia, de reconocimiento de un grado de minusvalía del 91%.

c) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número dos, de Totana, de 26 de octubre de 2005, por la que se declara a D. Á. T. en estado civil de incapacidad total, y a su hijo, hoy reclamante, tutor de su madre.

d) Fotografía de lo que parece ser un escalón, de unos 17,5 cm. de altura.

SEGUNDO.- Por el Director Gerente del SMS se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente.

La instrucción remite oficio al reclamante, al objeto de que subsane su solicitud inicial, indicando los medios de prueba de que pretenda valerse, a lo que el mismo contesta proponiendo la prueba documental médica y gráfica aportada en su escrito inicial, y la documental gráfica que adjunta a este nuevo escrito, consistente en cuatro fotografías. Así mismo solicita que por la Administración se compruebe que las instalaciones cumplen la normativa sobre accesibilidad en espacios públicos.

También solicita la instrucción al Hospital Comarcal Rafael Méndez de Lorca, al Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia y al C. M. V. A. L., S.A., copia de la historia clínica de la paciente, e informes de los facultativos que la atendieron. Dicha documentación fue remitida y consta en el expediente. El informe de alta en el Servicio de Neurología del hospital lorquino, contiene el siguiente juicio diagnóstico: “*TCE (traumatismo cráneo-encefálico) grave, encefalopatía secundaria, hematoma subdural agudo temporal derecho, contusión hemorrágica temporal derecha, diabetes mellitus tipo 2, neumonía nosocomial*”.

Consta asimismo, al folio 165 del expediente, copia de una certificación literal del Registro Civil de Totana, acreditativa del fallecimiento de la madre del reclamante, acaecido el 5 de abril de 2006.

TERCERO.- Solicitado informe a la Unidad de Obras de la Secretaría Técnica del SMS, sobre la adecuación de las instalaciones del Centro de Salud de Totana a la normativa sobre edificaciones, la referida Unidad hace constar que:

“En la reclamación se alude al incumplimiento en el trazado de la mencionada escalera de la Orden de 15 de octubre de 1.991, de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Medio Ambiente, sobre accesibilidad en espacios públicos y edificación y del Real Decreto 2177/1996, de 4 de octubre, por el que se aprueba la Norma Básica de la Edificación NBE-CPI-96, sobre condiciones de protección contra incendios en los edificios.

Comprobados los antecedentes de las obras realizadas en el mencionado centro de salud, se ha observado que el proyecto de construcción del mismo, en el que se definió el trazado de la escalera a que se alude en la reclamación, fue redactado en 1.984.

Se entiende que la normativa a que alude el reclamante no resulta de aplicación en dicho proyecto, ya que la redacción del mismo y la ejecución de las obras en él contempladas, es anterior a su entrada en vigor.

Además del proyecto mencionado, en 1.998 se realizó un proyecto de ampliación y reforma del Centro de Salud, en el que no se contemplaba la modificación del trazado de la escalera”.

CUARTO.- Solicitado a la Gerencia de Atención Primaria de Lorca informe del Servicio de Mantenimiento de la misma sobre la adecuación de las instalaciones, aquélla remite informe elaborado por el Arquitecto responsable de la construcción de la escalera del Centro de Salud de Totana, en el que hace constar lo siguiente:

“En la fecha de construcción del Centro la normativa aplicable en cuanto a evacuación de edificios y escaleras era la NBE-CPI-96.

Se trataba de un edificio no de nueva planta sino de ampliación y reforma.

Aplicando el art. 9 de la NBE-CPI-96 cumple todos los apartados de dicho artículo en concreto el aprt. 9 d): “se dispondrá pasamanos al menos en un lado de la escalera y en ambos cuando su anchura libre sea igual o mayor que 1,20 m. O se trate de una escalera curva. Además deben disponerse de pasamanos intermedios cuando la anchura libre sea mayor de 2,40 m.

La escalera proyectada tiene una anchura de 1,05 m. Menor de 1,20 m. que es cuando la normativa obliga a dos pasamanos.

El resto de las características de la escalera están también en normativa:

Dos tramos de 10 peldaños con descansillo intermedio y peldaños de 30 x 18,5 cm. características todas ellas de acuerdo con el artículo 9 de la norma”.

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante y a la Compañía de Seguros del SMS, por el primero se presenta escrito de alegaciones para exponer que el informe emitido por el arquitecto redactor del proyecto del Centro de Salud, no responde a sus alegaciones sobre el incumplimiento, por parte del proyecto de ampliación, de la Orden de 1991, sobre accesibilidad de edificaciones, y que en el mismo tampoco se hace referencia al incumplimiento del artículo 9.b de la NBE-CPI/96.

Por otra parte, y respecto al informe emitido por el arquitecto de la Unidad Técnica de Obras de la Secretaria Técnica del Servicio Murciano de Salud, el reclamante considera que, si bien en el mismo se afirma que al haberse construido el edificio en el año 1988 no le es de aplicación la normativa sobre accesibilidad del año 1.991, dicha valoración

ha obviado lo dispuesto en el artículo 2.c de dicha Orden, que incluye en su ámbito de aplicación, los edificios, instalaciones y servicios de uso público, tanto los que se realicen de nueva planta como los que se reformen, restauren o rehabiliten de forma sustancial, como es el caso del edificio objeto de reclamación, que fue objeto de reforma en el año 1998. Según el reclamante, dicha reforma cabe calificarla como “*ampliación sustancial*”, pues “*al reformarse los accesos del edificio original, y si la ampliación consta de dos plantas y para el uso de la planta alta hay que utilizar una escalera existente, como es nuestro caso, entonces esta escalera debe cumplir la normativa en vigor en el momento de las obras de ampliación, aunque el proyecto no previera modificar las escaleras*”. Acompaña fotografía aérea para acreditar la reforma sufrida por el edificio.

SEXTO.- Con fecha 1 de septiembre de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que el interesado no ha logrado probar los hechos en que fundamenta aquélla, ni tampoco la relación causal entre el diseño de la escalera y el daño sufrido por su madre, dado que el referido elemento arquitectónico cumplía las condiciones de seguridad que resultaban exigibles.

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 27 de septiembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

A) La reclamación se presentó el 14 de diciembre de 2005, dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, dado que el accidente ocurrió el 15 de diciembre de 2004 y la estabilización y determinación del daño se produjo tiempo después.

B) La legitimación activa para reclamar corresponde, cuando de daños a las personas se trata, primariamente a quien sufre el menoscabo físico o psíquico de su salud. Qué duda cabe que dicha legitimación también resulta predicable de quien guarda una relación de parentesco tan estrecha con la víctima, como es su hijo, quien ante el padecimiento de la madre también sufre un daño propio. En el supuesto sometido a consulta, además, cabe reconocer dicha legitimación al reclamante, en tanto que consta su condición de tutor de la accidentada, lo que le convierte en su representante legal y le habilita para actuar en su nombre.

La desgraciada muerte de la Sra. T., acaecida meses después de la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial en nada afecta a la legitimación activa del hijo.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de las instalaciones a cuyo defectuoso diseño se imputa el daño.

C) El procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, sin que se observen carencias esenciales, sin perjuicio de lo que en la consideración siguiente se expone acerca de la actividad probatoria desplegada por reclamante y Administración.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.

1. 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.
- d) Que no exista fuerza mayor.

2. A la luz del expediente, cabe considerar acreditado que la madre del reclamante sufrió los daños que aparecen prolijamente detallados en los informes médicos que reflejan la asistencia sanitaria que la interesada recibió de la Sanidad Pública.

3. Por contra, y aun suponiendo que la caída se produjera en las circunstancias de tiempo y lugar expuestas por el interesado, debe hacerse constar que ninguna de las pruebas aportadas al procedimiento lo acreditan. En efecto, únicamente consta en el expediente la manifestación de parte acerca del lugar y demás circunstancias del

accidente, sin que por el actor se haya aportado prueba alguna que acredite dichos extremos. Su actividad probatoria se ha centrado en la determinación del daño y en la existencia de irregularidades en el diseño o ejecución de las escaleras del centro de salud de Totana, pero omite probar, quizás por considerarlo obvio, que la paciente cayera en dichas escaleras.

Sin embargo, la insuficiencia de la prueba del hecho en que se basa toda la reclamación puede ser determinante en la decisión que sobre ella ha de tomarse, 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 imposible cita exhaustiva. Su doctrina aparece, no obstante, resumida en sentencias como la de 11 de septiembre de 1995 TS 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).

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).

Por otro lado, como ya advertía este Consejo Jurídico en Dictamen 28/2004, 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.

4. Aplicadas estas consideraciones al supuesto objeto de consulta, y aun cuando resulta posible e incluso probable que la caída se produjera en las escaleras del Centro

de Salud -pues es difícil imaginar que nadie pretenda construir una reclamación como la presente sobre la base de unos hechos enteramente ficticios-, lo cierto es que el reclamante en ningún momento del procedimiento aporta elemento probatorio alguno que permita acreditar la realidad y circunstancias de aquélla. Así, la prueba que adjunta a su escrito inicial está constituida por diversos informes médicos, la resolución de incapacidad de la accidentada, y una fotografía de un escalón. Posteriormente, cuando la Administración le requiere para aportar los medios de prueba de que intente valerse, el interesado vuelve a insistir en la prueba inicialmente aportada y en la acreditación de las irregularidades que presenta la escalera donde supuestamente cayó su madre, llegando a solicitar a la Administración que compruebe tales deficiencias, lo que ésta lleva a efecto solicitando sendos informes técnicos. Tanto en este momento procesal, como en su escrito de reclamación, como en cualquier instante anterior al trámite de audiencia, podía el interesado haber solicitado el auxilio de la instructora para llegar a probar la realidad de la caída en el lugar por él indicado, si no contaba con los medios adecuados para poder hacerlo, pero no llega a pedirlo.

Adviértase que, de producirse la caída en las circunstancias indicadas por el reclamante, es razonable pensar que fuera observada por alguna persona, bien el hecho mismo de la caída, bien las consecuencias inmediatamente posteriores a la misma, pues se afirma que hubo pérdida de consciencia durante varios minutos. Sin embargo, no se propone prueba testifical alguna, ni se solicita de la Administración que interroge a los trabajadores del centro acerca de la realidad de lo alegado.

En cualquier caso, considera el Consejo Jurídico que el interesado no ha agotado las posibilidades de prueba que tenía disponibles para demostrar la realidad del accidente y sus circunstancias, razón por la que no puede pretenderse que la Administración supla su insuficiente actividad probatoria.

De hecho, ha de advertirse que el único dato contenido en el expediente acerca del lugar del siniestro contradice la versión del reclamante, pues en la hoja de interconsulta que figura al folio 14, el facultativo que detalla la situación médica de la interesada, y a pesar de la escasa legibilidad de la copia del documento manuscrito, parece consignar que *“el 15 de febrero de 2004 cae por las escaleras de su casa”*.

5. A mayor abundamiento, la imputación del interesado acerca del incumplimiento por la escalera de determinadas normas constructivas, tampoco ha quedado suficientemente acreditada. Y es que el título a través del cual pretende el actor imputar los daños sufridos a la Administración es un eventual defectuoso diseño o ejecución material del referido elemento constructivo. Según se desprende del escrito inicial de reclamación, la escalera incumpliría tres de las normas exigibles conforme a la Orden de 15 de octubre de 1991, de la entonces Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Medio Ambiente, sobre accesibilidad en espacios públicos y edificación, a saber: a) dimensiones de los peldaños, que son de 67 cm.; b) fondo del descansillo, que sería de 87 cm.; y c) ausencia en el arranque superior de la escalera de una franja de pavimento táctil. Asimismo, alega el incumplimiento del artículo 9, letra b), de la Norma Básica de la Edificación “NBE-CPI/96: Condiciones de Protección Contra Incendios de los Edificios”, según el cual, en escaleras con trazado recto, la dimensión de las mesetas intermedias medida en el sentido de la evacuación no será menor que la mitad de la anchura de tramo de la escalera, ni que 1 metro.

Dichas imputaciones, sin embargo, no se ven respaldadas por una prueba que las ampare, la cual, dado el carácter eminentemente técnico de la cuestión suscitada, debería ser una pericial que permitiera discernir si, bien el proyecto, bien la construcción material de la escalera, se apartan de las instrucciones o normas técnicas de preceptiva aplicación. Son tales normas las que definen, de forma apriorística, objetiva y general, el estándar de calidad o nivel de prestación del servicio exigible (STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 385/2005, de 6 de mayo) de forma que, en principio, no podrán reputarse como defectuosos ni el diseño ni la ejecución que se ajusten a sus prescripciones.

Ante la ausencia de una prueba rigurosa de las imputaciones del interesado, que se limita a efectuar una consideración de parte, la Administración ha traído al procedimiento sendos informes técnicos, elaborados por la Unidad de Obras del Servicio de Contratación de la Secretaría Técnica del SMS y por el Arquitecto responsable de las obras de ampliación y reforma del Centro, de los que se desprenden las siguientes circunstancias:

a) El proyecto de construcción del Centro de Salud, donde se definió el trazado de la escalera, data de 1984, fecha anterior a la entrada en vigor de las normas esgrimidas por el interesado (informe de 29 de mayo de 2006).

b) En 1998 se realizó un proyecto de ampliación y reforma del centro, en el que no se contemplaba la modificación del trazado de la escalera (informe de 29 de mayo de 2006).

Frente a estas afirmaciones, y con ocasión del trámite de audiencia, el reclamante considera que la referida reforma del centro de salud cabe considerarla como “ampliación sustancial”, a los efectos de entender aplicable al artículo 2, c) de la Orden de 1991, según el cual sus prescripciones serían aplicables a los edificios, instalaciones y servicios de uso público de nueva planta o que se “reformen, restauren o rehabiliten de forma sustancial”. En sus alegaciones, además, considera que la ampliación consta de dos plantas y que, si para el uso de la planta alta hay que utilizar una escalera existente, entonces esa escalera debe cumplir la normativa vigente en el momento de la ampliación.

d) *“La escalera proyectada tiene una anchura de 1,05 metros (...) el resto de las características de la escalera están también en normativa: dos tramos de 10 peldaños con descansillo intermedio y peldaños de 30x18,5 cm., características todas ellas de acuerdo con el artículo 9 de la Norma”* (informe de 10 de marzo de 2004).

Para el interesado, este informe, de fecha muy anterior a la reclamación, viene referido a otro asunto y nada resuelve sobre el actual. Sin embargo, de él sí pueden extraerse datos relevantes para la resolución de la reclamación.

Y es que afirma expresamente que la escalera se ajusta a normativa, y de forma específica al artículo 9 NBE-CPI/96, lo que obligaba al interesado a probar lo contrario y a hacerlo de forma apropiada, singularmente mediante la aportación de un informe técnico que permitiera desvirtuar las conclusiones de los traídos al procedimiento por la Administración y que determinara tanto si la reforma habida cabía considerarla sustancial en orden a hacer preceptiva la modificación de la escalera, como la adecuación o no de ésta a la referida normativa técnica.

6. Y aún así, si bien pudiera llegar a probarse que la escalera no reunía las condiciones de seguridad exigibles, todavía seguiría sin quedar acreditado el nexo causal entre el

funcionamiento del servicio público y los daños sufridos por la víctima, pues el reclamante no ha probado las circunstancias en las que se produjo el siniestro ni en qué medida las eventuales deficiencias constructivas incidieron en la caída.

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 166/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. S. O. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 30/10/06

Extracto de Doctrina

El instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes (Memoria del año 1999).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 12 de noviembre, de 2004, D. S. O. G. y Doña M. C. A. F. presentan reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de indemnización por la muerte de su hijo, acaecida en accidente de tráfico en la Autovía del Noroeste (C-415). Según relatan los reclamantes, el día 29 de mayo de 2004, cuando su hijo I. circulaba, sobre las 10.30 horas en dirección a Mula por el punto kilométrico 9,800 de la referida vía, perdió el control de su automóvil, yendo a impactar lateralmente contra

una señal informativa, con tan mala fortuna que uno de los soportes de la señal quedó incrustado en el vehículo a la altura del asiento del conductor, quien sufrió el impacto en la zona izquierda y central de su cuerpo, ocasionándole la muerte. Junto a él viajaba otro ocupante, quien resultó herido leve.

Para los reclamantes, la muerte de su hijo se debió a la ausencia de vallas de seguridad que protegieran la señal informativa, como establece la normativa aplicable. De igual modo consideran que la señal se encontraba demasiado cerca de la calzada, pues estiman que debía haber estado, al menos, a tres metros del arcén.

Se solicita una indemnización de 171.303,77 euros desglosados en las siguientes cuantías:

- 12.000 euros por daño material del vehículo.
- 159.303,77 euros por muerte del hijo, con base en el sistema de valoración del daño personal establecido por la legislación de seguros.

Acompaña a la reclamación la siguiente documentación:

- Certificación de una Notaría de Mula, según la cual se encuentra en trámite la declaración de los reclamantes como herederos de su hijo.

- Informe de autopsia que revela los importantes daños corporales sufridos por la víctima y que le causaron la muerte por “*traumatismo toracoabdominal. Shock hipovolémico*”.

- Sendas certificaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social acreditativas de la condición de pensionistas de los reclamantes.

- Parte del informe fotográfico correspondiente al atestado instruido por la Guardia Civil.

SEGUNDO.- Con fecha de 25 de enero de 2005, se solicita del Parque de Maquinaria informe relativo al valor venal del vehículo en el momento del accidente, así como de los daños sufridos por aquél.

Este informe se recibe el 6 de mayo de 2005. En él se declara que el valor venal del vehículo en el momento del accidente es de 2.869,00 euros. Asimismo, el técnico autor del informe, tras examinar el lugar del accidente, realiza las siguientes consideraciones:

1) *“La señal indicativa de la salida hacia Campos del Río en donde se produjo el accidente ha sido desmontada y las vigas verticales en doble T de 140 mm que lo sustentaban han sido cortadas por la zona cercana a su empotramiento al suelo mediante soplete oxiacetilénico*

2) *Dicha zona aparece limitada a 120 km/h*

3) *No existe valla de protección en la zona en donde estaba la mencionada señal indicativa ni señales de que la hubiera habido en su momento cuando ocurrió el accidente.*

4) *Se ha medido la distancia ente el eje de la viga en doble T que sustentaba el cartel situada más próxima a la carretera y el borde exterior de la línea de separación entre el carril derecho y la zona del arcén y es de aproximadamente 4,10 metros*

5) También se ha medido la distancia entre el eje de la viga mencionada en el párrafo anterior y el borde exterior derecho del arcén en sentido de marcha de los vehículos y es de aproximadamente 1,5 metros.

6) El tramo en donde estaba la señal indicativa aludida es un tramo recto por lo que todo parece indicar que la causa que originó la salida del vehículo de la vía se debió a causas no imputables al estado de la carretera en ese momento”.

TERCERO.- El 27 de enero se requiere a los interesados para que subsanen y mejoren su reclamación, intimándoles a aportar diversa documentación, lo que llevarán a efecto dentro del plazo concedido.

CUARTO.- Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, se remite el del Jefe de Explotación de la empresa concesionaria de la Autovía del Noroeste-Mula (C-415). Su contenido, en síntesis, es el siguiente:

1) La vía pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por tanto de titularidad autonómica

2) El accidente se produjo del siguiente modo: en una primera fase el vehículo se salió por la margen izquierda de la vía e invadió parte de la mediana. Al percatarse el conductor de esta situación da un giro brusco hacia el lado contrario lo que provoca el descontrol del vehículo, que tras girar sobre sí mismo termina impactando lateralmente contra las vigas del cartel.

3) Considera que el conductor no actuó con la debida precaución y atención requeridas en cualquier tipo de conducción, pues en el origen del accidente no concurren factores externos -otro vehículo, condiciones meteorológicas, estado de la calzada, etc.- sino más bien son consecuencia de la acción del propio conductor.

4) No existe relación de causalidad entre el servicio público que presta la empresa concesionaria y el siniestro en cuestión, siendo la conducta del conductor la que interviene de modo decisivo en la producción del mismo.

5) La colocación de la señalización vertical de la autovía, al igual que en el resto de vías, se rige por lo prescrito en la Norma 8.1-IC de Señalización Vertical de la Instrucción de Carreteras, aprobada por Orden de 28 de diciembre de 1999.

En el apartado 3.3,1 de dicha norma, referente a la posición transversal de los carteles en una autovía se dice: *“las señales y carteles laterales se colocarán de forma que su borde más próximo diste al menos 3 m. del borde exterior de la calzada y 0,7 m. del borde exterior del arcén”*.

Medidas “in situ” las distancias del cartel en cuestión se obtienen los siguientes datos:

- Distancia del poste más cercano al borde de la calzada exterior: 4,2 m.
- Distancia del mismo poste al borde exterior del arcén: 1,7 m.

Por lo que se demuestra que dichas distancias cumplen sobradamente la norma anterior

6) La disposición de la barrera metálica de protección (bionda) se incluye en el apartado de señalización y balizamiento del Proyecto de Construcción de la Autovía del

Noroeste, aprobado por la Dirección General de Carreteras y supervisado por la misma hasta su puesta en servicio.

Al igual que la señalización vertical, la colocación de barrera bionda se rige por lo prescrito en la Orden Circular 312/95 T y P “Recomendaciones sobre sistemas de contención de vehículos”. En dicha norma se establece la necesidad de colocar este tipo de protección ante la existencia de obstáculos, árboles o postes de más de 15 cm. de diámetro. Los postes que sirven de sujeción al cartel eran de 14 cm. cumpliendo así con dicha norma, por lo cual no existía la obligación de colocar dicha protección.

7) Según lo anteriormente expuesto no debe imputarse a la Administración, ni al servicio de conservación y explotación realizado por la concesionaria, responsabilidad alguna por la reclamación efectuada.

8) Como ya se ha indicado anteriormente y al igual que el resto de la autovía el tramo en el que se produjo el siniestro se halla señalizado y balizado según la normativa vigente.

9) (...)

10) En el escrito del reclamante se indica que “*en los días siguientes al accidente se volvió a colocar una nueva señal informativa de “Campos del Río” bastante más adelante que posee vallas de protección*”. La concesionaria afirma que en el tramo indicado no se ha instalado ningún nuevo cartel, tal y como puede comprobarse en los planos de señalización del Proyecto de construcción. De hecho el cartel que se vio afectado en el siniestro sigue sin colocarse actualmente.

QUINTO.- La instructora solicita a la Comandancia de la Guardia Civil de Murcia copia de las Diligencias 706/04, instruidas como consecuencia del accidente objeto de la reclamación. Contesta el Instituto Armado que dichas actuaciones fueron remitidas al Juzgado de Instrucción núm. 5 de Murcia, al que se dirige la instructora para reclamar copia de las mismas. La documentación se recibe en la Consejería actuante el 6 de marzo de 2006.

De ellas destaca el Atestado policial, en cuyo estudio técnico del accidente se hace constar como causa eficiente del mismo la “*distracción-desatención en la conducción por parte del conductor*”.

SEXTO.- El 22 de febrero de 2006 la letrada de los reclamantes comunica que uno de ellos, D. S. O. G., ha fallecido, subrogándose en su posición actora sus hijos y herederos D. O. M. y D. R. F. O. A..

SÉPTIMO.- Propuesta prueba testifical por los actores, se emplaza a la representación letrada de los interesados y a sus testigos para su práctica el día 8 de mayo de 2006.

A las preguntas de la instructora, D. J. S. G. (iba en el coche que seguía al accidentado) describe los hechos del siguiente modo: “*al pasar la V. A. hay un repecho y delante de mí circulaba un Megane azul, creo, de pronto se fue a la izquierda hasta que pisó la gravilla, tiró dos o tres valijas blancas y negras de las que hay en la autovía hasta que se salió por el lado derecho, quedó mirando hacia Murcia y paró contra la señalización de la autovía. El coche paró de costado*”.

A la pregunta de si la señal informativa contra la que chocaron se encontraba protegida por quitamiedos o bandas protectoras, el testigo declara que “*no tenía nada*”.

A la pregunta de si considera que hubo algún agente externo que hiciera que el conductor perdiera el control del vehículo se responde que *“no puede contestar. Se fue progresivamente a la izquierda pero no se cruzó nada”*.

El testigo D. A. L. Y. (viajaba en el asiento delantero como acompañante en el vehículo siniestrado) realiza una similar descripción de lo ocurrido.

OCTAVO.- Con fecha 12 de mayo de 2006, los reclamantes aportan informe realizado por Ingeniero Técnico Topógrafo, según el cual, de conformidad con la normativa reguladora de la colocación de barreras de seguridad en la carreteras, resultaba procedente haber protegido la señal contra la que impactó el vehículo, pues su diámetro era de 155 mm, superior en 5 mm. a los 15 cm. que la norma establece como medida a partir de la cual ha de protegerse el obstáculo.

NOVENO.- Conferido trámite de audiencia, la representante de los reclamantes presenta alegaciones por las que se ratifica en lo ya manifestado en su escrito inicial, adjuntando dos declaraciones manuscritas justificativas de que la noche anterior al accidente el conductor siniestrado pernoctó en casa.

Con fecha de 2 de junio de 2006, se presentan nuevas alegaciones por los reclamantes, para ratificarse en lo ya manifestado.

DÉCIMO.- Con fecha 27 de septiembre de 2006, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el fallecimiento del Sr. O. A..

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 3 de octubre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, dado que entre la fecha del accidente -el 29 de mayo de 2004- y la presentación de la reclamación -el 12 de noviembre siguiente-, tan sólo había transcurrido algo más de cinco meses.

2. Los reclamantes, al ser padres del fallecido, 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 con el 4.1 (RRP).

La muerte de uno de los reclamantes durante la tramitación del procedimiento y la subrogación en su posición procesal de sus herederos y hermanos del conductor accidentado, no altera la conclusión alcanzada acerca de la existencia de legitimación activa para reclamar. De hecho, uno de los hermanos incorporados al procedimiento tras la muerte de su padre, O. M., parece ser el titular del vehículo accidentado, pues consta como tal en el atestado de la Guardia Civil y es su nombre el que figura en el presupuesto de reparación del coche.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía a cuyo defectuoso diseño y ejecución se imputa el daño, sin que el hecho de que se trate de una vía cuya explotación, incluido el mantenimiento y conservación, se encuentre concedida a una empresa, altere dicha legitimación. Todo ello sin perjuicio de que la relación entre concedente y concesionaria incida en la determinación de quién habría de asumir el pago efectivo de una eventual indemnización.

3. Respecto al procedimiento, debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues ya se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses. Ello no obstante, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, sin que se observen carencias esenciales. Dicho lo anterior, sí cabe poner de manifiesto ciertas irregularidades que, sin producir indefensión y sin tener entidad suficiente como para anular las actuaciones, deben ser objeto de consideración. En este sentido, 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.

Una vez más es necesario reiterar el inadecuado uso que la instrucción realiza del trámite de subsanación y mejora de la solicitud, en orden a requerir al interesado la aportación al expediente de documentos o datos que aquél considera necesarios para una adecuada resolución de la solicitud. La doctrina de este Consejo Jurídico al respecto es sobradamente conocida por la Consejería consultante, pues ha sido expuesta en numerosos Dictámenes evacuados a solicitud suya -por todos, el 75/2003-, cuyos razonamientos al respecto cabe dar aquí por reproducidos.

TERCERA.- Sobre la instrucción.

En las observaciones y sugerencias recogidas en la Memoria del año 1999, el Consejo Jurídico manifestó que *“el instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente*

su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo. En tal sentido, la actividad del instructor, al desarrollarse para el órgano resolutorio, es una actividad debida, (...) porque sólo del resultado global de la prueba podrá obtenerse un juicio sobre la estimación o no de la existencia de responsabilidad”.

De la lectura del escrito inicial de reclamación y de las alegaciones posteriormente formuladas, se deduce que el título de imputación de los daños al funcionamiento del servicio público de carreteras se traduce en la inexistencia de medidas de protección que impidieran el impacto directo del coche con la señal informativa. Dichas medidas son identificadas por los reclamantes como:

a) Instalación de la señal informativa a una distancia mínima de tres metros del arcén.

b) Colocación de una barrera metálica de protección entre la calzada y los soportes del panel indicador.

Si bien, respecto de la primera medida, la actividad instructora sí permite determinar que la ubicación de la señal cumplía la normativa aplicable, en tanto que se encontraba situada a 4,2 m. del borde exterior de la calzada y a 1,7 m. del borde exterior del arcén, cuando la norma exige unas distancias de 3 y 0,7 m., respectivamente (Norma 8.1-IC de Señalización Vertical, Instrucción de Carreteras, aprobada por Orden de 28 de diciembre de 1998), no puede afirmarse lo mismo respecto de la segunda medida.

En efecto, los postes que servían de soporte al cartel indicador son, según los informes de la concesionaria de la autovía y del Parque de Maquinaria, de 14 cm., lo que excluiría la obligación de instalar la bionda de protección, al amparo de la normativa correspondiente que la exige cuando existan obstáculos próximos a la carretera que tengan un diámetro superior a 15 cm. (Orden circular 321/95 T y P “Recomendaciones sobre sistemas de contención de vehículos”).

Sin embargo, los reclamantes aportan al procedimiento el informe de un Ingeniero Técnico Topógrafo, visado por el correspondiente Colegio Oficial, según el cual los perfiles metálicos que sujetaban el cartel, efectivamente eran de 14 cm. (medida longitudinal), siendo su diámetro de 155 mm., es decir, 5 mm. por encima del considerado mínimo a partir del cual es obligatoria la instalación de barreras de protección.

Frente a dicha alegación, soportada por un informe técnico, nada opone la Administración en la propuesta de resolución, pues de hecho ignora las conclusiones a las que llega el perito de la parte. Adviértase que la cuestión no es baladí, pues de confirmarse que las vigas metálicas incumplen la norma aplicable a la construcción de la Autovía, se incumpliría el estándar de calidad en la prestación del servicio que las normas técnicas definen y, en tanto que incumplimiento de una medida de seguridad, conllevaría la generación de una situación de riesgo, desgraciadamente materializado con el fallecimiento del joven.

Es de destacar, asimismo que, si bien la causa del accidente no resulta imputable a la Administración regional, pues todo en el expediente apunta a que se debió a una distracción del conductor, lo cierto es que el resultado del mismo sí cabe entender que resultó agravado por el impacto con el panel informativo, como lo demuestra el hecho de que el ocupante del vehículo que no sufrió el choque directo de los soportes metálicos padeciera meras heridas leves, mientras que el conductor, que recibió el golpe de uno de los perfiles de sujeción, resultara muerto.

Considera el Consejo Jurídico que, para contar con todos los elementos de juicio necesarios, y siendo la determinación del diámetro de los soportes del cartel informador una cuestión estrictamente técnica, procede que por la instrucción se recabe informe acerca de los siguientes extremos:

- Aplicabilidad de la dimensión “diámetro” a una pieza de las características del perfil metálico en cuestión.

- Si la medición efectuada por la parte actora es correcta y el diámetro de la pieza es superior a 15 cm.

Una vez obtenido el parecer técnico, y tras el oportuno trámite de audiencia a los interesados, deberá formularse nueva propuesta de resolución y remitir el expediente al Consejo Jurídico para ser objeto de Dictamen sobre el fondo. En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede que por la Consejería consultante se realice la actividad instructora descrita en la Consideración Tercera de este Dictamen.

Una vez efectuada aquélla, debe remitirse de nuevo todo el expediente al Consejo Jurídico, acompañado de una nueva propuesta de resolución, para ser dictaminado en cuanto al fondo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 167/06.- Responsabilidad patrimonial instada por G. M. como consecuencia de los daños sufridos por su asegurada D.^a F. B. M.**Consultante : Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 30/10/06****Extracto de Doctrina**

Procede reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración al apreciarse 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.- Con fecha 29 de noviembre de 2002 (registro de entrada), D. E. J. C., en nombre y representación de la mercantil G. S. G. S.A., en su condición de aseguradora del vehículo matrícula X, propiedad de D. F. B. M., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, solicitando que se le indemnice por los daños materiales sufridos por el vehículo en la Carretera C-3211, a la altura del kilómetro 49, en sentido a Caravaca de la Cruz.

Según la exposición de los hechos realizada por la mercantil reclamante, el accidente se produjo el 21 de mayo de 2002, cuando D. P. M. V. P., marido de D. F. B. M., conducía el vehículo de su esposa, asegurado a todo riesgo, por la carretera C-3211, y en el punto kilométrico 49, en sentido Caravaca, colisionó con unas tejas que invadían la calzada, resultando imposible percatarse de su existencia por ser de noche y carecer de señalización. Dichas tejas procedían de un remolque que se encontraba volcado y abandonado en el margen de la vía.

Se afirma en la reclamación que, tras la peritación de los daños, fueron reparados por el taller B. L. G. S.L. (C.), abonando la aseguradora el total de la factura que asciende a 2.240,34 euros.

Asimismo acompaña los siguientes documentos: a) Fotocopia simple de la escritura de poder para pleitos y condiciones particulares de la póliza del seguro a nombre de D. F. B. M. con una cobertura a todo riesgo y franquicia de 180,30 euros; b) fotocopia del atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico el día 21 de mayo de 2002, a las 23,45 horas; c) informe del perito de la aseguradora valorando en 2.240,34 euros los daños y deduciendo la franquicia de 180,30 euros, con lo que totaliza la factura de reparación en 2.060,04 euros; d) fotocopia del documento privado por el cual la mercantil reclamante hace entrega al taller de reparación D. B. L. G. S.L. de un cheque nominativo del importe de la reparación del vehículo, de fecha 5 de septiembre de 2002, y documento por el que D. A. L. M., en representación del citado taller, declara haber recibido de la aseguradora G. M. la cantidad de 2.240,34 euros, en concepto de pago de la factura núm. 222.297,

por la reparación de los daños ocasionados en el vehículo Seat Toledo, matrícula X, propiedad de D. F. B. M.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de febrero de 2003 la instructora notifica al reclamante la información prevista en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC), sobre el plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y el efecto que pudiera producir el silencio administrativo. Asimismo le requiere para que mejore la solicitud con la copia debidamente compulsada de los documentos que acompaña, siendo cumplimentado, en parte, por la propietaria del vehículo el 21 de marzo siguiente y, el resto, por la aseguradora el 31 del mismo mes y año. Asimismo se le informa que el plazo queda en suspenso por haber sido solicitado en la misma fecha informe a la Dirección General de Carreteras, en su condición de titular del servicio cuyo funcionamiento ha podido causar la presunta lesión indemnizable.

TERCERO.- Tras reiteradas peticiones de informe a la Dirección General de Carreteras el 22 de diciembre de 2003, 22 de marzo, 15 de julio, 20 y 29 de octubre de 2004, y 2 de febrero de 2005, finalmente se emite el 18 de febrero siguiente por el Ingeniero Coordinador de Conservación de los Sectores Alcantarilla-Caravaca con el siguiente contenido:

“a) que el accidente producido en el km. 49 de la carretera C-3211 en el que el vehículo de la demandante impactó con tejas esparcidas sobre la calzada, pertenecientes a otro vehículo cuyo remolque quedó abandonado, ocurrió efectivamente a las 23,45 del 21-05-02 según se desprende del atestado de la Guardia Civil de Tráfico. b) que dada la hora nocturna no fue posible eliminar el obstáculo de inmediato que hubiera podido evitar el accidente interviniendo la brigada de conservación urgentemente una vez recibido el aviso de la Guardia Civil de Tráfico. c) que el propietario del remolque que al día de la fecha no ha sido posible localizar, no ha acudido a retirarlo de las instalaciones que la Dirección General tiene en Lorca. d) que se ha intentado conectar con el citado propietario a fin de hacerle conocer su responsabilidad y la obligación del abono de los daños producidos al vehículo demandante matrícula X.. e) en consecuencia y dadas estas circunstancias procede abonar a la Cía. de Seguros reclamante la cantidad a la que asciende la reparación de los daños producidos en el citado vehículo, que por otro lado parece adecuada y correcta”.

CUARTO.- Previo escrito de la compañía de seguros para que continúe el procedimiento, el 21 de marzo de 2005 la instructora solicita un informe técnico sobre la valoración de los daños al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras y, en la misma fecha, se envía un oficio a la Guardia Civil de Tráfico del Destacamento de Lorca solicitando la remisión de las Diligencias núm. 280/02, instruidas como consecuencia del accidente del que trae causa la presente reclamación.

QUINTO.- Con fecha 2 de abril de 2005 (registro de salida) el Teniente Jefe del Destacamento de la Guardia Civil de Lorca remite copia del atestado instruido como consecuencia del accidente.

SEXTO.- El Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras emite informe el 17 de mayo de 2005, con el siguiente contenido:

“1.- VALOR VENAL DEL VEHÍCULO:

La fecha de la primera matriculación que aparece en la fotocopia del permiso de circulación que se adjunta al expediente es la de 01/06/1999.

El valor venal del vehículo en la fecha de 21/05/02, atendiendo a la antigüedad del mismo es de 10.320 euros.

2.-VALORACIÓN DE LOS DAÑOS ATENDIENDO AL MODO DE PRODUCIRSE EL SINIESTRO

En relación al coste de la reparación que se detalla en la factura presentada hay que decir que el coste de las piezas, presuntamente sustituidas están valoradas conforme al precio de venta al público de las mismas. También el coste de la mano de obra y las operaciones de pintado están correctamente valoradas.

No obstante lo anterior, parece excesivo el número de piezas sustituidas, teniendo en cuenta que el choque se ha producido contra tejas o fragmentos de éstas, situadas sobre la superficie de la vía, que, entiendo yo, pueden afectar al parachoques, radiadores, recubrimiento del motor, etc. pero que no tienen por qué afectar, por ejemplo, al conducto de aspiración.

Así pues, a primera vista, parece algo exagerada la factura de la reparación atendiendo al modo de producirse el accidente”.

SÉPTIMO.- El 23 de mayo de 2005 (registro de salida) se otorga a la mercantil reclamante el trámite de audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP), sin que conste que haya presentado alegaciones.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 25 de septiembre de 2006, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial al existir relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, puesto que no se habría producido aquél si se hubieran retirado las tejas de la carretera cuando la Administración tuvo conocimiento de la situación, sin que actuara con celeridad.

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

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 RRP.

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, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran a la asegurada (D. F. B.

M.), 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.

¿Se han acreditado los requisitos para entender que la entidad aseguradora se ha subrogado en la posición jurídica de su asegurada?

El Consejo Jurídico coincide en parte con la instructora del expediente en que se ha acreditado la subrogación al haberse aportado la póliza del seguro suscrita con la propietaria del vehículo, en la modalidad de todo riesgo, con franquicia de 180,30 euros a cuyo pago viene obligada contractualmente la asegurada, por lo que la subrogación no puede alcanzar a esta cantidad, que sólo podrá reclamar la asegurada o la aseguradora con poder bastante, que en este caso no consta.

De otro lado, además del informe pericial ya referido, consta la factura de reparación del vehículo y que la entidad aseguradora expidió un cheque nominativo a nombre del titular del taller de 2.240,34 euros.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía según reconoce el informe de la Dirección General de Carreteras, a cuyas defectuosas condiciones de conservación se imputa el daño.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP.

Por último, respecto a la instrucción seguida, cabe destacar:

1) Debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP, al haber transcurrido más de 3 años y medio desde que se inició el procedimiento, que no se ha ajustado evidentemente a los principios de impulso de oficio, celeridad, eficacia y eficiencia que lo han de inspirar -incluso por mandato constitucional en el caso de los dos enunciados en último lugar-, como tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen núm. 77/2006.

2) A la excesiva demora en la tramitación del expediente ha contribuido decisivamente la no emisión por parte de la Dirección General de Carreteras de los informes técnicos requeridos durante el año 2004, que no reciben contestación del referido centro directivo, y que finalmente es emitido el 18 de febrero de 2005 reconociendo la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por ello conviene recordar lo que señalamos a este respecto en nuestro Dictamen núm. 77/2006: *“dado el carácter preceptivo y determinante de estos informes (artículo 11 RRP), procede significar la incidencia que su omisión ha de tener en el procedimiento cuya propuesta de resolución se somete a consulta. A tal efecto, el tercer apartado del artículo 83 LPAC dispone que, de no emitirse el informe en el plazo señalado, se podrán seguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, salvo cuando éste sea preceptivo y determinante para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos. Ahora bien, en este último supuesto, la interrupción no puede exceder de tres meses -artículo 42.5, letra c) LPAC- y tanto la suspensión como la reanudación del plazo deben ser comunicadas a los interesados. En el supuesto sometido a consulta, cuando la instructora solicita por*

primera vez el informe técnico de la Dirección General de Carreteras, acertadamente suspende el transcurso del plazo de tramitación y así lo comunica al interesado. Sin embargo ese acierto inicial se torna en desacierto cuando, a pesar de la no emisión del informe solicitado, continúa requiriéndolo durante más de un año". En el presente caso se reiteró su solicitud durante más de un año cuando de haberse realizado una actuación coordinada, aun de carácter verbal, el órgano instructor podría haber conocido las circunstancias en las que se produjo el accidente, sin haber esperado a su emisión escrita por parte de la Dirección General de Carreteras.

3) Pese al tiempo transcurrido existe un cierto vacío probatorio en relación con las partidas que se reclaman, imputable a la Administración, ya que, cuando se emite informe por el ingeniero técnico jefe de Parque de Maquinaria manifestando que parece excesivo el número de piezas sustituidas, no se realiza labor instructora complementaria, pidiendo al menos una concreción de las consideradas no adecuadas a la forma en que se produjo el accidente; por el contrario la propuesta de resolución asume la cantidad reclamada, si bien es cierto que el Ingeniero Coordinador de Conservación de los Sectores de Alcantarilla-Caravaca la considera adecuada.

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 que se produzca el nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de 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.

d) Que no exista fuerza mayor.

Acreditada la realidad del daño, según recoge la propuesta de resolución, conviene centrarse en si concurre en el presente supuesto otro de los requisitos imprescindibles para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial: el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados. Como regla general en materia de conservación y mantenimiento de las carreteras de titularidad regional, el Consejo Jurídico ha señalado (Memoria correspondiente al año 2003) que procede reconocer la responsabilidad patrimonial cuando el reclamante acredite que el accidente se produjo por no existir señalización suficiente y adecuada, que advirtiera al conductor de la existencia de riesgo o peligro especial, y que tal omisión administrativa contribuya a la producción del daño.

En el presente supuesto, como recoge la propuesta de resolución, se ha acreditado, a través del atestado de la Guardia Civil, la existencia de tejas que ocupaban la totalidad de la calzada, y que en el arcén se encontraba el remolque que las transportaba, sin que existiera señalización alguna que advirtiera del peligro.

Sobre el estándar de funcionamiento del servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras, cuyo rendimiento ha de ser valorado (STS, Sala 3ª, de 7 de octubre de 1997), la propia Dirección General de Carreteras reconoce que recibieron aviso de la Guardia Civil pero, dada la hora nocturna, no fue posible eliminar el obstáculo, y que el accidente podía haberse evitado si hubiera intervenido urgentemente la brigada de conservación.

Por ello, procede reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración al apreciarse una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial). Por otra parte resulta evidente la inexistencia de un deber jurídico para la reclamante de soportar el daño, producido cuando circula por una carretera de titularidad pública, en la confianza de que ésta cumple con las condiciones de uso y seguridad exigibles.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

Declarada la responsabilidad patrimonial, solamente resta por determinar su alcance mediante la fijación de la cuantía indemnizatoria. En la propuesta de resolución no se ha discutido la cantidad reclamada, la cual además ha sido suficientemente acreditada por la mercantil reclamante mediante la aportación de la factura de reparación del vehículo, cuyo importe, según el Ingeniero Coordinador de Conservación de los Sectores de Alcantarilla y Caravaca, es adecuado a los daños sufridos sin que, por otra parte, se haya completado la instrucción, a raíz del informe del Ingeniero Técnico jefe del Parque de Maquinaria, que si bien considera que las partidas están correctamente valoradas, le parece excesivo el número de piezas sustituidas. Dicha concreción, excluyendo las piezas no adecuadas a la forma de producción del accidente, correspondía a la Administración su probanza, como se indica en la Consideración Segunda; en su defecto ha de asumirse la indemnización reclamada, que ha de ser convenientemente actualizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC, con la salvedad de 180,30 euros, importe de la franquicia ya

aludida, por lo que la cantidad de la que en todo caso debe responder la Administración asciende a los 2.060,04 euros determinados por el perito.

No obstante, el Consejo Jurídico considera que han de continuar las actuaciones por parte de la Administración regional, a través de los cuerpos y fuerzas de seguridad, para determinar la titularidad del remolque y los materiales esparcidos en la carretera, con la finalidad de que la Administración pueda resarcirse, en la cuantía que corresponda, de la indemnización abonada.

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 al apreciar la concurrencia de los requisitos a los que la Ley anuda la generación de responsabilidad patrimonial, con la salvedad del importe de la cuantía a indemnizar que será la de 2.060,04 euros.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 168/06.- Revisión de oficio de licencia de obras para la construcción de tres viviendas promovidas por D.^a V. P. G. en el municipio de Águilas.

Consultante : Alcalde del Ayuntamiento de Águilas

Fecha: 30/10/06

Extracto de Doctrina

El Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo, como detalla en su Dictamen núm. 3491/1999,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de diciembre de 2005 (registro de entrada en el Ayuntamiento), D. V. P. G. solicitó licencia de obras para la construcción de 3 viviendas en la calle C. núm. X, esquina con la calle M. C., en la localidad de Águilas.

En el expediente de concesión de licencia se destacan las siguientes actuaciones:

a) Previo requerimiento a la promotora para que subsanara determinadas deficiencias en orden a completar la documentación aportada, el 10 de marzo de 2006 informa el arquitecto técnico municipal sobre los servicios urbanísticos de la parcela, así como la valoración de las obras de urbanización que tenían que ser completadas, y garantizadas para su ejecución simultánea con la edificación.

b) El arquitecto municipal emite informe el 16 de marzo de 2006, proponiendo la concesión de la licencia municipal solicitada, especificando que cumple la normativa urbanística de aplicación.

c) La Jefa de Sección de Licencias, Medio Ambiente e Información Urbanística libra informe favorable el 5 de abril de 2006, citando, entre los antecedentes, que la Comisión de Calificación Medio Ambiental del Ayuntamiento había informado también favorablemente la actividad de demolición el 11 de abril de 2006, cuyo acuerdo no consta en el expediente.

SEGUNDO.- La Junta de Gobierno Local, en su sesión de 17 de abril de 2006, otorga la licencia de obras solicitada, según certifica el secretario en funciones del Ayuntamiento de Águilas.

TERCERO.- Con fecha 30 de mayo de 2006, D. A. M. R. presenta una denuncia ante el Ayuntamiento de Águilas por la realización de obras en la Calle C. con esquina a M. C., consistente en un bajo y dos alturas cuando, según refiere, el planeamiento urbanístico en vigor sólo permite bajo y primera planta. Por ello solicita que el Ayuntamiento adopte las medidas oportunas para evitar una construcción indebida, pues considera que la obra infringe la normativa urbanística municipal.

CUARTO.- Girada visita de inspección a la obra al día siguiente de la denuncia, la arquitecta técnica municipal constata que se están realizando obras de construcción de un inmueble de tres plantas de altura, considerando que se incumple el Plan General Municipal de Ordenación (PGMO, en lo sucesivo) respecto a la altura máxima autorizada en la zona, que es de 7 metros (dos plantas).

QUINTO.- En fecha 1 de junio de 2006 el Alcalde de Águilas acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obras concedida a D. V. P. G., por incurrir en una infracción urbanística, al concederse tres plantas de altura en lugar de dos, citándose a este respecto un informe del arquitecto municipal de 31 de mayo -que no obra en el expediente- que viene a reconocer un error en el informe, previo a la licencia otorgada, emitido por los servicios técnicos.

Simultáneamente se acuerda conceder un trámite de audiencia a la promotora, así como la notificación a la constructora del acuerdo adoptado, al técnico autor del proyecto, y al director de las obras, ordenando la suspensión parcial del acto, concretamente las obras en la tercera planta, para evitar perjuicios ulteriores.

Por último se acuerda dar traslado al órgano jurisdiccional correspondiente en el plazo de diez días, a los efectos previstos en el artículo 127 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que establece un procedimiento especial en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos.

SEXTO.- Con fecha 15 de junio de 2006 se presentan alegaciones de contenido similar por la promotora (D. V. P. G.) y por la constructora (J., S. C.), asistidas por la misma

letrada, en las que exponen que la adopción del acuerdo municipal revisando la licencia y paralizándolo las obras de la tercera planta les ocasiona unos gravísimos perjuicios, que no tienen el deber jurídico de soportar, siendo la responsabilidad exclusiva del Ayuntamiento, que habrá de cuantificarla económicamente, de acuerdo con los artículos 141 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 6 y siguientes del Reglamento del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

También manifiestan que existen en la misma calle construcciones similares a la autorizada con tres alturas, a lo que responde la arquitecta técnica municipal, en su informe de 4 de agosto de 2006, que se trata de dos construcciones (de los años 1989 y 1990), anteriores a la entrada en vigor del Plan General vigente, y que se encuentran en régimen de fuera de ordenación.

SÉPTIMO.- Previa visita de inspección de 28 de agosto de 2006 para comprobar el estado de las obras, se adopta un nuevo acuerdo por la Alcaldía (Decreto de 30 de agosto de 2006) advirtiendo a la promoción y a los agentes intervinientes que persiste la suspensión parcial de las obras hasta que se adopte la resolución del procedimiento de revisión, recordándoles su responsabilidad si realizaran actos constructivos que afectaran a la tercera planta.

OCTAVO.- Previa propuesta de la Jefa de Sección de Licencias, Medio Ambiente e Información Urbanística, que hace referencia a posible caducidad del expediente y a la devolución de notificación por parte del TSJ de Murcia, por considerar que el órgano competente es el Juzgado de lo Contencioso Administrativo correspondiente, la Alcaldía adopta el acuerdo de 15 de septiembre de 2006, consistente en confirmar la incoación del expediente de revisión de la licencia de obras concedida a D. V. P. G., y de las actuaciones llevadas a cabo hasta ahora, dando traslado al órgano jurisdiccional competente en el plazo de diez días, así como al Consejo Asesor de la Comunidad Autónoma (se entiende que se refiere al Consejo Jurídico de la Región de Murcia), en petición de dictamen, notificando dicho acuerdo a los interesados.

NOVENO.- Con fecha 19 de septiembre de 2006 (registro de entrada), se traslada al Consejo Jurídico el anterior acuerdo, sin mayor concreción, lo que motivó que adoptara el acuerdo núm. 14/2006, en el que se indicaba, además de consignar un error en el precepto en virtud del cual se formulaba la consulta, que debía remitirse el expediente administrativo completo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico.

DÉCIMO.- Con fecha 11 de octubre de 2006, se ha recabado el Dictamen del Consejo Jurídico, al amparo de lo dispuesto en el artículo 232 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (en lo sucesivo LSRM), aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, acompañando los expedientes administrativos de concesión de licencia y de revisión de la misma.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La autoridad consultante ha recabado el Dictamen del Consejo Jurídico al amparo de lo previsto en el artículo 232 LSRM, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 232.- Revisión de actuaciones que constituyan infracción urbanística.

1. Cuando los actos de edificación o uso del suelo estuvieren amparados en licencia u orden de ejecución que de forma grave o muy grave infrinjan la normativa urbanística en vigor, en el momento de su concesión o adopción, se dispondrá su revisión por el Ayuntamiento, de oficio o a instancia de parte. De igual manera se actuará frente a los planes urbanísticos o instrumentos de ejecución ilegales.

En supuestos de nulidad se procederá en los términos del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, previo dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Se podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

En el supuesto de actos anulables se actuará de conformidad con el artículo 103 de la citada Ley, procediendo a su previa declaración de lesividad para los intereses públicos y a la suspensión, en su caso, de la ejecución de aquéllos.

(...)

3. Concluido el procedimiento de revisión de las licencias u órdenes de ejecución acordadas o dictadas que constituyan infracción urbanística grave o muy grave, y anulados dichos actos, la Corporación Local, acordará las medidas de restablecimiento previstas anteriormente. Dicho acuerdo se comunicará al interesado, indicándole plazo para llevar a cabo las medidas acordadas, todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan.

Finalizado dicho plazo sin que el interesado hay ejecutado voluntariamente el acuerdo antes referido, será ejecutado por el Ayuntamiento.

(...).”.

El precepto transcrito de la LSRM distingue dos vías procedimentales de revisión distintas en relación con la invalidez de los acuerdos urbanísticos, en función de si se considera que el acto está viciado de nulidad de pleno derecho, por incurrir en las causas tasadas previstas en el artículo 62.1 LPAC (los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los que tengan un contenido imposible; los que sean constitutivos de infracción penal; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado; 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; y cualquier otro que se establezca por disposición legal); o, por el contrario, si se considera que el acto está viciado de anulabilidad, por incurrir en una infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63 LPAC), remitiéndose en ambos casos a la legislación del procedimiento administrativo común

(artículos 102 y 103, respectivamente, LPAC). Conviene recordar que 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*”. Específicamente en materia de urbanismo, el artículo 302 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TRLR 1992), declarado vigente por la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, remite a las normas generales del procedimiento administrativo para la revisión de oficio de los actos y acuerdos en materia de urbanismo.

En consecuencia, como se ha indicado con anterioridad, en función de la infracción en que incurra el acto de concesión de licencia, ha de seguirse por la Corporación municipal el procedimiento previsto en el artículo 102 (nulidad de pleno derecho), o 103 (anulabilidad) ambos de la LPAC, a los que se remite el 232 de la Ley del Suelo regional, siendo preceptivo el Dictamen del Consejo Jurídico sólo si se trata de un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el artículo 102.2 LPAC, y no en el supuesto de actos anulables, en cuyo caso el Ayuntamiento tiene que declararlo lesivo para el interés público a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo (artículo 103.1 LPAC).

Poco concreta a este respecto la consulta efectuada, que se remite al acuerdo adoptado de ratificación de la iniciación del procedimiento de revisión de 15 de septiembre de 2006, que cita, entre sus fundamentos de derecho, el artículo 102 LPAC (revisión de actos nulos), aunque sin concretar en qué causa la subsume de las previstas en el 62.1 de la misma Ley, interpretándose por la invocación que también se hace al artículo 232 LSRM (que recoge el Dictamen preceptivo del Consejo en los supuestos de nulidad de pleno derecho) que se solicita por el órgano consultante con este carácter, en los términos previstos en el artículo 12.6 LCJ.

Alcanzada esta fase en la tramitación, pese a la falta advertida de una mayor concreción, el Consejo Jurídico, por su consideración de órgano superior consultivo en materia de administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, va a proceder a dictaminar el asunto sometido a su consulta, con las pertinentes recomendaciones sobre el procedimiento a seguir por parte del órgano consultante.

SEGUNDA.- Cuestiones previas: órgano competente, plazo y procedimiento.

1ª) Trámites realizados.

Aun cuando no se contemple expresamente en el artículo 102 LPAC, se ha otorgado un trámite de audiencia a los interesados (promotora y constructora que han presentado las correspondientes alegaciones), cuya importancia, tratándose de actos declarativos de derechos (con independencia de la discusión doctrinal sobre el carácter constitutivo o declarativo de la licencia de obras, llamada urbanística por el artículo 214, a) LSRM), se destacó en nuestro Dictamen núm. 11/2002; a diferencia del procedimiento para declarar lesivos los actos anulables, que sí recoge expresamente la audiencia con carácter previo a la declaración de lesividad (artículo 103.2 LPAC).

2ª) Órgano competente para resolver.

En cuanto al órgano municipal competente para la resolución de los procedimientos (excluido el régimen de organización de los municipios de gran población), el artículo 110.1 LBRL atribuye al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho, con independencia de que la iniciativa haya correspondido a la Alcaldía conforme indicábamos en nuestro Dictamen núm. 107/2005. Asimismo, la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento corresponde al Pleno (artículo 22.2.k LBRL y 103.5 LPAC), y la iniciativa para su propuesta al Alcalde, según recoge el artículo 21,1, l) de la LBRL.

3ª) Plazos.

Con carácter previo es preciso señalar que el plazo para ejercitar la acción de nulidad no está sujeto a caducidad y, además, 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).

Por el contrario, en relación con la anulabilidad, el artículo 103.2 LPAC establece el plazo de 4 años para adoptar la declaración de lesividad.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, en ambos casos (nulidad de pleno derecho o anulabilidad) es de tres meses, y su transcurso produce efectos distintos, según la iniciativa, de tal manera que tanto en la revisión de actos nulos de pleno derecho iniciada de oficio, como en la declaración de lesividad, se produce la caducidad, transcurridos los tres meses desde su iniciación (artículos 102.5 y 103.3 LPAC), a diferencia de la revisión de actos nulos de pleno derecho a solicitud de interesados, en la que el transcurso del plazo produce su desestimación. Lo anterior no significa que declarada la caducidad no pueda iniciarse un nuevo procedimiento de revisión, 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 y 138 de 2002, 34 de 2003 y 107 de 2005. De hecho, el acuerdo de la Alcaldía de 15 de septiembre de 2006, por el que se confirma la iniciación del expediente de revisión (equiparable más bien a una propuesta que se somete a este órgano consultivo), pretende eliminar de alguna forma las dudas sobre la caducidad del procedimiento por el transcurso de los tres meses desde su iniciación, teniendo en cuenta que la denuncia del particular no instaba la revisión de oficio, aunque podría inferirse de su petición genérica que se adoptaran las medidas oportunas. En todo caso, de sostenerse que la iniciativa es de oficio, el precitado acuerdo no se ajustaría a lo dispuesto en el artículo 42.1 LPAC, pues debe contener la declaración de caducidad, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento.

4ª) Remisión del acuerdo al órgano jurisdiccional competente.

Por último, en lo que concierne a lo acordado por el órgano consultante sobre el traslado al jurisdiccional del acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión en el que también se adopta, como medida cautelar, la suspensión parcial de las obras en la tercera planta, a los efectos previstos en el 127 LJCA, se desconocen las actuaciones municipales posteriores seguidas ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo correspondiente, si bien el Consejo Jurídico quiere advertir al órgano consultante que

el artículo 127 LJCA recoge un procedimiento especial que sólo es aplicable en los casos en que una ley ordene que la suspensión administrativa de actos o acuerdos de las Corporaciones Locales deba ir seguida de su traslado a la jurisdicción contencioso administrativa y, en el presente supuesto, el artículo 232 de la Ley del Suelo regional recoge cuáles son los cauces procedimentales de revisión de actuaciones que constituyan infracción urbanística, sin que contemple aquella previsión, a diferencia de la regulación contenida en el artículo 186 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, que sí disponía que la autoridad que acordara la suspensión procedería al traslado directo del acuerdo a la jurisdicción contencioso administrativa, hoy desplazado en la Región de Murcia por el artículo 232 LSRM, cuyo contenido ya se ha reproducido en la Consideración Primera .

TERCERA.- Examen del vicio en que incurre la licencia otorgada, y su valoración como supuesto de invalidez absoluta o relativa.

Se desprende del expediente, a través de los informes técnicos municipales, sobre todo el de la arquitecta técnica municipal de 31 de mayo de 2006, que el proyecto al que se otorgó la licencia de obras incumple la normativa urbanística del PGMO de Águilas, pues contempla 3 alturas, cuando la normativa de la zona (C-3: Edificación cerrada de transición) sólo permite dos plantas, como también reconoce el arquitecto municipal, en su informe de 31 de mayo, según se transcribe en el Antecedente Segundo del acuerdo de iniciación, achacándolo a un error, y solicitando la paralización inmediata de las obras. En todo caso, este último informe debería ser incorporado al expediente (no consta en el remitido al Consejo Jurídico), siendo conveniente que detalle pormenorizadamente la normativa vigente, en concreto la ordenanza y su aplicación a la parcela, en contraste con el proyecto presentado, y el motivo del error inducido o no, en parte, por el proyecto presentado, visado por el colegio profesional correspondiente, o por cierta imprecisión en la normativa urbanística vigente.

Alcanzado este punto ha de plantearse si el incumplimiento de la altura permitida en una planta puede subsumirse en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho o, por el contrario, se trata de una infracción del ordenamiento jurídico que debe ser atacada, por incurrir en anulabilidad, mediante la declaración de lesividad. Pese a no concretarse por el órgano consultante, que ni tan siquiera refiere la concreta causa de nulidad que motiva el presente procedimiento, como ya se ha indicado, y examinadas las causas previstas en el artículo 62.1 LPAC, de antemano, la única posible de aplicación *ab initio* al presente supuesto sería la prevista en el apartado f): “*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*”, excluido el apartado g) relativo a “*cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal*”, pues la normativa urbanística prescribe la nulidad de pleno derecho para las licencias que se otorguen con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres (artículo 255.2 TRLS de 1992, declarado vigente por la Ley estatal 6/1998).

Dejando a un lado, incluso, las posturas contrarias a la aplicación del motivo previsto en el 62.1, f) LPAC para los supuestos de concesión de licencia urbanística, puesto que, de acuerdo con la concepción del derecho urbanístico vigente (Ley estatal 6/1998), la licencia no da lugar al nacimiento de un derecho o facultad, sino que únicamente remueve un obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente, la causa descrita

de nulidad será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto, sobre la base de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla y la revisión de oficio la excepción. En este sentido, el Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo, como detalla en su Dictamen núm. 3491/1999, del que reproducimos, por su interés, el siguiente párrafo:

“El vicio de nulidad invocado en última instancia es interpretado de modo muy estricto por el Consejo de Estado (dictámenes...) entendiendo que para su apreciación requiere, no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo, y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, es decir los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto. En particular, procede subrayar que una interpretación amplia del supuesto del artículo 62.1.f) podría provocar -dada su potencial vis expansiva- una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos. No es ocioso recordar que, en la teoría de la invalidez de los actos, la nulidad constituye la excepción frente a la regla general de la anulabilidad.”

El Consejo Jurídico, con motivo de los Dictámenes núms. 12/99 y 138/02, consideró, en aplicación del apartado f) del artículo 62.1 LPAC, que se carece de los requisitos esenciales, por ejemplo, cuando se otorga una licencia respecto a suelos no edificables.

Sin embargo, en el presente supuesto la licencia afecta a un suelo urbano edificable (solar con la garantía de la ejecución simultánea de la urbanización y edificación), donde se permite el uso residencial, habiendo incumplido la licencia, según el acuerdo municipal de iniciación, la normativa de la zona en el concreto aspecto de las alturas (tres en lugar de dos). Es significativo a este respecto que la promotora del inmueble, en sus alegaciones, no cuestione el incumplimiento de la normativa aplicable en cuanto a las alturas, por lo que implícitamente está reconociendo la infracción, limitándose a señalar que en la misma calle existen edificaciones de altura similar a la proyectada, circunstancia que es aclarada por la arquitecta técnica municipal en el sentido de que son dos anteriores al planeamiento vigente, encontrándose en régimen de fuera de ordenación. De todo ello podemos deducir que se ha incumplido uno de los requisitos necesarios para edificar en la zona cuando se otorgó la licencia, tipificado como grave por la normativa regional, de acuerdo con el artículo 237.2, j) de la Ley del Suelo regional: “El incumplimiento de las normas relativas a uso y edificación (...)”. Por tanto, no puede hablarse de carencia de los requisitos esenciales para subsumir la infracción en el artículo 62.1.f) LPAC, sino de infracción de uno de los requisitos que establece el planeamiento para edificar.

En consecuencia, al no ser aplicables los supuestos tasados de nulidad de pleno derecho, y encontramos ante un acto de concesión de licencia que infringe de forma grave el ordenamiento urbanístico (artículo 63 LPAC y STS, Sala 3ª, de 21 de enero de 1986), al haberse suprimido por la Ley 4/1999 la posibilidad de revisar de oficio los actos anulables -cuando infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario-, el Ayuntamiento ha de declarar dicho acto de concesión de licencia lesivo para el interés público, mediante el procedimiento previsto en el artículo 103 LPAC, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional Contencioso Administrativo (artículos 19.2, 43, 45.4, y 46.5 LJCA), si bien es preciso hacer hincapié que el último de

los artículos citados establece que el plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a su declaración. Conviene no obstante aclarar que la lesividad va embebida en la propia infracción urbanística, como recuerda la STS, Sala 3ª, de 6 de junio de 1995: “*cuando se pretenda una anulación por lesividad habrá de acreditarse para la procedencia de la lesividad en sí, ahora bien, teniendo en cuenta que en la actualidad ha desaparecido la exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado...*”

CUARTA.- Otras cuestiones incidentales.

Del examen del presente expediente se derivan cuestiones sobre las que habrá de pronunciarse el Ayuntamiento: la responsabilidad patrimonial por el otorgamiento de una licencia errónea, como advierten y suscitan la promotora y constructora.

Respecto a la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por haber otorgado una licencia errónea, el artículo 44.2 de la Ley estatal 6/1998, ya citada, establece que, cuando se produzca la anulación de una licencia, los perjudicados podrán reclamar de la Administración el resarcimiento de daños y perjuicios causados en los casos y con la concurrencia de los requisitos previstos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables a los interesados.

¿Cuándo deben determinarse los perjuicios ocasionados a los interesados por la anulación del acto de concesión de licencia?

El artículo 102.4 LPAC recoge que las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de un acto, podrán establecer en la misma resolución las indemnizaciones que procedan cuando se den las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1, si bien el Ayuntamiento puede posponer tal reconocimiento a la previa anulación del acto, posibilidad también prevista en los artículos 44.2 de la Ley 6/1998 y 102.4 LPAC, ya citados.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la adopción de las medidas pertinentes por parte del Ayuntamiento, a raíz de la denuncia presentada, limitó el alcance de los perjuicios irrogados (se comprueba por las fotografías existentes) si atendemos a la siguiente secuencia temporal de las actuaciones:

- El 17 de abril de 2006 se otorgó la licencia de obras por la Junta de Gobierno Local.

- El 30 de mayo siguiente se denuncia por un particular la construcción de las obras.

- Al día siguiente, el 31 de mayo, se visitan las obras por la arquitecta técnica municipal, considerando que se incumple la altura autorizada por el PGMO.

- El 1 de junio siguiente, una vez que se ha detectado el error en la concesión de licencia, se acuerda iniciar el procedimiento de revisión, suspendiendo parcialmente el acto de concesión de licencia en lo que afecta a la tercera planta. Por lo tanto, se actuó tempranamente en la paralización de la ejecución material en esta tercera planta.

Por otra parte, habrá de determinarse por parte del Ayuntamiento, una vez se fijen o concreten los perjuicios irrogados, en su caso, si existe alguna responsabilidad por parte

del personal al servicio de las Administraciones Públicas al informar favorablemente el otorgamiento de la licencia (artículo 145.2 LPAC), en atención a los criterios expuestos en el citado precepto, y a otras circunstancias, y si el proyecto presentado por la promotora o el visado colegial correspondiente pudo contribuir en su actuación.

QUINTA.- Sobre las siguientes actuaciones que proceden por parte del Ayuntamiento.

Apreciada una infracción tipificada como grave por el ordenamiento urbanístico regional, el órgano consultante habría de seguir el siguiente procedimiento:

1) En un único acuerdo proceder al archivo del procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, e iniciar el procedimiento para declarar lesivo al interés público el acto de concesión de licencia, en los términos previstos en el artículo 103 LPAC, 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, aunque no puede eludirse, en opinión del Consejo Jurídico, un nuevo trámite de audiencia a los interesados, para despejar cualquier duda acerca de la naturaleza del procedimiento que se inicia y plazos. También se puede acordar la medida cautelar de la suspensión parcial de obras afectadas de la tercera planta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 232, último párrafo, LSRM, y la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos a que se refiere el artículo 307, apartados 6 u 8 del TRLS de 1992, declarado vigente por la Ley 6/1998. No obstante convendría incorporar a este nuevo procedimiento un informe detallado del arquitecto municipal sobre la aplicación de la ordenanza C-3 de la Revisión del PGMO de Águilas a la parcela objeto de licencia, antes de la audiencia a los interesados, y motivo del error.

2) Tras el trámite de audiencia, la Alcaldía habrá de proponer al Pleno la declaración de lesividad, que habrá de adoptarse en un plazo máximo de tres meses desde la iniciación, e interponerse el recurso de lesividad ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa durante dos meses contados desde el día siguiente a la fecha de la declaración.

3) En este procedimiento para la declaración de lesividad no será preceptiva la emisión de Dictamen por el Consejo Jurídico.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se recomienda al Ayuntamiento que reconduzca el expediente por la vía revisora prevista en el artículo 103 (anulabilidad), en relación con el 63 LPAC, por tratarse de un acto que infringe de forma grave la normativa urbanística (Consideración Tercera), declarando el Pleno municipal su lesividad para el interés público, previa audiencia a los interesados, dentro del plazo que a tal efecto se establece (tres meses) desde su iniciación, a fin de proceder a su impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como se detalla en la Consideración Quinta, sobre las actuaciones que proceden por parte del Ayuntamiento.

SEGUNDA.- Se trasladan al órgano consultante las cuestiones incidentales que suscita la presente consulta (Consideración Cuarta).

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 169/06.- 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: 06/11/06

Extracto de Doctrina

La ausencia de dicha propuesta de resolución impide la emisión de Dictamen en este estadio del procedimiento, toda vez que, de hacerlo sobre el fondo, se estaría anticipando el momento en que cabalmente ha de producirse aquél, el cual, de conformidad con la condición de superior órgano consultivo en materia de gobierno y administración que corresponde al Consejo Jurídico (artículo 1.1 LCJ), y el necesario carácter final de su Dictamen (artículo 2.4 LCJ, Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1246/1993 y Dictamen de este Consejo Jurídico 42/2004), ha de producirse sólo al término del procedimiento, precediendo inmediatamente a su resolución. Y ese carácter terminal de la intervención de los superiores órganos consultivos de cada ámbito, no puede ser eludido o desvirtuado mediante una consulta anticipada, como la presente, que habría de considerarse meramente potestativa.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de marzo de 1999, el Ayuntamiento de Los Alcázares y la mercantil U., S.A. formalizan contrato de gestión del servicio de recogida domiciliaria de residuos sólidos urbanos, ramajes, podas, enseres abandonados, limpieza de solares y limpieza viaria, y construcción de la obra “veinte puntos de contenerización soterrados” en el Término Municipal de Los Alcázares.

El objeto del contrato, según el Pliego de Cláusulas Administrativas, “viene dado por la gestión del servicio de recogida domiciliaria de residuos sólidos urbanos, podas, ramajes, enseres abandonados y animales muertos así como limpieza de solares y limpieza viaria en el emplazamiento correspondiente a la ubicación de los contenedores de residuos sólidos urbanos del término municipal de Los Alcázares de acuerdo con las determinaciones contenidas en el presente Pliego, en el Reglamento del servicio de recogida domiciliaria de residuos sólidos urbanos aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Los Alcázares y las órdenes dictadas por los órganos municipales competentes para ordenar el servicio.

Asimismo, la adjudicación del servicio lleva aparejada la construcción por el adjudicatario, sin coste adicional alguno respecto del ofertado, de veinte puntos de contenedores soterrados en los emplazamientos a tal efecto designados por el Ayuntamiento que deberán estar concluidos en el plazo máximo de tres meses contados desde la fecha de formalización del contrato.

Una vez practicada la recogida de residuos sólidos urbanos habrá de verificarse la transferencia mediante su transporte a vertedero, tratamiento y eliminación de las basuras domésticas y cualesquiera residuos descritos procedentes de las viviendas,

comercios, edificios, establecimientos públicos e industrias, incluso mercados sitios dentro del término municipal sin excepción alguna.

Incluye el servicio la recogida mediante escoba y recogedor, o sistema sustitutivo, de cualquier residuo de basura que, sito en la vía pública se deposite fuera del recipiente concebido a tal fin (a modo de ejemplos meramente enunciativos, no limitativos, se enuncian dentro del ámbito de actuación los residuos sólidos urbanos que, por colmatación del recipiente o contenedor que habría de albergarlos se depositan fuera del mismo, restos que quedan en la vía pública después de celebrarse los mercados, los depositados en la vía pública por rotura o incorrecta manipulación de los recipientes, residuos procedentes de roturas de bolsas por animales,...) y su traslado a vertedero.

A) Recogida de residuos sólidos urbanos: Comprende la recogida de los residuos y basuras depositados en contenedores u otros recipientes adecuados dispuestos al efecto, que serán introducidos en camiones recolectores y compresores.

Se entiende por residuo sólido urbano, 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.

B) Limpieza de solares: La limpieza de solares conlleva la retirada de cuantos desechos, escombros, podas y otros elementos similares estén depositados en los mismos.

C) Limpieza de la vía pública: Comprende exclusivamente la limpieza de la vía pública una vez transcurridos los dos mercados que tienen lugar una vez por semana cada uno de ellos.

Mercado emplazado en las Calles Rambla, Los Catalanes y adyacentes (actualmente tiene lugar todos los martes del año sin perjuicio de que pueda ser alterado el día de celebración del mismo y su emplazamiento).

Mercado emplazado en Los Narejos, Calle Oslo y adyacente o emplazamiento que se designe en su defecto (tiene lugar todos los sábados del año sin perjuicio de la alteración por la Corporación del día señalado).

D) Recogida de enseres abandonados, escombros y cadáveres de animales: Comprende la recogida diaria tanto de cadáveres de animales domésticos, escombros así como enseres (colchones, muebles viejos, cocinas, lavadoras, inodoros, etc..) como servicio análogo al de recogida diaria de basura que habrá de prestarse ineludiblemente por el adjudicatario del servicio de forma simultánea a la recogida de residuos sólidos urbanos tanto si el depósito de los enseres, escombros, animales, desechos se verifiquen en superficies de suelo de titularidad privada como en el caso de que el depósito se verifique sobre superficies de dominio público.

E) Transporte, tratamiento y eliminación de todos los residuos sólidos urbanos y desechos relacionados: el adjudicatario estará obligado a verificar el transporte, tratamiento y eliminación de los residuos y desechos relacionados en la forma y condiciones establecidas por la normativa de aplicación así como en virtud de los convenios, acuerdos suscritos por el Ayuntamiento o Consorcios en los que se integre el municipio de Los Alcázares. A este respecto significar que el Municipio de Los Alcázares está integrado en el Consorcio de Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Región

de Murcia. Esta prestación se entiende incluida en el ámbito de gestión del servicio sin incremento del precio final ofertado por el adjudicatario.

F) Obras de soterramiento de contenedores: El adjudicatario deberá verificar en el plazo máximo de tres meses contados desde la formalización del contrato la instalación de veinte puntos de contenedores (con al menos cuatro contenedores cada uno de ellos) en los emplazamientos designados a tal fin por el Ayuntamiento previa aportación del proyecto técnico y las autorizaciones y licencias que resulten exigibles. Concluidas las obras, previa aportación de certificado final de obras expedido por el Director Técnico de las mismas, éstas quedarán incorporadas automáticamente al dominio público local”.

La duración del contrato es de diez años y se fija el precio anual en 64.837.268 ptas. (389.679,82 euros), que el Ayuntamiento pagará en doce mensualidades, conforme al detalle establecido en el contrato, en los cinco primeros días del mes siguiente al de devengo.

SEGUNDO.- El comienzo de ejecución del contrato es inmediato, dado que la mercantil adjudicataria ya prestaba el servicio en virtud de otro contrato formalizado en 1995.

TERCERO.- El 6 de abril de 2000, es decir, cumplido un año de prestación del servicio, el Pleno de la Corporación Municipal pone de manifiesto diversas deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tales como el déficit de un número importante de contenedores y la no construcción-instalación de los 20 puntos de contenerización soterrados. Asimismo se recuerda a la contratista la necesidad de contar con una nave-almacén para los vehículos e instalaciones.

Tras intimar a la contratista a cumplir con sus obligaciones y fijarle un plazo para ello, con advertencia expresa de resolución, la mercantil contesta, alegando que necesita de actuaciones previas del Ayuntamiento (concesión de licencias, autorización para la instalación de los contenedores y localización de los mismos).

CUARTO.- Con fecha 5 de mayo de 2000, U. comunica al Ayuntamiento que, debido al incremento del volumen de residuos, que supera ampliamente (en 1.548 toneladas) las previsiones de producción tomadas en consideración en la oferta realizada en la licitación del contrato (6.000 toneladas.), debe incrementarse también el precio a facturar al Ayuntamiento, tomando como referencia el coste medio por tonelada contenido en el estudio económico de su oferta.

Aplicando dicho criterio, reclama al Ayuntamiento el abono de 16.727.688 ptas. en concepto de exceso de toneladas.

Tras justificar documentalmente el referido incremento de la producción, el 6 de noviembre de 2000, la Comisión de Gobierno estima la reclamación de cantidad.

QUINTO.- El 5 de junio de 2002, U., S. A. propone la aplicación de una fórmula polinómica de revisión de precios, referenciada al Índice de Precios al Consumo, que habría de aplicarse anualmente y de forma automática “*todo ello de acuerdo con el anexo técnico justificativo que se acompaña*”. En dicho anexo se contiene un apartado, denominado “contraprestaciones”, en cuya virtud la mercantil dejaría de realizar los contenedores soterrados (que valora en 120.202,46 euros).

Además, ante la inminente entrada en funcionamiento de las plantas de transferencia y tratamiento de Los Alcázares y Ulea, respectivamente, y dado que el Ayuntamiento

pertenece al Consorcio de Gestión de Residuos Sólidos de la Región de Murcia (C.) y que la facturación del tratamiento la realizará el Consorcio a los Ayuntamientos miembros, propone que sea la Corporación Local la que abone directamente al Consorcio el importe del tratamiento de los residuos.

Con fecha 18 de julio siguiente, el Pleno acuerda “*aprobar la fórmula de revisión del canon, tal y como aparece recogida en el expediente*”, que se aplicará a partir del 1 de abril de 2002.

SEXTO.- Con fecha 31 de octubre de 2002, la contratista reclama al Ayuntamiento el pago de facturas por un importe global de 683.806,88 euros. Un nuevo requerimiento en tal sentido se efectúa con fecha 8 de mayo de 2003.

SÉPTIMO.- El 13 de noviembre de 2002, un Técnico Municipal elabora informe sobre deficiencias advertidas en la prestación del servicio. No consta en el expediente que fuera notificado a la contratista. Entre los incumplimientos contractuales puestos de manifiesto, se enumeran los siguientes: incumplimiento de normas medioambientales; no presentación de planos digitalizados de ubicación de contenedores ni actualización; gran número de contenedores rotos y no reparados; no se ha cumplido con la mejoras contenidas en la oferta de la empresa en el número de contenedores a aportar; falta de limpieza de los contenedores y de sus alrededores; y frecuencia de fregado de contenedores insuficiente.

OCTAVO.- Con fecha 13 de enero de 2005, la mercantil comunica al Ayuntamiento una deuda, a 31 de octubre de 2004, de 1.098.170,4 euros, por lo que solicitan de la Corporación su reducción hasta alcanzar una demora máxima de 90 días desde la presentación de la factura.

NOVENO.- El 19 de enero, el Secretario del Ayuntamiento emite informe en el que manifiesta la imposibilidad de practicar revisión de precios en el contrato de recogida RSU por excluirlo expresamente el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares.

Enumera, además, los siguientes incumplimientos de obligaciones contractuales por parte de U.:

- a) Forzar la revisión del contrato en contra de lo establecido expresamente en el mismo.
- b) Forzar la aplicación de una nueva fórmula de revisión en contra de lo establecido expresamente en el contrato.
- c) Incumplimiento de 20 puntos de contenerización soterrados.
- d) Tratamiento y eliminación de los residuos.
- e) Facturación por encima de los precios contratados.

Concluye el informe afirmando que la Corporación debe llevar a efecto las siguientes actuaciones:

- 1) Reprobar la cantidad señalada por la mercantil como deuda, con base en que el contrato no prevé revisión de precios alguna.
- 2) Revocar el Acuerdo de 18 de julio de 2002, por el que se aprobó la revisión del canon, atendido su carácter gravoso y desfavorable y la necesaria invariabilidad de las fórmulas de revisión durante toda la vigencia del contrato que imponen los artículos

105.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), y 104.3 de su texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

3) Resolver el contrato por aplicación de la causa prevista en el artículo 111, g) TRLCAP, al considerar incardinable en la misma las siguientes actuaciones: a) forzar la revisión de precios; b) no instalar los contenedores soterrados; y c) facturar por encima de los precios fijados en el contrato.

4) Incoar un nuevo expediente de contratación, partiendo del equilibrio financiero, que contemple el rendimiento de las tarifas y el coste total del servicio, integrado por el precio del contrato y las cuotas que han de abonarse a C..

Finaliza el informe manifestando que la situación actual resulta insostenible, pues la deuda cuantificada por U. como pendiente de cobro (1.219.063,63 euros -total de las derivadas del contrato de gestión de residuos sólidos, más el de limpieza viaria-), sumada a la correspondiente al Consorcio de Residuos (535.467,87 euros), comporta un desequilibrio inasumible por el Ayuntamiento, toda vez que la autorización de un incremento de los costes pasa necesariamente por el incremento de las tarifas, en tanto que éstas deben cubrir el coste total del servicio, al no ser posible neutralizar déficit por insuficiente rendimiento de las tarifas con el rendimiento de otros impuestos.

DÉCIMO.- Por resolución de 7 de abril de 2005, el Alcalde-Presidente de la Corporación ordena iniciar expediente de contratación de los servicios de recogida domiciliar de basuras, residuos sólidos urbanos, limpieza de solares, recogida de enseres abandonados, limpieza viaria y explotación del Punto Limpio "E."

UNDÉCIMO.- El 11 de abril, U. S. A. solicita la revisión del canon anual desde enero de 2005, conforme a la fórmula de revisión acordada.

DUODÉCIMO.- El 19 de abril, el Pleno de la Corporación acuerda, con fundamento en los artículos 111, g) y 104 TRLCAP, 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), y 24.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, declarar la resolución de los contratos de los servicios de recogida domiciliar de residuos sólidos urbanos y de limpieza viaria, si bien la contratista deberá seguir prestando los servicios hasta la adjudicación del nuevo contrato.

Asimismo, acuerda la incoación de expediente de contratación de ambos servicios.

El Acuerdo es notificado a la contratista el 28 de abril de 2005.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 25 de mayo de 2005, U., S.A. interpone recurso de reposición con base en los siguientes argumentos:

- Validez y vigencia de los contratos, restando 4 años para la finalización del de recogida de residuos y 6 para la del de limpieza viaria, sin que se haya formulado denuncia de los mismos por el Ayuntamiento. Afirma que se ha prestado el servicio conforme a los contratos y a sus pliegos de condiciones.

- Ausencia de motivación del acto recurrido. Pues no se especifican los incumplimientos contractuales que permiten aplicar la causa de resolución establecida por el artículo 111, letra g).

- Omisión del Dictamen del Consejo Jurídico.
- Indefensión por no haber podido acceder al expediente de resolución.

Finaliza el recurso solicitando la suspensión del Acuerdo impugnado.

DECIMOCUARTO.- El 30 de mayo de 2005, con ocasión del trámite de información pública a que son sometidos los pliegos del nuevo contrato, la mercantil presenta alegaciones en las que, además de reiterar los argumentos expuestos acerca de la improcedencia de la resolución de los contratos, que siguen vigentes, solicita la declaración de nulidad de la nueva licitación, al amparo del artículo 62, letra c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en tanto que acto de contenido imposible al versar sobre unos servicios que ya son objeto de prestación en virtud de contratos en vigor.

Asimismo, solicita la suspensión de la nueva licitación.

DECIMOQUINTO.- El 5 de julio de 2005, U., S.A. comunica al Ayuntamiento que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 LPAC, entiende suspendidos tanto el acto recurrido como el expediente de contratación, pues han transcurrido 30 días desde que solicitó dicha suspensión, sin que la Administración haya resuelto expresamente al respecto.

DECIMOSEXTO.- Con fecha 11 de julio de 2005, la Junta de Gobierno Local adopta un Acuerdo por el que pone de manifiesto lo siguiente:

a) El contratista ha incumplido la obligación esencial de transporte, tratamiento y eliminación de todos los residuos sólidos urbanos y desechos relacionados que le imponía el contrato, de donde deriva la existencia de una causa de resolución contractual al amparo del artículo 111, letra g) TRLCAP.

b) No procede en ningún caso revisión de precios, de conformidad con la Cláusula Quinta del Pliego de Condiciones Administrativas.

c) Se ha incumplido parcialmente la obligación de instalar puntos de contenerización soterrados, que debía haber verificado el contratista en los tres meses siguientes a la formalización del contrato.

d) El Ayuntamiento no ha autorizado las facturas que relaciona en el Acuerdo.

e) Las facturaciones de la empresa por encima de lo estipulado en el contrato, más los costes de transporte, tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos, ha dado lugar a una situación insostenible que pasa por la resolución de los contratos y la revisión de las tarifas por la prestación del servicio.

Por ello, acuerda lo siguiente:

- 1) Rechazar las facturas que no se ajusten a los precios fijados por los contratos.
- 2) Abonar aquellas que se ajusten a tales precios.
- 3) Las facturas que incurran en exceso sobre los precios contractuales se abonarán sólo hasta el límite de éstos.

Este acuerdo se notifica a la contratista el 15 de julio de 2005.

DECIMOSÉPTIMO.- Durante el mes de julio de 2005, los Servicios Técnicos del Ayuntamiento emiten informes sobre deficiencias advertidas en la prestación el servicio. Constan en el expediente los correspondientes a los días 14, 18, 21, 22 y 25 de julio.

DECIMOOCSTAVO.- Con fecha 25 de agosto de 2005 el Secretario del Ayuntamiento elabora un informe que recoge las siguientes causas de resolución del contrato:

a) Modificación en el contrato que implica alteraciones de su precio en cuantía superior al 20% del precio primitivo del contrato o representa una alteración sustancial del mismo (art. 214, c) TRLCAP).

b) Facturación reiterada por encima de los precios del contrato, que califica como alteración sustancial del mismo (art. 111, g) TRLCAP).

c) “Revisión de los contratos en contra de lo establecido expresamente en los mismos”.

d) Formular revisión de precios en contra de lo establecido por el artículo 104.3 TRLCAP.

e) Incumplimiento parcial de 20 puntos de contenerización soterrada.

f) Recogida de residuos sólidos urbanos fuera del término municipal, cargándose por U. al Ayuntamiento de los Alcázares servicios prestados al de Cartagena.

DECIMONOVENO.- Durante el mes de octubre de 2005 (días 7, 8, 14 y 18), se vuelven a emitir informes relativos a las deficiencias del servicio, de los que se da traslado a U., S.A.

VIGÉSIMO.- Con fecha 28 de octubre de 2005, el Alcalde-Presidente de la Corporación solicita la emisión de dictamen del Consejo Jurídico.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Con fecha 7 de noviembre, la Junta de Gobierno Local acuerda remitir a la mercantil los informes de deficiencias elaborados por los Servicios Técnicos municipales los días 22, 23 y 25 de octubre de 2005. No consta que dichos informes fueran recibidos por U., S. A.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- El 18 de noviembre recibe el Ayuntamiento providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cartagena, por la que se requiere el envío del expediente administrativo para su unión a las actuaciones que por los cauces del procedimiento ordinario (núm. 630/2005) se siguen ante el Juzgado como consecuencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por U., S.A. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 11 de julio de 2005, por el que se rechazan las facturas presentadas por la mercantil, y contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto frente al Acuerdo del Pleno de la Corporación, de 19 de abril de 2005, por el que se resuelven los contratos de recogida domiciliaria de residuos sólidos urbanos y de limpieza viaria.

VIGÉSIMOTERCERO.- Con fecha 24 de noviembre de 2005, se elabora un nuevo informe de deficiencias en las máquinas e instalaciones afectas al servicio, que es notificado a la mercantil el 19 de diciembre siguiente.

VIGÉSIMOCUARTO.- El 13 de diciembre de 2005, el encargado de la mercantil en Los Alcázares remite una carta al Concejal de Servicios Industriales del Ayuntamiento

para poner en su conocimiento que, en contra de lo expresamente indicado por el Ayuntamiento, un directivo de la empresa le había ordenado que continuaran vertiéndose en los camiones de residuos sólidos urbanos las ramas procedentes de las podas.

Pocos días mas tarde, el 20, el Ayuntamiento recibe un escrito del representante sindical de la empresa en el Municipio, que pone de manifiesto las condiciones en que los trabajadores del servicio han de prestarlo.

VIGÉSIMOQUINTO.- Por Acuerdo del Pleno de la Corporación de 22 de diciembre de 2005, se estima el recurso de reposición formulado por la empresa frente al Acuerdo de 19 de abril de 2005, que se deja sin efecto. Asimismo, se acuerda dar audiencia a la mercantil, por plazo de quince días, de los informes técnicos de deficiencias, las actas de inspección que los sustentan y los escritos presentados por sus propios trabajadores. La notificación del Acuerdo tiene lugar el 2 de enero de 2006.

En ese mismo Acuerdo, se solicita al Consejo Jurídico que se tenga por desistido al Ayuntamiento de su anterior petición de Dictamen.

VIGÉSIMOSEXTO.- El 20 de enero de 2006, U., S.A. presenta escrito de alegaciones en el que expone que:

a) En la notificación del Acuerdo no se expresa en el curso de qué tipo de procedimiento (sancionador, de resolución contractual, de imposición de penalidades) se confiere la audiencia.

b) Dado el tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos que se recogen en los informes (julio de 2005), se le produce una grave indefensión.

c) En las actas no consta la presencia de U., S.A. durante las inspecciones.

Asimismo, rechaza el resto de deficiencias técnicas advertidas, analizando uno a uno los informes técnicos de los que se le ha dado traslado, solicitando el archivo del expediente por no acreditarse que los hechos denunciados sean imputables a la contratista.

VIGÉSIMOSEPTIMO.- El 22 de enero, un Técnico municipal elabora informe para contestar a las alegaciones presentadas por la mercantil. 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.

El 31 de enero el Secretario de la Corporación elabora informe jurídico en el que, con base en el antedicho informe técnico, propone desestimar las alegaciones formuladas por la mercantil y que se solicite del Consejo Jurídico la emisión del preceptivo Dictamen.

VIGÉSIMOCTAVO.- La Alcaldía-Presidencia, vistos los informes técnico y jurídico antedichos, eleva al Pleno municipal, en fecha 1 de febrero de 2006, propuesta de adopción de los siguientes acuerdos:

1º. Desestimar las alegaciones de U. S.A. por los motivos expresados en los informes técnico y jurídico obrantes en el expediente.

2º. Solicitar del Consejo Jurídico de la Región de Murcia la emisión de informe con carácter previo a la resolución que corresponda adoptar por el Ayuntamiento de Los Alcázares, a fin de que dictamine respecto a la procedencia de acordar la resolución del

contrato de recogida de residuos sólidos urbanos en función de los incumplimientos por parte de la mercantil U., S.A., de sus obligaciones contractuales esenciales.

3º. Que se libre certificación para su traslado a la mercantil U., S.A., así como al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, con traslado del expediente completo de contratación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos.

Dicha propuesta es informada favorablemente, “*en su integridad literal*”, por la Comisión Informativa de Hacienda, Presidencia y Desarrollo Local.

VIGÉSIMONOVENO.- Con fecha 3 de febrero de 2006, el Ayuntamiento en Pleno acuerda desestimar las alegaciones presentadas por U., S.A. y solicitar del Consejo Jurídico la emisión del preceptivo Dictamen acerca de la procedencia de resolver el contrato de recogida de residuos sólidos urbanos, atendidos los incumplimientos de la contratista. El acuerdo se notifica a la mercantil el 21 de febrero de 2006.

TRIGÉSIMO.- Consta en el expediente extracto de secretaría que, tras sintetizar los incumplimientos contractuales que el Ayuntamiento imputa a U., S.A., matiza que si bien se encuentra pendiente de resolución judicial el procedimiento ordinario tramitado a instancias de la mercantil contra los Acuerdos plenarios de 19 de abril y 11 de julio de 2005, comoquiera que el recurso de reposición en su día interpuesto frente al primero de los Acuerdos fue estimado por el Ayuntamiento, la litis ha quedado reducida a dilucidar las divergencias existentes entre las partes del contrato en relación a las facturaciones giradas por la empresa, lo que en nada afecta a la determinación de la procedencia o no de resolver el contrato.

En tal estado de tramitación se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 15 de septiembre 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 el artículo 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).

En efecto, el artículo 12.7 LCJ declara el carácter preceptivo de nuestro Dictamen en los procedimientos de resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista. Ahora bien, tal preceptividad sólo es predicable del Dictamen que ha de ser emitido una vez instruido el procedimiento resolutorio en su integridad y precediendo de forma inmediata a la resolución, pero no de aquel que, como el presente, se solicita en una fase del procedimiento previa a la formulación de la propuesta de resolución del procedimiento.

Y es que, como en otras consideraciones de este Dictamen se razona, el expediente remitido carece del texto definitivo de la propuesta del acto que constituye el objeto de la consulta, tal y como exige el artículo 46.2, letra c) 1º del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (RCJ).

La ausencia de dicha propuesta de resolución impide la emisión de Dictamen en este estadio del procedimiento, toda vez que, de hacerlo sobre el fondo, se estaría anticipando el momento en que cabalmente ha de producirse aquél, el cual, de conformidad con la condición de superior órgano consultivo en materia de gobierno y administración que corresponde al Consejo Jurídico (artículo 1.1 LCJ), y el necesario carácter final de su Dictamen (artículo 2.4 LCJ, Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1246/1993 y Dictamen de este Consejo Jurídico 42/2004), ha de producirse sólo al término del procedimiento, precediendo inmediatamente a su resolución. Y ese carácter terminal de la intervención de los superiores órganos consultivos de cada ámbito, no puede ser eludido o desvirtuado mediante una consulta anticipada, como la presente, que habría de considerarse meramente potestativa.

Distinta calificación corresponderá a la intervención del Consejo Jurídico de la Región de Murcia si el Ayuntamiento, finalmente, considera que los incumplimientos de la contratista constituyen causa de resolución y formula propuesta en tal sentido, pues, en ese caso, nuestro Dictamen, emitido inmediatamente antes de la resolución, sí será preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

1. De conformidad con el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente. Sin embargo, en el procedimiento objeto de consideración no consta acuerdo iniciador alguno, pues no cabe calificar como tal el acto por el que se acuerda dar audiencia a la contratista, acto éste que se incardina en la fase de instrucción del procedimiento.

2. La ausencia de acto iniciador del procedimiento coadyuva a la indeterminación del objeto de aquél en cuyo seno se produce el trámite de audiencia, como indica la propia contratista en su escrito de alegaciones, al manifestar que no sabe si está ante un expediente sancionador para la imposición de penalidades contractuales, o bien ante un procedimiento de resolución del contrato. Ello no obstante, el Acuerdo plenario de 22 de diciembre de 2005, por el que se le concede audiencia, sí expresa que el trámite se concede *“con carácter previo a cualquier decisión que se adopte, en su caso, con relación a los mismos, inclusive la resolución de los respectivos contratos, para la adopción del correspondiente acuerdo por el Pleno de la Corporación”*.

La identificación del objeto del procedimiento constituye un requisito para que el trámite de audiencia cumpla su finalidad participativa y contradictoria, debiendo conocer el interesado a qué tipo de procedimiento se enfrenta. Ahora bien, en el acto municipal por el que se le concede el trámite de audiencia se indica claramente la posibilidad de que los incumplimientos que en el mismo se le ponen de manifiesto e imputan pueden llegar a determinar la resolución del contrato. Por ello, si bien lo correcto habría sido especificar de forma rotunda y sin vacilación que la audiencia se confiere como un trámite previo a la extinción de los contratos, la empresa conoce las consecuencias resolutorias del

procedimiento y presenta sus alegaciones, por lo que ninguna indefensión se le causa. En consecuencia, y en aplicación de la doctrina general (por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de junio de 2002) que sostiene que las irregularidades habidas en relación al trámite de audiencia no deben determinar la invalidez del acto cuando se haya cumplido la finalidad principal del trámite, es decir, que no se produzca indefensión del interesado, y que se tengan en cuenta sus razonamientos y pretensiones al dictar el acto que exprese la voluntad del órgano administrativo, debe manifestarse que la falta de precisión en la información a la contratista acerca del objeto resolutorio del procedimiento en cuyo seno se confiere el trámite, constituye una mera irregularidad no invalidante.

TERCERA.- Sobre la propuesta de resolución.

1. Como ya se anticipó en la Consideración Primera de este Dictamen, el expediente remitido carece del texto definitivo de la propuesta del acto que constituye el objeto de la consulta, tal y como exige el artículo 46.2, letra c) 1º RCJ.

Adviértase que la propuesta obrante a los folios 939 y 940 del expediente, en cuya virtud la Alcaldía-Presidencia propone al Pleno municipal la adopción de los acuerdos enumerados en el Antecedente Vigesimooctavo de este Dictamen, no puede ser considerada como verdadera propuesta de resolución del procedimiento dirigido a la extinción de los contratos.

En primer lugar porque, como se ha dicho, no existe un acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio que permitiera identificar las actuaciones que preceden a dicha propuesta como actos de instrucción tendentes a determinar y declarar la existencia de incumplimientos contractuales que constituyan causa de resolución del contrato en cuestión.

De hecho, de conformidad con el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen el contrato, ante el incumplimiento del contratista, el Ayuntamiento puede optar bien por la aplicación del régimen disciplinario previsto en el apartado VII del referido Pliego, bien por la resolución de los contratos. El procedimiento para la imposición de sanciones descrito en el referido Pliego coincide con el procedimiento de resolución contractual, al exigir también la previa notificación al contratista de los hechos que se le imputan, concediéndole un plazo de diez días hábiles para que formule cuantas alegaciones estime pertinentes.

En consecuencia, cuando el Alcalde-Presidente de la Corporación propone y el Pleno municipal acuerda desestimar las alegaciones presentadas por la mercantil, continúa sin identificarse la naturaleza del procedimiento en trámite, aun cuando pueda inferirse que su finalidad es resolutoria de los contratos, impresión que luego será confirmada por el escrito de solicitud de Dictamen y por el extracto de secretaría que acompaña al expediente. A mayor abundamiento, si se hubiera optado por la imposición de sanciones, la Corporación consultante no precisaría de nuestro Dictamen para hacerlo, pues la regulación del procedimiento disciplinario no contempla la intervención preceptiva de los superiores órganos consultivos de cada ámbito, como tampoco lo hace la normativa rectora de tales órganos.

Ahora bien, aunque del conjunto del expediente pueda inferirse que estamos en presencia de un procedimiento dirigido a la extinción del contrato, lo cierto es que la referida actuación de la Alcaldía no puede ser considerada como verdadera propuesta de resolución del procedimiento, porque no llega a proponer tal medida.

Y es que la verdadera propuesta de resolución, en tanto que antecede de manera inmediata a la terminación del procedimiento, constituye la culminación de la fase de instrucción y contiene ya todos los elementos de la resolución que pondrá fin a aquél, configurándose como verdadero objeto de la consulta. De hecho, en el supuesto sometido a consideración de este Consejo, dicha propuesta de resolución resulta especialmente necesaria a la luz del complejo devenir de la ejecución del contrato, que ha derivado en la emisión de numerosos informes en los que se han sostenido causas de resolución contractual de muy diferente alcance y naturaleza, las cuales, sin embargo, han sido omitidas en las últimas actuaciones del procedimiento. Por ello, considera el Consejo Jurídico necesario que por el órgano que corresponda se elabore una propuesta de resolución que, con relación completa de hechos y fundamentos de derecho, precise y delimite el objeto de la consulta, mediante la enumeración de las causas de resolución contractual que se invoquen.

Además, de conformidad con el artículo 113.4 TRLCAP, la incautación de la garantía procede cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, exigiendo el apartado 5 del mismo precepto legal que el acuerdo de resolución contenga un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, extremo éste que también deberá constar en la propuesta de resolución requerida.

CUARTA.- Requerimiento de información adicional. El tiempo transcurrido desde que el Pleno de la Corporación acordó solicitar el Dictamen del Consejo Jurídico (3 de febrero de 2006) y desde que se realizaron las últimas actuaciones instructoras con relevancia en la determinación de la existencia o no de incumplimientos contractuales que pudieran derivar en la resolución del contrato, llevan a este Órgano Consultivo a requerir al Ayuntamiento consultante que informe acerca de la situación actual de la prestación del servicio, singularmente si las carencias o deficiencias puestas de manifiesto en el expediente han sido corregidas por parte de la mercantil.

Asimismo, debe informar sobre la situación procesal en que se encuentra el procedimiento ordinario que se sigue ante la jurisdicción contenciosa por las diferencias entre la facturación de la empresa y los precios contractuales.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede que por el órgano correspondiente del Ayuntamiento de Los Alcázares se dicte propuesta de resolución en los términos expresados en la Consideración Tercera de este Dictamen.

Debe completarse el expediente con la información que se indica en la Consideración Cuarta.

Una vez realizadas las referidas actuaciones, debe remitirse de nuevo el expediente a este Consejo Jurídico en orden a la emisión de Dictamen, ahora sí preceptivo, sobre el fondo.

No obstante, Ud. resolverá.

DICTAMEN 170/06.- 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: 06/11/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 169.

DICTAMEN 171/06.- Anteproyecto de Ley de Pesca Marítima y Acuicultura de la Región de Murcia.

Consultante : Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 08/11/06

Extracto de Doctrina

1. Una completa instrucción requiere no sólo oír el parecer de los directamente afectados y de los órganos o instituciones que tienen que emitir dictamen preceptivamente por así requerirlo un precepto legal expreso, sino que, además, como expresión de los principios de coordinación y eficacia (art.3.1, e) y 3.2, a) Ley 7/2004), la instrucción debe extenderse hasta conocer el criterio de los órganos autonómicos titulares de competencias materiales colaterales a las del Anteproyecto, es decir, de otras competencias que directa o indirectamente inciden sobre la zona marítimo-terrestre o espacios marítimos.

2. Como ya ha tenido ocasión de indicar el Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes (por todos, el 151/04), el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 150/1998, ha advertido que la reproducción del derecho estatal en los ordenamientos autonómicos “además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma”. Esa ausencia de competencia puede salvarse bien mediante la remisión genérica a la norma básica, sin reiterar su contenido; bien mediante las expresiones “de acuerdo con”, “de conformidad”, u otra similar referida al precepto básico que se reproduzca.

3. Aunque la Constitución no lo disponga expresamente, doctrina y jurisprudencia constitucional han destacado que la competencia del Estado en la ordenación del sector pesquero es, “por mandato de los propios Estatutos de Autonomía”, la de fijación de bases (STC 147/1991).

4. De la diversa y consolidada jurisprudencia constitucional puede extraerse que el concepto “pesca marítima” se integra de diversas parcelas materiales referentes, en términos generales, a la “actividad extractiva de recursos naturales en sí misma considerada.

5. Desde el punto de vista de la regulación de la actividad administrativa autonómica en materia de acuicultura las cuestiones competenciales más relevantes que suscita este título competencial vienen determinadas por la necesidad de integrar las diversas competencias concurrentes, articulando mecanismos de coordinación y cooperación, especialmente con el Estado, en su condición de titular del demanio público marítimo-terrestre, que tiene competencia para regular el régimen jurídico de estos bienes y establecer cuantas medidas sean necesarias para su protección, para preservar las características propias del bien y asegurar la integridad de su titularidad y el libre uso público (STC 149/1991). También, en un plano interno, es necesaria la coordinación con las competencias de otros departamentos de la Administración regional, señaladamente en materia de medio ambiente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 27 de abril de 2005 la Dirección General de Ganadería y Pesca elevó al Consejero de Agricultura y Agua, para su consideración y, en su caso, tramitación, una propuesta de Anteproyecto de Ley de Pesca Marítima y Acuicultura de la Región de Murcia, acompañada de los siguientes documentos:

- 1) Memoria con la motivación técnica y jurídica del texto.
- 2) Memoria económica.
- 3) Informe de impacto por razón de género.

SEGUNDO.- El Consejo de Gobierno, en sesión celebrada el día 8 de julio de 2005, aprobó la realización de diversas consultas, sin perjuicio de las preceptivas, formulando alegaciones la Federación de Actividades Subacuáticas de la Región de Murcia, la Consejería de Economía y Hacienda (Intervención General) y la Consejería de Sanidad (Servicio de Seguridad Alimentaria). Tras ello, el Servicio de Pesca y Acuicultura emitió un informe sobre valoración de tales alegaciones, proponiendo la inclusión de algunas en el texto proyectado.

TERCERO.- El Consejo Asesor de Pesca y Acuicultura celebró sesión el 2 de noviembre de 2005, dictaminando favorablemente por unanimidad el Anteproyecto, sin perjuicio de que sus miembros formularan por escrito observaciones, que se recogen en los siguientes documentos:

1) La Asociación de Naturalistas del Sureste, en representación de las organizaciones de defensa de la naturaleza propone, como aportación más relevante, la inclusión en la Disposición Adicional Quinta de 3 nuevas zonas de protección pesquera.

2) La Federación de Pesca de la Región de Murcia presenta dos amplios informes de observaciones que abarcan el conjunto del Anteproyecto.

3) La Capitanía Marítima de Cartagena (Ministerio de Fomento) incide en aportaciones tendentes a incrementar la seguridad de la navegación.

4) La Dirección General de Infraestructuras de Turismo realiza unas breves observaciones desde su punto de vista competencial.

5) La Federación Murciana de Cofradías de Pescadores propone la modificación de diversos artículos y se muestra contraria a la ampliación de los polígonos de acuicultura existentes, a la vez que considera imprescindible la venta en las lonjas de todos los productos pesqueros.

6) La Asociación Empresarial de Productores de Cultivos Marinos, en unas amplias observaciones al texto, incide en las cuestiones relativas a los polígonos de cultivo y a la venta de los productos, al tiempo que solicita la celebración de posteriores reuniones, dada la trascendencia y complejidad del Anteproyecto.

7) La Asociación Regional Murciana de Empresarios de Pesca propone la inclusión de algunas menciones relacionadas con su actividad.

8) La Demarcación de Costas en Murcia (Ministerio de Medio Ambiente) considera que el texto es respetuoso en términos generales con la legislación del Estado, si bien formula observaciones concretas al régimen de las concesiones acuícolas.

9) La Asociación de Empresarios de Túnidos de la Región de Murcia defiende la no obligatoriedad de la venta de sus productos a través de las lonjas y la duración de las concesiones para sus cultivos.

10) La Dirección General del Medio Natural realiza observaciones concretas de redacción.

CUARTO.- El Servicio de Pesca y Acuicultura valoró las alegaciones (informe de 2 de febrero de 2006) razonando cuáles debieran ser incorporadas al Anteproyecto, dando lugar a un nuevo texto que fue sometido a Dictamen del Consejo Económico y Social, evacuado el 6 de junio de 2006.

El referido Consejo valora positivamente el Anteproyecto porque el mismo, según se dice, supone dotar de contenido normativo de rango legal a las competencias exclusivas que el Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre pesca en aguas interiores, acuicultura y marisqueo. De esta forma, añade, se supera una situación que tenía como consecuencia, por una parte, la aplicación con carácter supletorio de la normativa estatal y, por otra, la aplicación de una normativa autonómica de carácter fragmentario y de rango meramente reglamentario. Esta realidad dificultaba el establecimiento de un marco de estabilidad y seguridad para el desarrollo de los nuevos sistemas de explotación de los recursos marinos en el caso de la acuicultura, así como las posibilidades de abordar los nuevos requerimientos del sector pesquero derivados de la Política Pesquera Común y la necesidad de articular la actividad pesquera en el marco de la conservación de los recursos pesqueros y el desarrollo sostenible de este sector específico, dedicado a la investigación pesquera, oceanográfica y acuícola, ya que sólo a través de la misma se podrá compatibilizar la explotación sostenible de los recursos con el respeto al medio ambiente marino y la conservación de la biodiversidad. Ello no obstante, a juicio del Consejo Económico y Social, el Anteproyecto de Ley debería incluir, dentro del Título general dedicado a la investigación en el sector pesquero, un apartado destinado a la promoción de la investigación y al fomento del uso de combustibles y energías alternativas. Se valora positivamente también el proceso participativo seguido en la elaboración del Anteproyecto.

QUINTO.- La Dirección General de Ganadería y Pesca emitió un informe sobre incorporación al texto de las sugerencias y observaciones del CES, en el que también razona las no aceptadas, tras lo cual, elaborados el extracto de secretaría y demás documentación reglamentaria, se formuló la consulta al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la misma el 17 de julio 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 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. Sin embargo, la anterior afirmación sobre la bondad del procedimiento no impide observar que 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 se ha sometido el Anteproyecto al informe preceptivo del Decreto 29/1997, de 23 de mayo, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Asesor Regional de Pesca y Acuicultura, cuya decisión ha sido emitir informe favorable por unanimidad.

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.

El Consejo Económico y Social destaca la alta participación conseguida en la elaboración del Anteproyecto, conclusión predicable respecto a la difusión del texto entre los agentes económicos y sociales directamente afectados por el núcleo sustancial de la regulación, no en cuanto a la coordinación interorgánica, que no ha estado suficientemente aquilatada.

Una completa instrucción requiere no sólo oír el parecer de los directamente afectados y de los órganos o instituciones que tienen que emitir dictamen preceptivamente por así requerirlo un precepto legal expreso, sino que, además, como expresión de los principios de coordinación y eficacia (art.3.1, e) y 3.2, a) Ley 7/2004), la instrucción debe extenderse hasta conocer el criterio de los órganos autonómicos titulares de competencias materiales colaterales a las del Anteproyecto, es decir, de otras competencias que directa o indirectamente inciden sobre la zona marítimo-terrestre o espacios marítimos.

Así, por ejemplo, la finalidad de proteger, conservar y regenerar los recursos pesqueros (art. 1,a) hubiera justificado la audiencia al Consejo Asesor de Medio Ambiente (art. 2.4 del Decreto 42/1994, de 8 de abril, por el que se regula dicho Consejo Asesor); la finalidad pretendida de fomentar un comercio responsable (art. 1, h) aconsejaba haber consultado al Consejo Asesor de Comercio (Decreto 11/2000, de 24 de febrero, art. 2,b); y el objetivo de mejorar la información al consumidor, la consulta al Consejo Asesor Regional de Consumo (Decreto 1/1995, de 20 de enero). En esta misma línea, la Región de Murcia tiene incorporados los instrumentos relativos al litoral en la legislación de ordenación del territorio, como puede apreciarse en la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio), que contempla en sus artículos 37 y siguientes los planes de ordenación del litoral, referidos a las playas y fachadas marítimas; sin embargo, no se ha consultado a la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas la cual, también por esta segunda materia competencial, debió conocer el Anteproyecto, dado que sus competencias pueden incidir en la instrucción de los procedimientos relativos a la autorización o concesión para la instalación de cultivos marinos (arts. 74 y 75 del 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 aspecto de técnica que afecta al fondo de la regulación, destaca que diversos artículos del Anteproyecto reproducen el contenido de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado (LPME). Como ya ha tenido ocasión de indicar el Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes (por todos, el 151/04), el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 150/1998, ha advertido que la reproducción del derecho estatal en los ordenamientos autonómicos “*además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma*”. Esa ausencia de competencia puede salvarse bien mediante la remisión genérica a la norma básica, sin reiterar su contenido; bien mediante las expresiones “*de acuerdo con*”, “*de conformidad*”, u otra similar referida al precepto básico que se reproduzca; o bien, de forma excepcional y como última solución, acudiendo al recurso de citar claramente en el precepto autonómico que su contenido es reproducción de la norma estatal, evitando así una eventual confusión acerca del rango u origen del precepto, debiendo en tal caso efectuar una mera transcripción literal de aquélla. En el mismo sentido, aunque en referencia a disposiciones de rango reglamentario, se expresa el Consejo de Estado en los Dictámenes 44.119, de 25 de marzo de 1982, y 50.261, de 10 de marzo de 1988.

Numerosos artículos del Anteproyecto reproducen preceptos básicos estatales sin reflejar su origen y sin ajustarse a su tenor literal. Así ocurre, a modo de ejemplo, con

el artículo 32, cabecero del Título II y pósito de la regulación en él contenida, que reproduce el artículo 41 LPME, para establecer los *“instrumentos de la política de ordenación del sector pesquero”*. Si bien es cierto que se encabeza con una advertencia de que el artículo ha de entenderse *“en el marco de la normativa básica estatal”*, no parece suficiente, debiendo quedar claramente expresado que el precepto regional toma su contenido de la norma básica, pues sólo así se clarifica la naturaleza y origen de lo regulado y, en consecuencia, su correcta ubicación en el ordenamiento jurídico. También el análisis del contenido de los artículos 62 a 70 en los que se divide el Título III del Anteproyecto evidencia que en su redacción se ha renunciado al desarrollo normativo de las bases estatales, puesto que el Anteproyecto se ha limitado a transcribir, prácticamente de modo literal, los artículos 75 a 83 LPME, actuación innecesaria porque va de suyo que las bases estatales en la materia se aplican en el ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma.

Debería, pues, efectuarse una revisión general del texto para eliminar los referidos supuestos de eventual incompetencia, generados por la inclusión de preceptos legales de origen estatal sin reflejar su origen ni constar su fiel reproducción.

III. El Anteproyecto contiene numerosas apelaciones a su posterior desarrollo reglamentario que, en general, acotan el mismo con suficiente claridad. Aparte de la remisión general que se hace en la Disposición Final Tercera, hay 8 remisiones en el articulado, de las cuales 6 se confieren a la Consejería competente.

TERCERA.- Sobre las competencias estatales y autonómicas. Consideraciones generales.

I. El Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) reconoce a la misma competencias exclusivas en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura, así como sobre protección de los ecosistemas en los que se desarrollen tales actividades (art. 10.Uno, 9); además, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos establecidos por ella, la Comunidad Autónoma es competente para el desarrollo legislativo y ejecución de la ordenación del sector pesquero (art. 11.6). La delimitación negativa de las competencias autonómicas se encuentra en el art. 149 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre *“pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas”* (regla 19ª) y la *“legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección”* (regla 23ª). Consecuentemente, en una primera aproximación, respecto a la materia de pesca marítima el Estado es el competente exclusivo para la regulación de la pesca en aguas exteriores y la Comunidad Autónoma de Murcia lo es para la pesca en las aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura. La competencia de la Comunidad Autónoma para el desarrollo legislativo y ejecución de la ordenación del sector pesquero, sin embargo, carece de la nota de exclusividad, ya que, como indica la STC 148/1998, en la ordenación del sector pesquero al Estado le corresponde *“establecer la legislación básica”*, por lo que en esta materia se deberá *“proceder al desglose entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo autonómica”* (STC 56/1989), según el conocido binomio bases-desarrollo. Así pues, aunque la Constitución no lo disponga expresamente, doctrina y jurisprudencia constitucional han destacado que la competencia del Estado en la ordenación del sector pesquero es, *“por mandato de los propios Estatutos de Autonomía”*, la de fijación de bases (STC 147/1991).

De la diversa y consolidada jurisprudencia constitucional puede extraerse que el concepto “*pesca marítima*” se integra de diversas parcelas materiales referentes, en términos generales, a la “*actividad extractiva de recursos naturales en sí misma considerada*”; es decir, “*el régimen de explotación de los recursos (...) marítimos*” o las “*características y condiciones de la actividad extractiva así como, dado que es presupuesto inherente de esa actividad, el régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros*”. Integra este contenido “*la normativa referente a los recursos y las zonas donde puede pescarse (fondos, caladeros, distancias, cupos), a los periodos en los que puede pescarse (vedas, horas), y a la forma y medios de realización de la actividad extractiva en el mar (artes, medios de pesca)*” (STC 56/1989); también la regulación del denominado “*esfuerzo pesquero (...) mediante planes o proyectos de listas periódicas de acceso a los caladeros*” (STC 147/1998), o mediante la determinación de las “*masas de agua en las que no podrá autorizarse la instalación de artes, industrias o aprovechamientos piscícolas*” (STC 44/1992, F.J. 3), las limitaciones de capturas en función de la “*talla, sexo, peso y otros factores de las especies*” (STC 44/1992, F.J. 3), o la instalación de arrecifes artificiales (STC 38/2002, F.J. 8).

Por su parte, la STC 9/2001, de 18 de enero, señala que “*el criterio delimitador entre ambas materias*” (se refiere a la de pesca marítima y la de marisqueo) “*debemos situarlo en las artes o técnicas que les resultan propias a cada una de ellas*”, indicando que las propias del marisqueo han de ser específicas y selectivas para la captura de estos recursos marinos, sin que las competencias autonómicas se deban limitar en este sector a las respectivas aguas interiores, como tampoco en la específica materia de acuicultura o cultivos marinos, por no establecer restricciones en este sentido ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía.

El concepto “*ordenación del sector pesquero*”, por su parte, hace referencia a “*un determinado sector económico o productivo*”; concretamente, a su “*organización (...) lo que equivale a decir sobre la determinación de quiénes pueden ejercer la actividad pesquera (...), las condiciones que deben reunir tales sujetos integrantes del sector y su forma de organización*”. La tan reiterada STC 56/1989 engloba dentro de este concepto aspectos tales como “*las condiciones profesionales de los pescadores y otros sujetos relacionados con el sector, construcción de buques, registros oficiales, cofradías de pescadores, lonjas de contratación y otras similares*”. También forman parte de ese concepto submaterias tales como la “*autorización de expedientes de modernización y reconversión de buques pesqueros*” de conformidad con las condiciones básicas fijadas por el Estado (STC 148/1998, F.J. 4), el régimen de subvenciones para tales reformas (STC 148/1998 F.J. 6), el tonelaje mínimo de los buques, potencia propulsora máxima de sus motores, los derechos de pesca, los cambios de base de los buques de cerco y de modalidad de pesca o la compatibilidad para el ejercicio de otra pesquería estacional o de temporada (STC 147/1991, F.J. 5).

II. Con los apoyos descritos, la LPME ordena las siguientes materias, descritas en su artículo 1:

a) La regulación de la pesca marítima, competencia exclusiva del Estado conforme a lo establecido por el art. 149.1.19ª de la Constitución.

b) La normativa básica de la ordenación del sector pesquero, de acuerdo con lo previsto en el art. 149.1.19ª de la Constitución.

c) Las normas básicas de ordenación de la actividad comercial de productos pesqueros y la regulación del comercio exterior de los mismos, de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.13ª y 10ª, respectivamente, de la Constitución.

d) La programación de la investigación pesquera y oceanográfica competencia del Estado, en el ámbito de la política de pesca marítima, de acuerdo con el art. 149.1.15ª de la Constitución.

e) El establecimiento del régimen de infracciones y sanciones en materia de pesca marítima en aguas exteriores, de la normativa básica de ordenación del sector pesquero y comercialización de productos pesqueros.

Teniendo en cuenta ese contenido, la LPME pone en juego, según su Disposición Adicional Segunda, además de los títulos competenciales citados en el anterior precepto, el de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas -artículo 149.1.18ª CE- respecto a la regulación de las Cofradías de Pescadores y, en cuanto al fomento y a la coordinación general de la investigación científica y técnica, el artículo 149.1.15ª CE.

Concretamente, el Título II LPME constituye legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.19ª CE, al igual que los artículos 89, letra b), 98 a 102, 104, 106.1, 108 y Disposición Adicional Quinta. De dicha normativa, el citado Título II constituye la regulación sustantiva de la ordenación del sector pesquero, destinándose el resto de los preceptos enumerados al régimen sancionador en la materia.

En lo que atañe específicamente a las Cofradías de Pescadores, la legislación estatal básica viene constituida por el Título II, Capítulo II, Sección Segunda de dicha Ley. Completa el régimen de las referidas Corporaciones el artículo 15 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (LPA) que, con carácter básico a los efectos del artículo 149.1, 18ª CE, contiene las notas esenciales configuradoras de las Cofradías como Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos que, además de sus funciones como órganos de consulta y colaboración, pueden ostentar competencias administrativas, ya sea por atribución legal o por delegación de las Administraciones Públicas, a cuya tutela quedan sometidas.

Por otra parte, la doctrina constitucional sobre la Administración Corporativa, desarrollada en interpretación del artículo 52 CE, define a los entes que la integran como agrupaciones para el cumplimiento de fines de interés público, que colaboran con las Administraciones Públicas, pero sin integrarse plenamente en ellas. Se trata, por tanto, de entidades que *“no han sido fruto de la libre decisión de los particulares que en ellas se integran, para la obtención de fines autónomamente elegidos, sino fundamentalmente (y sin excluir forzosamente este último aspecto), de una decisión de los poderes públicos, sin que exista por tanto un “pactum asociacionis” original, que se ve sustituido por un acto de creación estatal (...). El objeto de esas agrupaciones vendría definido por los intereses públicos para cuya defensa fueron creadas, y que son también fijados por el poder público”* (STC 132/1989). Esta misma Sentencia dirá que *“no es posible encontrar en la Constitución, y concretamente en su artículo 52, una garantía de un contenido esencial, intocable, por el legislador, consistente en una determinada estructura, conjunto de funciones o nivel de autonomía. El artículo citado se refiere a “organizaciones profesionales”, dentro de las cuales, y ante la latitud de la expresión, pueden comprenderse sin dificultad entidades de tipo corporativo,(...) Pero los requisitos que ese artículo establece respecto de su regulación se refieren*

a la reserva de ley, a que su estructura y funcionamiento sean democráticos y a que tales organizaciones contribuyan a la “defensa de los intereses económicos que les sean propios”, lo que no es incompatible con que esa defensa se realice mediante la colaboración con la Administración y la representación ante ella de esos intereses, mediante los procedimientos que la Ley determine”.

En orden a precisar el alcance de la intervención pública en la regulación del régimen funcional de las Cofradías de Pescadores, resulta también esclarecedora la doctrina constitucional, cuando afirma que *“si el legislador (estatal o autonómico) estima conveniente la colaboración en funciones públicas de una representación en intereses sociales, a él le corresponde precisar los términos de esa colaboración, y la instrumentación de los métodos representativos a adoptar, con las innovaciones que estime convenientes, tanto en cuanto a la amplitud o extensión del sector social a integrar, como en cuanto a la intensidad y métodos de participación”* (STC 132/1989). Sin embargo, la amplitud con que el Tribunal Constitucional dibuja las potestades regulatorias de las Corporaciones de Derecho Público se ve limitada por la dimensión privada que le es connatural, pues considera el Alto Tribunal que ésta queda fuera de la potestad organizativa y reguladora del Estado, que habrá de limitarse al aspecto o dimensión administrativa de la Corporación.

Por último, cabe indicar que el Título III LPME, bajo la rúbrica *“Comercialización y transformación de productos pesqueros”*, establece, según reza su Exposición de Motivos, las bases de la comercialización y transformación de los productos pesqueros en todo el territorio nacional, desde que se ha realizado su primera venta hasta su llegada al consumidor final, garantizándose que los productos objeto de dichas operaciones han sido capturados de conformidad con la normativa sobre conservación y protección de los recursos pesqueros. Este Título constituye, según se afirma en la Disposición Adicional Segunda de dicho texto legal, legislación básica de ordenación de la actividad comercial.

III. La puesta en práctica de la competencia autonómica sobre pesca marítima, entendido el concepto en un sentido general, debe poner en juego los títulos estatutarios paralelos a los descritos, como se hace en el Anteproyecto. Así, la Comunidad puede ser exhaustiva al desarrollar las bases estatales y podrá agotar la regulación de las materias en las que cuente con competencia exclusiva, teniendo en este caso como límites los que implícitamente se encuentren en el bloque de constitucionalidad que resulte de aplicación.

Según resulta de la Exposición de Motivos y del articulado, el Anteproyecto encuentra cobertura en, al menos, los siguientes títulos competenciales recogidos en el EAMU:

a) Pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura y alguicultura, así como el desarrollo de cualquier otra forma de cultivo industrial (...). Protección de los ecosistemas en los que se desarrollan dichas actividades (art. 10.Uno.9).

b) Planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional (art. 10.Uno.13).

c) Fomento de la investigación científica y técnica en coordinación con el Estado, especialmente en materias de interés para la Región de Murcia (art.10.Uno.15).

d) Ordenación del sector pesquero (art. 11.6).

e) Cofradías de Pescadores y demás corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales (art. 11.10).

Como conclusión inicial, cabe indicar, sin perjuicio de las observaciones que se contienen en las siguientes Consideraciones, que el Anteproyecto sometido a Dictamen respeta con carácter general las exigencias derivadas del descrito sistema constitucional de distribución competencial. No obstante, debe advertirse ya en este momento la necesidad de precisar el tenor de la Disposición Final Primera, en cuanto pudiera entenderse que se refiere a legislación básica estatal en materia de marisqueo y acuicultura, cuando ésta no existe como tal, al ser dichas materias de la competencia exclusiva autonómica, según se ha visto. Otra cosa es la legislación básica estatal en materia de comercialización de los productos de las referidas actividades, en cuyo caso esta Disposición deberá referirse a la “...*legislación básica en materia de ordenación (...) y comercialización de los productos de la pesca, del marisqueo y de la acuicultura*” (o, como los define globalmente el Anteproyecto en su artículo 2, de los “*productos pesqueros*”). Después, esta Disposición podrá señalar como legislación susceptible de aplicación supletoria respecto de la presente Ley a la legislación estatal en materia de pesca en aguas exteriores y a la dictada sobre cultivos marinos y marisqueo (desplazada ya su aplicación directa por mor de la nueva Ley), mejor que emplear la actual referencia final a “*las materias reguladas en la presente Ley*”, que remite confusamente al amplio objeto y ámbito competencial recogidos en su artículo 1.

CUARTA.- Pesca en aguas interiores y marisqueo (Título I) y su régimen sancionador (Título VII). Observaciones de índole competencial y sobre el Derecho comunitario aplicable en estas materias.

I. Derecho comunitario.

Por lo que respecta al ajuste del Anteproyecto a la reglamentación comunitaria en materia de pesca en sentido estricto, es decir, diferenciada de lo que corresponde propiamente a la ordenación del sector pesquero y a la comercialización de productos de la pesca, ha de indicarse que el Anteproyecto establece en su artículo 1 que el mismo se dicta “*de conformidad con los principios y reglas de la Política Pesquera Común*”, en expresión literalmente tomada del artículo 1 LPME. En principio, tal afirmación es correcta en la materia que aquí se analiza, si bien han de realizarse algunas precisiones en el articulado para evitar dudas al respecto, al margen de que las determinaciones del Anteproyecto hayan de ser interpretadas de conformidad con lo que en cada momento hubiera dispuesto la Unión Europea en esta materia.

A) Sin perjuicio de la referencia genérica a la normativa comunitaria prevista en el mencionado artículo 1, resulta conveniente que el Anteproyecto incorpore en algunos preceptos una referencia expresa que aclare que las medidas de ordenación de la pesca en aguas interiores y el marisqueo que establece, o que habilita a la Consejería competente a establecer, “*operan conjuntamente con lo establecido en la reglamentación comunitaria aplicable y sin perjuicio de ésta*”, o fórmula similar, en línea con lo dispuesto en el artículo 38 del Reglamento (CE) 2847/93, de 12 de octubre, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común, que establece que “*el presente Reglamento se aplicará sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de control que superen sus requisitos mínimos, siempre que se ajusten a la normativa comunitaria y a la política pesquera común*”. Así debería establecerse al menos en los artículos 5,

22 y 30. De esta forma, además, se aclara sin lugar a dudas que las conductas que más tarde se tipifican como infracción en el Anteproyecto serán aquellas que contravengan tanto la reglamentación comunitaria de que en cada caso se trate como la reglamentación que, en estricto desarrollo de la futura Ley (o los reglamentos previos que subsistan) haya aprobado el Consejo de Gobierno o la Consejería competente; o lo que es lo mismo, se dejaría clara la ambivalencia a estos efectos de las referencias reglamentarias que se contienen en el texto: vgr. “...que reglamentariamente se establezcan...” y análogos.

En el mismo sentido, y en lo que respecta específicamente al proyectado artículo 17, sobre los artes de pesca permitidos en las aguas interiores de la Región, debería tenerse en cuenta lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1624/94, de 27 de junio, por el que se establecen determinadas medidas técnicas de conservación de los recursos pesqueros en el Mediterráneo, que establece limitaciones y prohibiciones de determinados artes de pesca (arts. 2 a 6) admitidos, de principio, por el precepto comentado. A tal fin, el artículo 17 debería hacer una específica salvedad, para indicar que el empleo de los artes de pesca allí señalados se regirá por lo dispuesto en la reglamentación comunitaria de aplicación y que, en el marco de la misma, la Consejería competente regulará, cuando así se considere preciso, las características técnicas y condiciones de empleo de los artes autorizados. Debe observarse que en el párrafo 3 de este precepto la expresión “*otras artes*” debe ser “*otros artes*”.

B) Por lo que se refiere a la calificación de las infracciones en materia de pesca y marisqueo que establece el Anteproyecto en los Capítulos II y III del Título VII, debe tenerse en cuenta el Reglamento (CE) n° 1447/99, de 24 de junio, del Consejo, por el que se establece una lista de conductas que infringen gravemente las normas de la política pesquera común, en cuyo Anexo se relacionan tales infracciones. La determinación de si el Anteproyecto respeta o no la consideración como infracciones graves de las conductas consignadas en dicho Anexo plantea problemas en los supuestos de algunas de las infracciones en materia de pesca recreativa tipificadas como leves en el Anteproyecto. En el expediente tramitado no consta análisis alguno sobre la incidencia de la reglamentación comunitaria en lo que se refiere específicamente a la pesca recreativa, sin que sea posible realizarlo en este momento, dada la complejidad y extensión de dicha reglamentación. Baste apuntar aquí la necesidad de verificar si las conductas tipificadas como infracciones leves en el artículo 112, especialmente las contenidas en sus números 4 y 5, pudieran considerarse comprendidas o no en el mencionado Anexo, puesto en relación con lo establecido para la pesca no profesional en el artículo 1.2 del Reglamento (CE) 1626/94, antes citado, y demás normativa comunitaria. En cualquier caso, el ejercicio de la pesca recreativa en zonas acotadas o prohibidas (art. 112.5) no debería merecer la calificación de leve.

C) El artículo 25.2 del Reglamento (CE) n° 2371/02, de 20 de diciembre, sobre la conservación y la explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común, establece que la normativa de los Estados deberá garantizar que el régimen jurídico sancionador correspondiente prive efectivamente a los responsables de las infracciones en esta materia de los beneficios económicos obtenidos con dichas infracciones. Ello no se cumple en el Anteproyecto con la simple previsión, como circunstancia moduladora de la sanción, del beneficio económico obtenido con la comisión de la infracción (art. 109, d), pues ello operaría sólo “*dentro de los límites establecidos para cada sanción*” (primer párrafo de este artículo 109), siendo así que es posible que el beneficio económico derivado de una infracción pueda superar los indicados límites. Por ello, en el previo artículo 108, y tras sus números 1 y 2, debería añadirse un número 3 que

dispusiera que, no obstante lo anterior, en todo caso la sanción a imponer no podrá ser inferior al importe de los beneficios económicos obtenidos con la infracción, independientemente de su gravedad. Con ello, el actual número 3 pasaría a ser el 4.

D) Por último, se echa en falta algún precepto en el que se haga referencia, aun genérica, a las obligaciones que tiene la Administración regional en materia de comunicaciones e información a las autoridades nacionales y comunitarias en cumplimiento de los deberes que a este fin se establecen en la normativa aplicable, tanto en materia de pesca (normas aprobadas, medidas reguladoras del aprovechamiento, infracciones, inspección, etc.) como en materia de ordenación del sector y comercialización.

II. Relación con otros títulos competenciales: protección de ecosistemas en aguas interiores, medio ambiente, costas y deporte.

A) Entre los títulos competenciales invocados en la Exposición de Motivos del Anteproyecto como fundamento jurídico para su aprobación figura el relativo a la protección de los ecosistemas marinos en que se desarrolla la actividad de pesca en aguas interiores, el marisqueo, la acuicultura, la alguicultura y otros cultivos industriales marinos análogos.

Esta invocación tiene su reflejo en el articulado con un doble alcance: a) de un modo general, en el artículo 1, a), en cuanto establece que la Ley tiene como objeto la regulación de, entre otras materias de competencia regional, la pesca marítima en aguas interiores, “*así como (la) protección de los ecosistemas en los que se desarrolla esta actividad*”; en el mismo sentido, el artículo 3, a) establece como fin perseguible por “*las administraciones públicas de la Región de Murcia*” (en rigor, por la Administración regional) el de la protección, conservación y regeneración de los ecosistemas en que se desarrolla la explotación de los recursos pesqueros a que se refiere la Ley; b) de un modo específico, en determinados artículos del Anteproyecto que contienen prescripciones cuyo objeto inmediato no se refiere a los recursos pesqueros en sí mismos, sino al ecosistema marino en que habitan, siendo los supuestos más claros a estos efectos los que se contienen en los artículos 8.2 (obras e instalaciones de acondicionamiento marino), 11.2 (autorización de extracción de flora marina por parte de la Consejería competente en materia de pesca) y 12.1 (exigencia de informe favorable de dicha Consejería ante cualquier autorización para toda obra o instalación, desmontable o no, que se pretenda realizar o instalar en aguas interiores, así como la extracción de cualquier material en dicha zona). Aun cuando no hay duda de que el fin último de estas determinaciones es la adecuada explotación de los recursos pesqueros, su inclusión en el Anteproyecto puede plantear problemas competenciales de un doble orden:

a) El primero, de carácter “*externo*” o de incidencia sobre títulos competenciales de otras Administraciones Públicas, en particular, de la Administración del Estado.

La STS, Sala 3ª, de 20 de diciembre de 1989, anuló la exigencia de autorización previa del órgano autonómico ambiental sobre los proyectos promovidos por el Estado que afectaran a ecosistemas en aguas interiores de nuestra Comunidad, exigencia que venía establecida en el Decreto regional 74/1985, de 12 de diciembre, sobre medidas urgentes para la protección de ecosistemas en aguas interiores. Tal anulación se fundó, atendiendo a la jurisprudencia constitucional, en que en caso de denegación al Estado de la referida autorización, la Comunidad le estaría impidiendo el ejercicio de sus propias competencias, lo que no es admisible, sin perjuicio de los mecanismos de coordinación

en el ejercicio de las respectivas competencias concurrentes (y habría que añadir, sin perjuicio del ejercicio de las acciones legales tendentes a determinar la competencia que debiera ser prevalente, en caso de desacuerdo entre las respectivas Administraciones).

Por ello, la genérica exigencia de autorización de la Consejería competente en materia de pesca que se establece en el artículo 11.2 para la extracción de flora marina en aguas interiores, debería matizarse con la oportuna salvedad en caso de proyectos promovidos por el Estado. Ello podría conseguirse añadiendo al precepto la expresión “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente*”, en el que el Anteproyecto debería contemplar estos supuestos y prever simplemente la emisión de informe por la Consejería competente.

En efecto, el artículo 12 debería contemplar, en primer lugar, los supuestos de proyectos de obras, instalaciones o actividades extractivas en aguas interiores de la Comunidad Autónoma promovidos por la Administración del Estado, para disponer que se requerirá informe de la Consejería competente en materia de pesca y acuicultura, sin referencia al carácter favorable de dicho informe (sin perjuicio de la necesaria coordinación y mutuo respeto competencial, como antes se dijo). En segundo lugar, debería recoger el supuesto que ahora contempla en su número 1, para precisar y limitar su alcance a las “*autorizaciones*” que hubieran de expedir las Administraciones Públicas competentes respecto de proyectos promovidos por particulares o por una Entidad Local, en cuyo caso el previsto informe favorable de la Consejería velaría por el respeto de las competencias y la normativa autonómica en materia de pesca, de modo análogo a lo que, a la inversa, dispone el Estado en su normativa de protección del dominio público marítimo-terrestre.

Por otra parte, y con el mismo fin de respetar las competencias estatales, resulta conveniente aclarar en el proyectado artículo 8.2 que la previsión de obras o instalaciones que puedan ser realizadas por la Administración regional dentro de una zona de acondicionamiento marino se entiende establecida sin perjuicio de la normativa estatal sobre ocupación del dominio público marítimo-terrestre, pues esta salvedad se consigna en el número 1 de dicho artículo para la “*declaración*” por la Administración regional de tales zonas de acondicionamiento, pero no para la concreta proyección y ejecución de las referidas obras o instalaciones a que se refiere el comentado número 2. En realidad, ha de entenderse en todo el articulado del Anteproyecto que lo dispuesto en el mismo se considera establecido sin perjuicio de las competencias estatales sobre el dominio público marítimo-terrestre, pero si se opta por especificarlo en algún artículo del texto para mejor delimitación del contexto jurídico en que se opera (lo que se considera acertado), debe hacerse de modo que no suscite dudas derivadas de la omisión de tal fórmula, como pudiera suceder en el citado artículo 8.2, pues las obras o instalaciones a que éste se refiere pudieran no venir contempladas en el mismo instrumento de declaración de la zona, sino en un momento posterior.

b) Desde un punto de vista “*interno*”, las prescripciones del Anteproyecto suscitan observaciones sobre su articulación con las competencias que, en materia de protección de ecosistemas en aguas interiores, corresponden a los órganos de la Administración regional con competencia en la materia de “*medio ambiente*”.

En primer lugar, debe destacarse la ambigüedad que plantea la definición de “*Consejería competente*” a los efectos del Anteproyecto que recoge su artículo 2, que

dispone que aquélla será “*la Consejería de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que tenga atribuidas las competencias en las materias recogidas en el artículo 1 de la presente Ley*”. Esta remisión al artículo 1 (que, como se ha dicho, relaciona todos los títulos competenciales autonómicos en que se ampara el Anteproyecto), impone determinar qué órgano de la Administración regional tiene atribuida la competencia en materia de protección de los ecosistemas en las aguas interiores de la Comunidad Autónoma. Si acudimos a las normas de reparto competencial entre las diversas Consejerías y Organismos de la Administración regional, se advierte que dicha atribución se viene realizando invariablemente al órgano al que se le asigna también la competencia en materia de medio ambiente. Así ocurre desde el Decreto 74/1985 antes citado, que atribuía dichas facultades a la entonces existente Dirección Regional de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, después a la Agencia Regional para el Medio Ambiente y la Naturaleza (Ley 10/1986, de 19 de diciembre) y más tarde a la Consejería del ramo, hoy la de Industria y Medio Ambiente y, en el seno de ésta, a la Dirección General del Medio Natural, a virtud de los Decretos 138/2005, de 9 de diciembre, y 21/2001, de 9 de marzo, el último de los cuales atribuye expresamente a dicha Dirección el ejercicio de las competencias en esta específica materia de protección de ecosistemas en aguas interiores (art. 57.1). Por contra, el departamento regional en materia de pesca marítima no ha tenido nunca atribución alguna de esta competencia como tal. Sin embargo, la lectura del Anteproyecto revela que, en todos los casos en que en su articulado se utiliza la referencia a la “*Consejería competente*”, se pretende designar con ella a la que es competente en materia de pesca en aguas interiores y acuicultura, frente a las específicas referencias que se hacen a otros órganos, como el ambiental (vgr. arts. 6.2 y 11.2) y, por tanto, tendrá facultades concurrentes con las del órgano autonómico ambiental.

De lo anterior cabe extraer dos consideraciones. En primer lugar, que la definición contenida en el comentado artículo 2 resulta confusa y puede suscitar dudas de interpretación en un futuro. Por ello, resulta más conveniente aludir en dicho precepto a la Consejería que tenga atribuidas las competencias “*en materia de pesca en aguas interiores, acuicultura, algaicultura y otras formas de cultivos industriales*”. En segundo lugar, que hay que coordinar en el Anteproyecto el ejercicio de las competencias concurrentes sobre las aguas interiores que correspondan al órgano ambiental competente en materia de protección de estos ecosistemas y las que, conforme a la futura Ley y sus normas de desarrollo, correspondan al órgano competente en materia de pesca. Y ello porque, aun cuando el indicado título competencial sobre protección de ecosistemas esté atribuido al órgano ambiental por las normas antedichas, es claro que ello no significa que quede vedada a la Consejería competente en materia de pesca toda intervención dirigida a la protección de tales ecosistemas ni, por supuesto, que en la actividad que le es propia, es decir, la ordenación de la explotación y gestión equilibrada y responsable de los recursos pesqueros, no deba perseguir la protección de los ecosistemas en que dichos recursos habitan, pues el mismo artículo 2 del Anteproyecto incluye el concepto de “*explotación y gestión sostenible de los recursos pesqueros*”, definiéndolo como la explotación y gestión “*efectuada de forma tal que no se perjudique su futura explotación y no repercuta negativamente en los ecosistemas marinos*”. De hecho, la inclusión de tal definición debería llevar, en coherencia, a modificar el tenor de la letra a) del artículo 3, pues lo que ésta dispone no es otra cosa que lo que se expresa en la citada definición. Por ello, dicha letra a) debería decir simplemente: “*lograr una explotación y gestión sostenible de los recursos pesqueros, fomentando asimismo las iniciativas dirigidas a estos fines*”.

Por todos estos motivos, no resulta impropio mantener entre los títulos competenciales que amparan el Anteproyecto el relativo a la protección de los ecosistemas en aguas interiores, como instrumental del de pesca en dichas aguas. Ahora bien, dicho lo anterior, también ha de reconocerse en el Anteproyecto la operatividad de las facultades del órgano ambiental autonómico, que tiene atribuida específicamente las competencias en esta concreta materia. Y ello porque, como se desprende del artículo 2.2 del Decreto 7/1993, de 26 de marzo, sobre medidas para la protección de ecosistemas en aguas interiores (que sustituyó al citado Decreto 74/1985), el órgano ambiental autonómico es el encargado de proteger los referidos ecosistemas regionales en atención a sus “*valores naturales, culturales y paisajísticos, así como por la fragilidad de los equilibrios ecológicos presentes*” en tales ecosistemas, a cuyo efecto zonificará las aguas interiores de la Región en tres áreas (de sensibilidad ecológica alta, media y baja), es decir, que su intervención se dirige a un fin ambiental en un sentido global, de protección de la biodiversidad, frente al más concreto fin de protección de los recursos pesqueros (esto es, de las especies marinas como objeto de aprovechamiento económico) a que se orienta la competencia regional en materia de pesca en aguas interiores.

Expuesta así la cuestión, la operatividad de la competencia del órgano ambiental no se garantiza sólo con la previsión de un informe de dicho órgano, sino con el mecanismo previsto hoy en el artículo 11 del citado Decreto 7/1993, que establece que en caso de discrepancia entre la Consejería promotora del correspondiente proyecto o actividad de las recogidas en el Anexo III del Decreto (que incluye la construcción de arrecifes artificiales, repoblaciones piscícolas, instalaciones de cultivos marinos, extracción de áridos, dragados y aterramientos, entre otros) y el órgano ambiental, tal discrepancia habrá de ser resuelta por el Consejo de Gobierno. Aun cuando es cierto que ni éste ni otros artículos del Decreto 7/1993 son derogados expresamente por el Anteproyecto, la invocación que el mismo hace del título competencial que analizamos, unido a la simple previsión del informe del órgano ambiental en estos supuestos, sin mención a la hipótesis de discrepancias que contempla el citado precepto, suscitaría serias dudas sobre su subsistencia en lo que se refiere a proyectos promovidos por la Consejería competente en materia de pesca y acuicultura. Por ello, en los supuestos previstos en el artículo 6.2 (declaración de zonas de protección pesquera), 8.2 (proyectos de obras y actividades de acondicionamiento marino) y 11.2 (extracción de flora marina) del Anteproyecto, debería añadirse lo dispuesto en el mencionado artículo 11 del Decreto 7/1993.

Por último, y por análogas razones a las consignadas en su momento al referirnos a los proyectos de obras y actividades del Estado, resultaría conveniente establecer en el artículo 12 que, en el caso de proyectos de obras, instalaciones o actividades extractivas en aguas interiores de la Región que sean promovidos por otros órganos de la Administración regional, se requerirá informe de la Consejería competente en materia de pesca y acuicultura, resolviendo el Consejo de Gobierno las discrepancias que pudieran plantearse.

Con ello, el Anteproyecto habrá dado una solución a la articulación de las competencias del órgano ambiental autonómico en materia de protección de ecosistemas en aguas interiores con las de la Consejería competente en materia de pesca en dichas aguas; solución que, por un lado, coincide con la prevista actualmente en el Decreto 7/1993 y en la normativa ambiental sobre evaluación de impacto ambiental (de la que, sin duda, el citado Decreto tomó dicha prescripción) y, por otro, parece la más adecuada para resolver

un conflicto competencial interdepartamental, al ser el Consejo de Gobierno el superior órgano de la Administración regional.

B) Con una dimensión competencial tanto externa como interna, debe comentarse lo proyectado en el artículo 104 sobre la potestad que atribuye a la Consejería competente en materia de pesca y acuicultura en orden a la restauración de la situación física alterada por la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en el Anteproyecto.

La obligación del infractor de reparar el daño causado con el fin de lograr, en la medida de lo posible, la restitución de la situación alterada al estado previo a la comisión de los hechos responde a una medida de restablecimiento del orden jurídico perturbado característica del derecho administrativo sancionador, como así lo recoge expresamente el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En primer lugar, debe decirse que el Anteproyecto debería limitar esta obligación de restauración e indemnización a los daños causados a los bienes de la Administración regional y a los de dominio público cuya tutela tiene encomendada por razón de las competencias en materia de pesca, es decir, a los recursos pesqueros e, instrumentalmente, a los ecosistemas en que habitan; ello implica excluir los daños a bienes de particulares (instalaciones y productos acuícolas, embarcaciones, artes de pesca, etc.), cuyo resarcimiento e indemnización debe residenciarse en la vía que resulta más propia, la jurisdicción ordinaria, en su caso. Asimismo, debería especificarse el carácter sustitutivo de la indemnización económica a que se refiere el número 3 del artículo comentado, para expresar que procederá cuando no sea posible la restauración física o “*in natura*” de la situación indebidamente alterada por la comisión de la infracción.

Dicho lo anterior, el ejercicio de esta facultad restauradora por parte de la Consejería competente en materia de pesca plantea, en hipótesis, ciertos problemas de articulación competencial, dado que el espacio marítimo sobre el que aquélla incidiría es el mismo sobre el que concurre la competencia de la Administración estatal en su condición de titular del demanio, o la del departamento regional competente en materia de medio ambiente, cuyas respectivas normativas contemplan como infracciones la causación de daños a dicho espacio marítimo, y atribuyen al órgano competente de que se trate la potestad de ordenar la restauración de la situación física alterada.

Sin perjuicio de la solución que en cada caso concreto hubiese que adoptar, desde una perspectiva normativa, como la que ahora se trata, resulta procedente incluir en el artículo comentado una salvedad sobre estas competencias concurrentes, en términos como los sugeridos por la Demarcación de Costas del Estado, es decir, con la cláusula “*sin perjuicio de las competencias de la Administración del Estado previstas en la legislación de costas*” y, habría que añadir, de las que correspondan al órgano autonómico ambiental. En relación con esto último, la Ley 1/1995 resuelve la cuestión (artículo 67.1) estableciendo que la Administración que hubiera impuesto la sanción será la competente para exigir la reparación, lo que ha de entenderse que se dispone sin perjuicio de la coordinación entre las diferentes Administraciones en orden a la adopción de las medidas de restauración que sean acordes con los bienes jurídicos protegidos desde cada título competencial.

C) Por otra parte, y conectado con lo dicho hasta ahora en orden a una adecuada delimitación de las competencias que pueden verse afectadas directa o indirectamente

por el Anteproyecto, debe señalarse asimismo que no resultan adecuadas las referencias que se efectúan en él a las especies “*protegidas*” (arts. 18, 27.1 y 113.4), en orden a disponer la prohibición de su captura y el consiguiente régimen sancionador.

El Anteproyecto, correctamente, no establece ningún régimen jurídico propio sobre especies “*protegidas*”, que es un término que se suele emplear para referirse a la prohibición de aprovechamiento de especies por razón de su valor ecológico o de protección de la biodiversidad, esto es, con fundamento en el título competencial de protección del medio ambiente. En materia de pesca se habla de especies “*vedadas*” por razón de un adecuado aprovechamiento de los recursos pesqueros, como así recoge el Anteproyecto en varios preceptos. Por ello, deben suprimirse las referencias a las especies marinas “*protegidas*”, cuyo régimen jurídico habría de establecerse, de ser procedente, en una norma dictada al amparo del título competencial en materia de medio ambiente o del de protección de los ecosistemas en aguas interiores de la Región visto desde la perspectiva ambiental a que antes se hizo referencia.

D) La necesaria orientación de la competencia autonómica en materia de pesca al objetivo de lograr una explotación y gestión sostenible de los recursos pesqueros condiciona, según hemos visto, el alcance de las facultades que cabe atribuir a la Consejería competente en esta materia. Ello justificaba plenamente que en borradores de Anteproyecto anteriores al texto que ahora dictaminamos se expresara que la regulación de la actividad pesquera recreativa que incluía estaba motivada “*por su incidencia sobre el recurso pesquero*”, inciso que se suprimió del artículo 4, c) a instancia de la Federación de Pesca de la Región de Murcia, por considerar que la pesca recreativa tiene dimensiones distintas a la de su incidencia sobre los recursos pesqueros, hecho que sin duda es cierto, como es la faceta deportiva, pero que debe ser abordada desde la legislación propia de este otro título competencial y no desde el presente Anteproyecto.

Lo anterior supone, de un lado, que debe volver a incluirse el transcrito inciso en el tenor del artículo 4, c). De otro, que no es correcto configurar a la citada Federación como órgano encargado de la tramitación de todas las solicitudes de autorización de concursos de pesca deportiva, como se pretende en el artículo 29.3, pues las Federaciones deportivas proyectan su actividad colaboradora con la Administración respecto de los sujetos federados, siendo posible, en uso del derecho al libre ejercicio del deporte, que personas y entidades no sujetas a la disciplina federativa deportiva puedan organizar competiciones de pesca como las reguladas en dicho artículo 29. Por ello, en el número 3 de este artículo debería limitarse la función de la Federación a la tramitación de las autorizaciones instadas por personas o entes federados a la misma.

QUINTA.- Ordenación del sector pesquero. Corporaciones de Derecho Público (Título II). Observaciones de orden competencial y otras de carácter sustancial.

Conforme con los criterios de delimitación competencial expuestos en la Consideración Tercera, su aplicación al articulado del Anteproyecto, en las materias reguladas en su Título II, suscita las siguientes observaciones.

-Artículo 32, c). Instrumentos de la política de ordenación del sector pesquero.

Al margen de la necesaria constancia del origen del precepto en el artículo 41 LPME, la reproducción del texto básico no ha sido fiel, pues ha omitido la referencia a la garantía de las “*condiciones apropiadas de trabajo a bordo*” contenida en la letra c) del precepto

estatal, que ha resultado sustituida en el Anteproyecto por “*la mejora de las condiciones higiénico-sanitarias a bordo*”.

Ambas expresiones no son sinónimas. Mientras que las condiciones de trabajo aluden al conjunto de circunstancias en que los trabajadores prestan sus servicios en desarrollo de la relación de servicios que les une con su empleador, el término “*condiciones higiénico-sanitarias*” no sólo es más restringido que el anterior -en tanto que pudiera llegar a identificarse con una parcela de las condiciones de trabajo: la higiene en el trabajo, expresión hoy en retroceso-, sino que parece aludir a algo radicalmente diferente, como son las condiciones sanitarias a bordo de los buques. Esta impresión se refuerza al advertir que tal inciso se introduce en el artículo 32 como consecuencia de las observaciones efectuadas por el Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis de la Dirección General de Salud Pública, adscrita a la Consejería de Sanidad, que sugiere incluir una alusión al “*fomento y mejora de las condiciones higiénico-sanitarias de los buques pesqueros en concordancia con el RD 2066/93, de 26 de noviembre, sobre normas sanitarias aplicables a los productos de la pesca a bordo de determinados buques pesqueros*”.

Lo anterior no empece la posibilidad de incluir en el precepto dicha mejora de condiciones higiénico-sanitarias, medida por lo demás razonable y coherente con el resto de las contempladas en el artículo 32 del Anteproyecto, aunque desde luego no debe hacerlo por la vía de sustituir u omitir una de las finalidades a que la normativa básica dirige las medidas de construcción, modernización y reconversión de la flota pesquera: la garantía de las condiciones apropiadas de trabajo a bordo.

Procede en consecuencia, modificar la redacción de la letra c) para adicionar el inciso omitido.

-Artículo 34. Registro de Profesionales del Sector Pesquero.

El precepto crea el Registro de Profesionales del Sector Pesquero de la Región de Murcia, cuando lo cierto es que la configuración que hace el artículo 44 LPME del Registro en él regulado no parte de la existencia de diversos registros de profesionales del sector, uno por cada Comunidad Autónoma con competencias en materia de ordenación del sector, sino que diseña un único Registro de titularidad estatal cuya llevanza corresponde a cada Comunidad Autónoma en su ámbito.

-Artículo 35. 1, 3 y 4. Concepto de Cofradía de Pescadores.

1. El artículo 35.1 reproduce la definición de Cofradía ofrecida por el artículo 45.1 LPME, incorporando dos elementos: a) la alusión a su carácter representativo de intereses “*sociales*”, como algo diferente de los intereses económicos a que alude el concepto estatal; y b) la mención de la comercialización de los productos de la pesca como materia competencial, junto a las de pesca marítima y ordenación del sector pesquero.

La caracterización de las Cofradías de Pescadores como corporaciones representativas de intereses sociales fue propuesta por la Federación de Cofradías de Pescadores, entidad que sugería, más allá de la redacción finalmente plasmada en el Anteproyecto, eliminar la caracterización de las Cofradías como corporaciones representativas de intereses económicos, sustituyendo este último término por el de “*intereses sociales*”. Con buen criterio, tal sugerencia fue rechazada por la Consejería impulsora del texto, si bien consideró oportuno incluir la referencia a los intereses sociales como un “*añadido*” a los intereses económicos.

Al margen de la más absoluta ausencia de justificación de la sugerencia por parte de quien la propone (lo que impide conocer qué finalidad se pretende conseguir con dicha adición), considera el Consejo Jurídico que la modificación operada no mejora el texto. En primer lugar, porque los intereses sociales no son sino el género al que pertenecen los intereses económicos, como también lo son los políticos y sindicales, por ejemplo. Todos estos intereses, claramente conectados con un interés público relevante, dan lugar a la creación de diversas organizaciones o formaciones sociales con relevancia constitucional, como son los Partidos Políticos y los Sindicatos. Junto a ellos, el artículo 52 CE se refiere a otros entes de base asociativa, que pueden llegar a ser configurados por la Ley como Corporaciones de Derecho Público, con la finalidad de contribuir a la defensa de los intereses económicos que le son propios. Es precisamente esa finalidad vinculada a los intereses económicos la que primariamente y en términos estrictamente constitucionales, diferencia a estas Corporaciones de esas otras formaciones sociales. También en el posterior desarrollo legal de las previsiones constitucionales, el artículo 15 LPA vuelve a mencionar la finalidad representativa de intereses económicos como nota definitoria de las Corporaciones de Derecho Público, a los que suma los intereses corporativos, sin aludir al género “*intereses sociales*”.

Por tanto, considera el Consejo Jurídico que la definición de este tipo de Corporación de Derecho Público que es la Cofradía de Pescadores debe contener con la precisión necesaria aquella característica que identifica a las Cofradías como tales, que las diferencia de otros tipos de entidades de base sectorial privada y que, en definitiva, legitima su configuración legal como ente colaborador de la Administración que puede llegar a asumir determinadas funciones públicas, en el ámbito a que contraen su actuación, sin incluir otras finalidades que, por su amplitud, pudieran llegar a perturbar el concepto de Cofradía de Pescadores que, con carácter básico, ofrece el artículo 45 LPME.

2. El apartado 3 prevé que los titulares y trabajadores de instalaciones de acuicultura puedan ser miembros de las Cofradías de Pescadores, aspecto sobre el que el artículo 45 LPME guarda silencio. En principio, nada impide la incorporación del sector acuícola a las Cofradías, dado que la legislación estatal únicamente parece establecer una garantía de pertenencia respecto de los trabajadores del sector extractivo y los armadores, sin que cierre la posibilidad de incorporación de otros colectivos relacionados con la actividad pesquera.

Ahora bien, el artículo 40.2 del Anteproyecto, al regular la composición de los órganos rectores de la Cofradía y establecer su carácter paritario “*en la representación de trabajadores y armadores*”, olvida a los titulares de instalaciones de acuicultura, lo que es contrario al principio democrático que, por imperativo del artículo 52 CE, debe inspirar la estructura interna y funcionamiento de las Cofradías.

3. El apartado 4 regula la tutela que ejerce la Comunidad Autónoma sobre las Cofradías de Pescadores. La extensión material de dicha tutela, que abarca el control de legalidad de los actos corporativos en materia de organización, constitución, procedimiento electoral y, en general, cualesquiera actos dictados en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas, equivale a la determinación legal del ámbito de lo público en la actuación de las Cofradías. Nada hay que objetar a tales determinaciones, en tanto que responden a la opción del legislador autonómico en la regulación de la tutela administrativa que sobre las Corporaciones de Derecho Público instaura el artículo 15 LPA, y sobre la que nada dispone la LPME. Además, cabe considerar, en relación con la extensión de las facultades tutelares, que es la adecuada para garantizar la estructura y

funcionamiento democrático de las Corporaciones, y para posibilitar el control sobre las funciones públicas ejercidas por las Cofradías.

Dicho lo anterior, considera el Consejo Jurídico que el sometimiento de todos estos actos a revisión en vía administrativa exige una mayor matización y precisión. En efecto, si bien las entidades corporativas quedan inicialmente excluidas del ámbito de aplicación de la LPAC en virtud de lo dispuesto en su artículo 2, su Disposición Transitoria Primera establece que las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica, siéndoles de aplicación la LPAC en lo que proceda, en tanto no se complete dicha legislación específica. Pues bien, como ya indicó el Consejo Jurídico en el Dictamen 130/2003, con ocasión del Anteproyecto de Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia, la determinación del concreto régimen por el que han de regirse las funciones públicas de carácter administrativo, cuya atribución es el fundamento de la configuración como Corporaciones de Derecho Público de estos entes, es una cuestión básica que corresponde establecer al Estado *ex artículo* 149.1.18ª CE, tal como recuerda la STC 206/2001, FJ 4.

Comoquiera que la LPME no establece el régimen a que ha de sujetarse el ejercicio de potestades administrativas por parte de las Cofradías, y atendida la Disposición Transitoria Primera LPAC, cabe concluir que a todos los actos sometidos a la tutela de la Administración regional les será de aplicación la normativa básica sobre procedimiento administrativo común. Ello no obstante, y de conformidad con una autorizada doctrina, la aplicación de tales normas no alcanza al ejercicio de determinadas potestades exorbitantes, entre las que se incluye la revisión de oficio, salvo que la norma básica sectorial se la atribuya expresamente. De aquí que el sometimiento de los actos materialmente administrativos de las Corporaciones al régimen de la revisión en vía administrativa, como dispone el Anteproyecto, no deba ser interpretado como una atribución a las Cofradías de la potestad revisora sobre sus propios actos, pues ello no tendría cabida dentro de las relaciones de tutela, que son esencial y naturalmente jerárquicas.

Por lo expuesto, el Consejo Jurídico sugiere completar la previsión contenida en el Anteproyecto, mediante el sometimiento de la actuación pública de las Cofradías al régimen de la revisión en vía administrativa ante los órganos de la Administración regional, dando cabida así tanto a la vía del recurso administrativo como a la revisión de oficio, cuya resolución correspondería a los órganos de la Administración regional. De esta forma se establece un régimen adaptado a las prescripciones del procedimiento administrativo común y se evitan interpretaciones exorbitantes de las potestades administrativas que pueden ejercer las Cofradías.

-Artículo 40. Órganos rectores de las Cofradías.

Según consta en una glosa incorporada al final del segundo apartado, en la redacción del texto se ha optado por no regular la reelección de los órganos rectores, al considerar que dicho extremo debía dejarse a cada Cofradía. Sin embargo tal opción normativa no se ajusta estrictamente a la normativa básica (artículo 48.2 LPME), que establece que los cargos electos para los órganos representativos de las Cofradías podrán ser reelegidos por períodos de igual duración máxima (cuatro años) “*el número de veces que determine la normativa de las Comunidades Autónomas*”. Esta remisión expresa de la LPME a

su desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas no se vería cumplimentada con el silencio de la futura Ley de Pesca acerca de la reelección. Ello no quiere decir que la Comunidad tenga que renunciar a su opción legislativa de dejar dicha cuestión a la decisión de cada Cofradía, pero sí que, al menos, debería regular la reelección aunque fuera mediante una remisión expresa a los Estatutos de cada Corporación.

-Artículo 57.1. Primera venta de los productos de la pesca.

La redacción del apartado 1 parece indicar que la primera venta de los productos pesqueros vivos, frescos o refrigerados puede realizarse indistintamente en las lonjas o en centros debidamente autorizados por la Comunidad Autónoma, cuando no es así, pues la normativa básica estatal establece determinadas condiciones para que se pueda autorizar dicha venta fuera de las lonjas (artículos 70.2 LPME y 3, letra A) del RD 2064/2004). Del mismo modo, la normativa básica excluye de las lonjas la primera venta de los productos congelados, ultracongelados o transformados a bordo o en instalaciones de acuicultura, mientras que de la redacción del precepto se infiere que tal operación puede realizarse en las lonjas.

Para evitar la posible contradicción de la legislación autonómica con la normativa básica basta con añadir al comienzo del apartado 1 una cláusula de salvaguardia de la regulación estatal, en expresión similar a la siguiente: *“En los supuestos y términos establecidos por la normativa básica estatal, la primera venta...”*.

SEXTA.- Comercialización y transformación de productos pesqueros (Título III).

El Título III del Anteproyecto (artículos 62 a 70, inclusive), instrumenta una serie de medidas para la comercialización y transformación de los productos pesqueros desde que se ha realizado su primera venta hasta su llegada al consumidor final, medidas que van desde la normalización del producto hasta las que tienen por objeto la mejora de dichos productos, pasando por las normas de etiquetado, de promoción de productos infrautilizados o tradicionales, etc.

El abanico competencial autonómico en relación con la ordenación de la actividad comercial de los productos de la pesca, expuesto ya con carácter general, ha de completarse con otros títulos que confluyen en las distintas operaciones reguladas en este Título. En efecto, nuestra Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva en comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre la defensa de la competencia (art. 10.Uno.34 EAMU); así como de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado, en materia de defensa del consumidor y usuario (art. 11.7 EAMU), si bien no han sido tomadas en consideración en el presente Anteproyecto.

Como se apuntó en Consideraciones precedentes, la Comunidad Autónoma, en ejercicio de las competencias reconocidas en el artículo 11.6 EAMU, puede desarrollar y completar las previsiones básicas contenidas en el Título III LPME y puede hacerlo mediante todo tipo de normas, incluida, obviamente, la Ley cuyo Anteproyecto es objeto del presente Dictamen. Pues bien, el análisis del contenido de los artículos 62 a 70 en los que se divide el Título III del Anteproyecto, evidencia que en su redacción se ha renunciado a tal posibilidad, puesto que se ha limitado a transcribir, prácticamente de modo literal, los artículos 75 a 83 de la Ley estatal. Además de señalar la evidente innecesariedad de recoger estas disposiciones en la futura norma, porque va de suyo que las bases estatales en la materia se aplican en el ámbito territorial de esta Comunidad

Autónoma, es de recordar aquí específicamente lo expresado en su momento sobre los riesgos de la técnica denominada “*lex repetita*”.

Por otro lado, diferir la totalidad del auténtico desarrollo de las bases estatales a futuras disposiciones reglamentarias puede entrañar, en su momento, el problema añadido de que determinados contenidos no puedan ser regulados porque requieran para ello de una norma con rango legal, si bien tal remisión reglamentaria será adecuada en los aspectos que requieran de este último rango normativo.

En una apreciación global del contenido del Título que nos ocupa, no se detecta discrepancia con las normas comunitarias aplicables en la materia ni con la normativa estatal básica que reproduce, a saber, el precitado Título III LPME, el Real Decreto 1380/2002, de 20 de diciembre, de identificación de los productos de la pesca, de la acuicultura y del marisqueo congelados y ultracongelados, modificado por el Real Decreto 1702/2004, de 16 de julio, y el Real Decreto 121/2004, de 23 de enero, de identificación de la pesca, de la acuicultura y del marisqueo vivos, frescos, refrigerados o cocidos.

SÉPTIMA. Acuicultura (Título IV). Observaciones generales y sobre competencia.

I. La necesidad de regular la acuicultura marina en nuestra Región es manifiesta por diversas razones. En primer lugar cabe destacar la ausencia de normativa regional, aplicándose actualmente el derecho estatal supletorio (Disposición Adicional Primera de la Ley 23/1984, de 25 de junio, de Cultivos Marinos), tratándose de un sector económico de cierta pujanza en la Región de Murcia si atendemos a los datos extraídos de alguna publicación relativos al año 2004, sobre la producción acuícola española en el segmento de la acuicultura marina, de los que se infiere que nuestra Región ocupó el segundo lugar tras la Comunidad de Galicia. Tampoco se debe omitir la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento las recomendaciones de la Unión Europea en este sector, destacándose a este respecto la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2002) 511 final, sobre “*la estrategia para el desarrollo sostenible de la acuicultura europea*”, que tiene un triple objetivo: crear empleos estables y seguros a largo plazo, especialmente en las zonas dependientes de la pesca, garantizar que los consumidores puedan disponer de productos sanos, seguros y de buena calidad y asegurar el cumplimiento de las normas medioambientales por parte del sector.

No obstante, llama la atención que el articulado del Anteproyecto no regule la alcuicultura, a la que también se extiende la competencia exclusiva autonómica, habiéndose limitado la Disposición Adicional Segunda a señalar que le serán de aplicación las disposiciones aplicables a la acuicultura en todo lo que resulte compatible con dichas actividades, sin mayor concreción.

II. Desde el punto de vista de la regulación de la actividad administrativa autonómica en materia de acuicultura las cuestiones competenciales más relevantes que suscita este título competencial vienen determinadas por la necesidad de integrar las diversas competencias concurrentes, articulando mecanismos de coordinación y cooperación, especialmente con el Estado, en su condición de titular del demanio público marítimo-terrestre, que tiene competencia para regular el régimen jurídico de estos bienes y establecer cuantas medidas sean necesarias para su protección, para preservar las características propias del bien y asegurar la integridad de su titularidad y el libre uso público (STC 149/1991). También, en un plano interno, es necesaria la coordinación con las competencias de otros departamentos de la Administración regional, señaladamente en materia de medio ambiente. De hecho, algunas observaciones presentadas por organismos o asociaciones

en la tramitación del Anteproyecto se han orientado a la necesidad de articular la participación de otros departamentos o Administraciones en los procedimientos contemplados, habiendo sido aquéllas, en general, aceptadas e incorporadas al texto sometido a consulta. No obstante, se suscita la cuestión de si en el procedimiento de concesiones y autorizaciones acuícolas las previsiones del Anteproyecto se adecuan a lo dispuesto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC) sobre la intervención de la Administración General del Estado, en su condición de titular del demanio.

El Anteproyecto ha optado por mantener dos títulos diferenciados: el relativo a la instalación, explotación y funcionamiento de cualquier establecimiento de cultivos marinos, que corresponde a la Administración regional, concretamente al órgano competente en materia de pesca y acuicultura, y el que corresponde a la Administración estatal para la ocupación demanial, integrando ambos en el procedimiento que se desarrolla en el artículo 85. Dicha dualidad de títulos aparece justificada en la Memoria (folio 40) del siguiente modo:

“Capítulo II: Autorizaciones y concesiones. Se regula en este capítulo el régimen de otorgamiento de las autorizaciones y concesiones. A diferencia de otras Comunidades Autónomas se ha optado por un procedimiento integrado que, a efectos de una mayor coordinación administrativa, se prevé en el artículo 150 del Reglamento de Costas. Sigue manteniéndose por tanto la exigencia de dos títulos diferenciados, otorgados por las distintas administraciones: la estatal, competente para conceder la ocupación del dominio público marítimo-terrestre, y la autonómica competente para autorizar la instalación y explotación”.

Y así se plasma en el artículo 85.2 del Anteproyecto: *“Cuando el proyecto precise, además, la concesión y/o autorización de la Administración del Estado para la ocupación del dominio público marítimo terrestre, se presentará igualmente ante la mencionada Consejería la oportuna solicitud dirigida al órgano competente para otorgar la concesión para la ocupación demanial, en unión de los documentos precisos para concretar la petición que se formula, tramitándose la solicitud de conformidad con lo previsto para estos casos en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y su Reglamento”.*

La remisión a la LC suscita la cuestión de cuáles son sus previsiones respecto a las instalaciones de cultivos marinos.

Concretamente, el artículo 112, d) LC establece que corresponde a la Administración del Estado emitir informe, con carácter preceptivo y vinculante, en las declaraciones de zonas de interés para cultivos marinos, concesiones y autorizaciones, de acuerdo con la legislación específica. En su desarrollo, el artículo 205.4 del Real Decreto 1112/1992, de 18 de septiembre, por el que se modifica parcialmente el Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley -para adecuarlo al régimen de competencias que corresponden a la Administración del Estado y a las Comunidades Autónomas en el espacio litoral, tras las SSTC núms. 149/1991 y 198/1991-, establece que, en el caso de las concesiones y autorizaciones a las que se refiere el apartado 1, d), -cultivos marinos-, el informe favorable del Ministerio competente supondrá el otorgamiento de la autorización necesaria para la ocupación del dominio público marítimo terrestre, a excepción de los supuestos previstos en el artículo 129, que se refieren a la ocupación de bienes del dominio público marítimo-terrestre estatal con obras o instalaciones no desmontables y a las instalaciones desmontables que por su naturaleza, finalidad u otras circunstancias requieran un plazo de ocupación superior a un año.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 9/2001, de 18 de enero, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 6/1993, de 11 de mayo, de Pesca de Galicia (LPG), analizó la intervención de la Administración General del Estado en las concesiones y autorizaciones autonómicas de acuicultura, partiendo de la consideración de que la titularidad del dominio público no es en sí misma un criterio de delimitación competencial y que la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre este espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan dicha titularidad:

“Lo que se discute en este punto es si el artículo 10, a) y b) LPG atribuye a la Comunidad Autónoma las potestades dominicales de preservación del dominio público estatal en las zonas marítimo-terrestre y marítima que debieran corresponder al Estado según la Ley de Costas.

Pues bien, en este punto la posición defendida por el Abogado del Estado no puede ser compartida. Ciertamente los artículos 51 y 64 de la Ley de Costas, declarados constitucionales por la STC 149/1991, atribuyen al Estado, en defensa de la preservación del dominio público estatal, la competencia para otorgar las autorizaciones y concesiones de ocupación de aquél, sin perjuicio de las que correspondan por razón de la actividad que pretenda desarrollarse en el espacio físico considerado.

Sin embargo, el expresado régimen general (artículo 110, b) de la Ley de Costas) encuentra sus excepciones en la propia Ley de Costas para los supuestos recogidos en su artículo 112, cuyo apartado d) se refiere, precisamente, a los cultivos marinos. La Ley de Costas regula un régimen específico que se caracteriza porque la necesaria intervención del Estado para autorizar la ocupación del demanio se produce, no a través de la concesión o del acto específico correspondiente, sino mediante la emisión de un informe con carácter preceptivo y vinculante (...)

En suma, el artículo 112 d) de la Ley de Costas excepciona a la acuicultura, que se regirá por su legislación específica, del régimen general del artículo 110 de la misma Ley.

La nueva redacción del artículo 205 del citado Reglamento dispone que el informe estatal relativo a las actuaciones en materia de acuicultura será vinculante cuando proponga objeciones basadas en el ejercicio de facultades propias, bien derivadas de la titularidad demanial, como son las orientadas por la necesidad de asegurar la protección de la integridad del dominio público, o bien derivadas de otras competencias sectoriales de la Administración del Estado (artículo 205.4,a), previéndose también que, cuando no se den los supuestos del artículo 129 (que se trate de instalaciones fijas o móviles) dicho informe estatal supondrá el otorgamiento de la autorización necesaria para la ocupación del dominio público marítimo terrestre (art. 205.5).

De cuanto se ha expuesto se deduce que la Comunidad Autónoma de Galicia puede otorgar autorizaciones y concesiones para el establecimiento de instalaciones o actividades acuícolas en terrenos de dominio público estatal siempre que solicite y obtenga el preceptivo informe favorable de la Administración del Estado con el alcance indicado”.

De la doctrina expresada del Tribunal Constitucional parece desprenderse que en la acuicultura la concesión demanial estatal se sustituye por un informe vinculante, salvo

cuando se den los supuestos previstos en el artículo 129 (instalaciones fijas o desmontables superiores a un año de permanencia), como sugiere el Consejo Consultivo Andaluz en su Dictamen núm. 36/2001 al entonces Anteproyecto de la Ley de Ordenación, Fomento y Control de la Pesca Marítima, el Marisqueo y la Acuicultura Marina de aquella Comunidad Autónoma (hoy Ley 2/2002, de 4 de abril).

Parece inicialmente que ésta no es la opción por la que se decanta el Anteproyecto, que mantiene formalmente ambos títulos, siguiendo lo dispuesto en el artículo 150 del Reglamento general de desarrollo y ejecución de la Ley de Costas (aprobado por RD 1471/1989, de 1 de diciembre), que establece un procedimiento administrativo coordinado cuando una misma actividad precisa, simultáneamente, el otorgamiento de autorizaciones o concesiones competencia de las Comunidades Autónomas y la concesión o autorización del Estado para la ocupación del demanio marítimo-terrestre.

Expuesta la problemática, cabe considerar si el sistema contemplado en el Anteproyecto es contrario al orden constitucional de competencias o conculca en algún extremo la LC:

1º) Es obvio que las competencias estatales se respetan en el texto sometido a consulta en cuanto se mantiene la competencia de la Administración General del Estado para otorgar los títulos de ocupación del demanio (artículo 85.9), incardinando su intervención en el procedimiento que se inicia en la Consejería consultante, para facilitar la colaboración interadministrativa, que deviene en imprescindible cuando sobre el mismo medio físico coinciden la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma. No obstante, aunque se infiere implícitamente, debería recogerse expresamente en el artículo 85.4, por su relevancia entre los informes preceptivos que se han de recabar, el correspondiente a la Administración General del Estado, en cuanto titular del dominio público marítimo-terrestre, con la finalidad de adecuar dicho precepto a lo dispuesto en el artículo 112,d) LC, en relación con el 150 del Reglamento. En dicho informe, el órgano competente de costas de la Administración General del Estado expresará las exigencias y condiciones (formuladas en el ámbito de sus competencias) bajo las que se habría de otorgar, en su caso, el título habilitante para la actividad acuícola; condiciones que, según el párrafo 8 del artículo 85, son ofertadas por la Consejería al peticionario para, una vez aceptadas por éste, adoptar el citado departamento de la Administración regional la resolución que proceda.

2º) En la redacción propuesta también se respeta la interpretación del Tribunal Constitucional expuesta con anterioridad (sentencia núm. 9/2001), por cuanto la LC excepciona del régimen general a la acuicultura (artículo 112 d), remitiendo a su legislación específica, si bien el Consejo Jurídico quiere dejar expresa indicación de que el informe del órgano estatal supondrá el otorgamiento de la autorización necesaria para la ocupación del demanio, salvo en los casos previstos en el artículo 129 (instalaciones fijas o desmontables que requieran un plazo superior a un año), que son en realidad los supuestos más extendidos en materia de acuicultura, a los que se ajusta plenamente el Anteproyecto al contemplar el artículo 85.9: *“no obstante, en los casos en que el proyecto requiera la ocupación del dominio público marítimo terrestre, el expediente se remitirá al Ministerio competente en la materia a efectos del previo otorgamiento del título de ocupación”*. Conviene considerar, respecto a este último párrafo, que no sólo ha de remitirse al Ministerio en los casos de ocupación del dominio público marítimo terrestre, sino también cuando el establecimiento pudiera afectar a sus servidumbres de tránsito

o acceso al mar, pues para los usos en dichas servidumbres se requiere autorización previa de la Administración del Estado, a diferencia de la autorización para los usos en la servidumbre de protección que corresponde a la Administración regional (artículo 255 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio). Al hilo de esta observación, hubiera sido deseable que el Anteproyecto hubiese contemplado una autorización integrada en el ámbito de la Administración regional cuando la actividad requiera de otras autorizaciones de la misma (salvo en lo que concierne a la evaluación de impacto ambiental -EIA- que corresponde al órgano ambiental), recabándose el pertinente informe del departamento correspondiente.

3º) Al igual que debe recogerse el informe preceptivo (de naturaleza vinculante) de la Administración General de Estado competente en materia de costas en el procedimiento de concesión o autorización (artículo 85.4), también debe recabarse cuando se modifiquen o revisen las concesiones o autorizaciones (artículo 87), en los casos en los que varíen los supuestos en los que se otorgó la concesión (dominio público afectado o condiciones impuestas por el titular del demanio), porque entender, según el informe de valoración de las alegaciones (doc. núm. 19), que el informe preceptivo y vinculante previsto en la legislación de costas sólo es exigible en los supuestos de otorgamiento y no para sus modificaciones es una interpretación excesivamente restrictiva y no sistemática de la LC, si bien es cierto, como sostiene el documento citado, que las modificaciones pueden ser de menor entidad y no afectar al título concesional, en cuyo caso el informe de la Administración del Estado se limitará a señalar la no afectación al título concesional.

III. Especial comentario merecen, desde la perspectiva competencial, los proyectados artículos 74.2, 75.3 y 91, sobre zonas de interés para cultivos marinos, polígonos de cultivos marinos y transmisión de títulos concesionales, respectivamente.

A) El artículo 74.2 establece que habrán de emitir informe previo a la declaración de las indicadas zonas los organismos competentes en materia de defensa, seguridad de la navegación, turismo, puertos, medio ambiente, así como los Ayuntamientos afectados. En este sentido, el Anteproyecto reproduce la intervención de los organismos que se señalan en la Ley estatal 23/1984 (con alguna incorporación, como el órgano de medio ambiente), pero sin embargo no ha tenido en cuenta, atendiendo a la organización y distribución de competencias en la Administración regional, la participación del departamento que ostenta las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio y del litoral, concretamente la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas, dadas las competencias que ostenta según el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, ya citado.

En consecuencia, y por análogas razones a las apuntadas en la Consideración Segunda, I, “*in fine*” de este Dictamen, debe preverse en el precepto comentado el preceptivo informe del organismo competente regional en materia de ordenación del litoral.

Además, en lo que se refiere al previsto informe del órgano ambiental, debería establecerse específicamente la misma referencia a la resolución de eventuales discrepancias que ya fue objeto de análisis en la Consideración Cuarta, II, A), b), y ello sin perjuicio de que, posteriormente a la declaración de la zona acuícola, la concreta instalación del establecimiento deba someterse a EIA y, por tanto, eventualmente, también fuese operativo a estos efectos el mecanismo de resolución de discrepancias previsto en las normas reguladoras de dicha EIA.

B) El proyectado artículo 75.3 establece que las autorizaciones o concesiones que se otorguen para la instalación o explotación de cultivos marinos dentro de los polígonos no requerirá el trámite de evaluación de impacto ambiental, ni los informes previstos en el apartado segundo del artículo anterior, que hace referencia al procedimiento para la declaración de zonas de interés para cultivos marinos.

Con esta previsión se trata de suprimir la duplicidad de trámites administrativos por razones de economía procedimental. No obstante, ha de hacerse una observación sobre la supresión de la EIA para las concesiones y autorizaciones de instalaciones y explotaciones de cultivos marinos dentro de los polígonos delimitados (sometidos a su vez a EIA), en contraste con la normativa básica estatal y regional aplicable.

La Ley regional 1/1995, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia, establece, sin distinción, que están sometidos a EIA las instalaciones de cultivos marinos, tanto las situadas sobre tierra firme como en el medio acuático (Anexo I, 2.3, f). En principio, la previsión del Anteproyecto supondría modificar dicha exigencia para estos supuestos, posible dentro de las competencias autonómicas.

Sin embargo, dado que el polígono puede estar conformado por varias parcelas, y por tanto susceptible de varias concesiones de instalaciones, tal previsión podría contradecir la normativa básica, si se tiene en cuenta que la Ley 6/2001, de 8 de mayo, que modificó el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (Anexo II), recoge que las instalaciones para la acuicultura intensiva que tengan una capacidad de producción superior a 500 toneladas al año deberán ser sometidas a EIA cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso; decisión que habrá de motivarla y hacerla pública, ajustándose a los criterios establecidos en el Anexo III, entre los que se citan: la acumulación con otros proyectos, la generación de residuos, etc.

En consecuencia, para acomodar la redacción propuesta a la normativa básica citada debería incluirse en el apartado 3 un inciso del siguiente tenor o similar: “*Cuando así lo decida el órgano ambiental*” (tras “*evaluación de impacto ambiental*”).

Conviene no obstante hacer la salvedad, respecto a las modificaciones de las instalaciones o explotaciones ubicadas dentro de un polígono, que también habrá que estar a lo que determine el órgano ambiental sobre la necesidad de EIA, e incluso podría ser necesario someterlas nuevamente a informe de alguno de los órganos citados en el artículo 74.2.

C) También merece reparos desde la perspectiva competencial el proyectado artículo 91, sobre transmisión de títulos concesionales en materia acuícola.

En este precepto se regulan las distintas intervenciones y cautelas de la Administración regional cuando se transmite la titularidad de las concesiones o autorizaciones, en cuanto el adquirente ha de asumir las condiciones impuestas y el cumplimiento de los requisitos legales. El Consejo Jurídico considera improcedente alguna de sus previsiones, bien por considerarlas limitaciones al derecho societario y al tráfico jurídico mercantil que corresponden a la competencia estatal en materia de legislación mercantil, bien por falta de su adecuada justificación.

Nada que objetar a la regulación contenida en el apartado 1, que dispone que la transmisión *intervivos* sólo puede realizarse conjuntamente con la del establecimiento a que se refiera y siempre con autorización de la Dirección General competente (también

en el caso de cesión de uso o cuando sea gravada), previo informe del órgano estatal competente, y que cuando sean varios los adquirentes, cesionarios o herederos la transmisión se hará siempre *pro indiviso*. Dicha previsión no contradice la LC por cuanto el artículo 70.2, párrafo segundo, excepciona de la prohibición de transmisión *intervivos* precisamente a las contempladas en la Ley de Cultivos Marinos, que lo regula de forma similar. Tampoco nada que objetar a las transmisiones *mortis causa*, estipulando un plazo para subrogarse en los derechos y obligaciones del causante (apartado 4).

Sin embargo, sí son susceptibles de observaciones los apartados 3 y 5, por las siguientes razones:

1ª) Se considera una excesiva limitación al tráfico jurídico mercantil la regulación contenida en el apartado 3 sobre la prohibición de realizar las transmisiones *intervivos*, cesión de uso o gravamen hasta que no haya transcurrido al menos la mitad del periodo concesional o, en su caso, del correspondiente periodo de prórroga, con la consecuencia, además, en el caso de incumplimiento, de la caducidad de la concesión. No se aportan razones en el expediente que justifiquen tal limitación, teniendo en cuenta que dichas operaciones están sujetas siempre a autorización administrativa, y todo ello con independencia de que algún reglamento autonómico haya previsto una regulación similar. En todo caso, esta limitación parece más propia del condicionado de la concesión que se otorgue, que debe ser asumida por el titular, en lugar de recogerse como una prohibición legal.

2ª) La previsión contenida en el apartado 5 en el sentido de que “*la Consejería competente podrá regular las condiciones y/o requisitos a los que hayan de ajustarse las operaciones de emisión y/o transmisión de títulos representativos del capital social de las entidades concesionarias*”, no se encuentra habilitada por la competencia autonómica en materia de acuicultura, aunque exista algún precepto en alguna norma autonómica, debiendo ser suprimida, por entender el Consejo Jurídico que corresponde a la competencia exclusiva estatal en materia de legislación mercantil.

OCTAVA.- Investigación pesquera, oceanográfica y acuícola (Título VI). Observaciones generales y sobre competencia.

La materia “*investigación científica y técnica*”, tal como aparece en el artículo 149.1.15ª de la Constitución, es de competencia exclusiva del Estado en cuanto a su “*fomento y coordinación general*”, si bien el artículo 148.1.17ª CE permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias exclusivas en materia de “*fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma*”. En nuestro ámbito, el EAMU reconoce competencia exclusiva para “*la investigación científica y técnica en coordinación con el Estado, especialmente en materia de interés para la Región de Murcia*” (art. 10.Uno, 15).

Como ha destacado la doctrina, la conjugación de ambos preceptos 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, aunque tampoco suscita comentarios favorables que no se recoja con mayor énfasis la inserción de la actividad investigadora de la Consejería de Agricultura y Agua (directa o fomentada) con la restante organización autonómica para tal fin. Es cierto que desde la derogación del Decreto 24/1996, de 22 de mayo, no existe al día de hoy en el derecho positivo regional una regulación sobre el plan regional de investigación, pero ello no debiera impedir que la realizada por las distintas Consejerías y demás organismos públicos se coordinara, como se pretende a través de la Comisión Interdepartamental de Ciencia, Tecnología y Sociedad de la Información (Decreto 25/2003, de 4 de abril). Sería muy razonable, por ello, que el primer párrafo del artículo 97 comenzara diciendo “*en el marco de la planificación regional sobre ciencia y técnica...*”.

Bajo esa misma idea debe apuntarse que el artículo 99 tiene una denominación no completamente ajustada a su contenido, ya que no encierra preceptos que sustancien la planificación y la programación, sino sólo el derecho de las entidades representativas del sector para participar en tales actividades (párrafo 2) y la concertación de acciones para la ejecución de programas (párrafo 1); no se regula en el Anteproyecto el contenido de un plan de investigación, ni el procedimiento de elaboración y ejecución, ni su control.

Quiere ello decir que el texto, en esta materia, presenta indefiniciones que sería muy conveniente eliminar mejorando su contenido y coordinándolo con las previsiones normativas autonómicas.

NOVENA.- Otras observaciones al contenido del Anteproyecto.

Para la mejora técnica del articulado, deben introducirse las siguientes correcciones:

-Exposición de motivos.

En la primera línea, debe decirse: “*para*” la Región..., en vez de “*de*”. En el segundo párrafo, sobra la coma tras “*Región*”. En el tercer párrafo, primera línea, sobra la coma tras “*finalidad*”.

-Artículo 1.

Debería completarse: “*Política Pesquera Común de la Unión Europea...*”.

-Artículo 2.

Las definiciones de buques y de capturas históricas resultan innecesarias, pues tales términos no se emplean en el Anteproyecto, habiéndose traído de la LPME, donde se contiene una regulación que emplea dichos términos.

-Artículo 3, a) y g).

Por lo que se refiere a la mención a las “*administraciones públicas de la Región de Murcia*” contenida en su primer párrafo, y a lo dispuesto en su letra a), nos remitimos a lo dicho en la Consideración Cuarta al comentar este artículo.

Por otra parte, la inclusión de la letra e), además de resultar innecesaria por poder considerarse incluido su contenido en lo dispuesto en la letra g) del artículo, plantea el problema de la falta de definición de las actividades de “*pescaturismo*” y “*acuturismo*”.

-Artículo 9.

La infracción tipificada en la letra B), 1 del proyectado artículo 117, consistente en “la repoblación marina sin la correspondiente autorización o cuando se incumplan las condiciones establecidas en la misma”, pone de manifiesto la conveniencia de completar la regulación sobre repoblaciones piscícolas contenida en el artículo 9 del Anteproyecto, que se limita a prever la posibilidad de declarar zonas de repoblación marina por parte de la Consejería competente y el régimen aplicable a estas zonas, precepto del que no se sigue, al menos con claridad, que sólo quepa realizar repoblaciones en dichas zonas. Tanto si ello es así como si tales repoblaciones son posibles fuera de las mismas, pero sujetas a previa autorización expedida por la Consejería competente, debería aclararse este aspecto y asegurar una clara conexión con lo previsto a efectos sancionadores.

-Artículo 10.

Por lo expuesto anteriormente sobre el preciso alcance que el Anteproyecto da al concepto de “*actividades pesqueras*”, debe añadirse en este artículo la oportuna referencia a la regulación del marisqueo en los espacios naturales marinos protegidos por la Comunidad Autónoma, que también debe supeditarse a la normativa ambiental específica.

-Artículo 11.2.

La contravención de lo dispuesto en este precepto, es decir, la extracción no autorizada de flora marina por quien estuviera obligado a obtener la mencionada autorización, no aparece tipificada como infracción en el Título dedicado al régimen sancionador, que estructura las infracciones por razón de la modalidad de pesca de que se trate, criterio que no resulta adecuado para recoger este tipo de incumplimientos.

-Artículo 21.

Por lo que se refiere a la “*titulación*” mencionada en el número 1, debería aclararse si se refiere a una de las titulaciones reseñadas en el artículo 33 del Anteproyecto o a otra distinta y específica. Lo mismo cabe decir de la titulación prevista en el número 3, y valorar si en este último supuesto no es más propia la previsión de una “*autorización*”, a su vez específica y distinta de la prevista en el número 2.

Por otra parte, y en lo tocante a las licencias y autorizaciones propiamente dichas en materia de marisqueo, debería incluirse una habilitación reglamentaria específica de similar tenor a la prevista en el artículo 25 para las licencias de pesca.

-Artículo 36.

Las funciones de las Cofradías enumeradas en los tres primeros apartados son reproducción de las establecidas por la norma básica (artículo 46 LPME). Las cuatro siguientes son un desarrollo y pormenorización de las funciones consultivas o de asesoramiento (letra e) y de colaboración (letras d), f) y g) enunciadas con carácter general en el apartado a), lo que permite sugerir una reordenación sistemática del precepto, de forma que las letras d), e), f) y g) pasen a constituir subapartados de la letra a), ganando así la norma en claridad y orden interno.

La letra g), por su parte, es redundante con el último inciso de la letra a), sin que aquélla suponga un valor añadido a lo establecido en esta última, pues es evidente que las

funciones administrativas que se le encomienden habrán de ser ejercidas en su respectivo ámbito territorial y sectorial. Además, la enumeración de los posibles instrumentos de atribución funcional no es cerrada, al admitir “*cualquier otra figura jurídica*”, convirtiendo la relación precedente en meramente ejemplificadora. En consecuencia, cabe suprimir el apartado, sin que ello suponga una merma en las funciones que pueden desempeñar las Cofradías.

-Artículo 38.3 y 4.

El apartado 3 somete a “*la aprobación por el órgano competente*” la modificación de los Estatutos, así como la fusión y disolución de las Cofradías. Considera el Consejo Jurídico que la referencia es demasiado imprecisa, máxime cuando parece obligado que sea la Consejería competente en materia de pesca la que haya de aprobar tales actuaciones. En efecto, si la aprobación de los Estatutos y la creación de la Cofradía ha de hacerse por Orden de dicho departamento, también habrá de serlo la modificación y la aprobación de actos de tan especial relevancia en la existencia misma de la Cofradía como son su disolución o su fusión (que en definitiva conlleva la disolución de dos o más Cofradías preexistentes y la creación de una nueva).

Manifestación extrema de la potestad tutelar es la atribución a la Administración regional de la facultad de disolver forzosamente una Cofradía (artículo 38.4). La regulación que de tal facultad exorbitante realiza el Anteproyecto es sorprendentemente parca, considerando el Consejo Jurídico que debe garantizarse en el mismo, al menos, la audiencia de la Cofradía interesada y de la Federación Murciana de Cofradías de Pesca, de forma coherente con la participación de esta entidad en la creación, modificación, fusión y disolución voluntaria de las Corporaciones, conforme a los apartados 1 y 3 del artículo 38 del Anteproyecto.

-Artículo 41.

En la actualidad, las elecciones en las Cofradías y sus Federaciones se regulan por la Orden de 5 de agosto de 1999, de la entonces Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente. Ni el artículo 41 ni la Disposición Derogatoria del Anteproyecto prevén el mantenimiento de la vigencia de la Orden, que en lo que se oponga a la proyectada regulación legal quedará tácitamente derogada. La lectura conjunta de la Orden y del artículo 41 del Anteproyecto permite advertir que no existe antinomia entre ellas, sino que la una sirve de complemento a la otra, lo que no obsta a que, en aras de una mayor seguridad jurídica y claridad acerca del Derecho aplicable en cada caso, se proceda a dejar constancia expresa en el Anteproyecto de la vigencia de la Orden, la cual, además, constituirá la única norma electoral regional aplicable a las Federaciones de Cofradías, ante el silencio que guarda el Anteproyecto sobre las elecciones en aquéllas.

Si bien la referida Orden establece como régimen electoral supletorio el contenido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, dicha previsión debería establecerse en la propia Ley, como un apartado 2 del artículo 41.

-Artículo 42.

Regula el precepto el órgano provisional que, nombrado por la Administración, tiene como misión superar determinadas y excepcionales circunstancias que ponen en peligro el adecuado desempeño de sus funciones por parte de las Cofradías.

Esta Comisión Gestora se encuentra regulada en la actualidad por la Orden de 27 de diciembre de 1995, de la entonces Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua, por la que se establece el procedimiento para su constitución y se dictan normas sobre su funcionamiento. Sin embargo, el Anteproyecto introduce un cambio sustancial en dicho régimen desde el momento en que deja la regulación de la composición y funciones de la Comisión Gestora a la determinación de los Estatutos de cada Cofradía. Consecuencia necesaria de esta opción normativa es que el Anteproyecto debería prever un régimen transitorio que, en el período de adaptación de los Estatutos corporativos a las previsiones de la nueva Ley, mantenga expresamente la vigencia de la referida Orden, la cual, de lo contrario, se vería tácitamente derogada, generando un vacío normativo que, siendo de ordinario indeseable, lo es mucho más cuando la materia objeto de regulación es una medida excepcional. Del mismo modo, esta Orden puede actuar como norma supletoria para integrar las lagunas que en la regulación de las Comisiones Gestoras puedan dejar los diferentes Estatutos, lo que hace aún más aconsejable que el Anteproyecto prevea de forma expresa el mantenimiento de su vigencia.

Por otra parte, el precepto utiliza una expresión equívoca, de contenidos difusos, al aludir a los “*órganos de gobierno*” de la Cofradía, pues no se encuentran definidos en el Anteproyecto. En efecto, su artículo 40 establece que son órganos rectores y representativos de la Cofradía la Junta General, el Cabildo y el Patrón Mayor. En la determinación de a cuál de ellos corresponde la calificación de “*órgano de gobierno*” viene en nuestra ayuda la Orden ya citada, cuyo artículo 4 atribuye a la Comisión Gestora las funciones propias de la Junta General y el Cabildo, al tiempo que asigna al Presidente de la Comisión Gestora las competencias y facultades del Patrón Mayor. Si, de forma coherente con la normativa actual, el Anteproyecto identifica órganos de gobierno con órganos rectores, debería utilizar esta última expresión, que aparece claramente delimitada por la Ley. De lo contrario, habrá de definir cuáles son los órganos de gobierno de la Cofradía.

-Artículo 43. 1 y 5.

En el apartado 1 se menciona un “*órgano plenario superior*” de cada Cofradía que debería ser mejor identificado, por referencia a alguno de los órganos corporativos regulados en el Anteproyecto.

En el apartado 5 sería conveniente expresar que el control contable de las Cofradías se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

- Artículos 44 y 45.

Si bien el título del precepto parece prever que únicamente existirá una Federación de Cofradías (así también lo corrobora el título del artículo 45), lo cierto es que tanto la regulación establecida en el resto del precepto (acuerdo mayoritario de al menos dos tercios de las Cofradías radicadas dentro del ámbito territorial donde se pretenda establecer), como la mención que efectúa el artículo 45 a “*las Cofradías y sus posibles Federaciones*”, apuntan a la posibilidad de que coexistan varias Federaciones de Cofradías en la Región. Si esa es la voluntad del legislador, debería modificarse el título del precepto para consignar en plural el término “*Federación*”. Dicha observación se hace extensiva al título del artículo 45.

El único extremo que contempla el Anteproyecto acerca de la disolución de la Federación es la competencia. Considera el Consejo Jurídico que, de forma coherente con

la regulación de las Cofradías, deberían establecerse, al menos, los siguientes extremos: a) si cabe, al igual que ocurre con aquéllas, la disolución forzosa de la Federación; b) mínimos requisitos de tramitación que garanticen un procedimiento contradictorio; y c) si se exige un determinado quórum para adoptar la decisión de disolución voluntaria y quién debe adoptarla

Al igual que se extiende a la Federación el régimen presupuestario y contable de las Cofradías, también debería extenderse a aquélla el régimen electoral propio de éstas, en consonancia con la regulación vigente (Orden de 5 de agosto de 1999, antes citada).

-Artículos 46 y 47. Condiciones para el reconocimiento de las organizaciones de productores y sus agrupaciones.

1. Si bien el título del artículo 47 se refiere únicamente a las organizaciones de productores, contiene normas aplicables al reconocimiento de las agrupaciones de tales organizaciones, sin que se haya definido previamente su concepto. Procedería, en consecuencia, tanto definir el término “*asociación de organizaciones de productores*” en el artículo 46 (se dice “*asociación*” porque es la denominación que a tales agrupaciones da el artículo 4 del Real Decreto 724/2003, de 13 de junio, por el que se regulan las organizaciones de productores de la pesca y de la acuicultura y sus asociaciones, norma básica, de conformidad con su Disposición Final primera), como añadir en el título del artículo 47 que las condiciones de reconocimiento se refieren no sólo a las organizaciones de productores, sino también a sus asociaciones.

2. El artículo 5 RD 724/2003 deja a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas la función del “*reconocimiento oficial de una organización de productores, su reconocimiento exclusivo o específico, así como la modificación o retirada de éste*”, cuando cumplan los requisitos establecidos en el precepto. Además, les corresponde “*el reconocimiento oficial de una asociación de organizaciones de productores pesqueros y su retirada o modificación*”.

El artículo 47.1 del Anteproyecto, por su parte, únicamente se refiere al reconocimiento oficial de organizaciones y agrupaciones de productores. No obstante, y aunque pudiera entenderse que el denominado “*reconocimiento oficial*” a que alude la normativa básica es el género, mientras que los reconocimientos exclusivo y específico son especies de aquél, lo cierto es que los diferentes tipos de reconocimiento deberían plasmarse en el Anteproyecto, pues los supuestos que dan lugar a cada reconocimiento son distintos tanto en la normativa comunitaria reguladora (Reglamento 104/2000, del Consejo, de 17 de diciembre de 1999, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura; y los Reglamentos de la Comisión 2318/2001, de 29 de noviembre de 2001, y 1924/2000, de 11 de septiembre de 2000, que establecen, respectivamente, el procedimiento a seguir para el reconocimiento de las organizaciones de productores y de las asociaciones de organizaciones de productores, y para su reconocimiento específico), como en la normativa básica que la traspone.

De aceptarse la sugerencia formulada, debería separarse la regulación del reconocimiento a las organizaciones de productores y el de las asociaciones, pues respecto de éstas sólo se prevé el reconocimiento oficial, no el específico ni el exclusivo.

Asimismo, de conformidad con el artículo 55.1, letra a) LPME, debería precisarse en el artículo 47.1 del Anteproyecto que las organizaciones de productores que son

susceptibles de ser reconocidas por la Administración regional son aquellas cuya *“producción pertenezca principalmente a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*.

Por último, en la definición de productos de pesca debería simplificarse la redacción en los siguientes términos:

“2. A estos efectos, se entenderán por productos de pesca:

a) Los que así vengan establecidos en la normativa comunitaria reguladora de este tipo de organizaciones.

b) Los productos congelados, tratados o transformados, cuando tales operaciones se hayan efectuado a bordo de los buques pesqueros”.

- Artículo 50.- Adaptación de la flota a la situación de las pesquerías.

1. En orden a evitar una eventual invasión de las competencias estatales, procede modificar el precepto, pues con la actual redacción la futura Ley estaría incidiendo sobre las posibilidades de actuación de la Administración General del Estado, para lo que, obviamente, carece de potestad. Siendo evidente la voluntad del legislador de reconocer en el precepto los diferentes ámbitos en que se desenvuelven las Administraciones regional y estatal, una redacción más respetuosa con las competencias estatales aconsejaría iniciar el precepto de forma similar a la siguiente: *“De conformidad con el artículo 61 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, y sin perjuicio de las competencias propias de éste, la Comunidad Autónoma....”*.

2. La posibilidad de elaborar planes de pesca como medida para incentivar la adaptación de la flota a la situación de los recursos y propiciar el mejor aprovechamiento de los mismos, a pesar de su expresada finalidad, en su objeto y contenido supone el ejercicio por la Comunidad Autónoma de su competencia en materia de pesca marítima, no de ordenación del sector pesquero.

Y es que los planes de pesca son contemplados por la normativa básica estatal como instrumentos para la gestión de las posibilidades de pesca, que responden al estado de los recursos (art. 31 LPME), sin que el artículo 61 de la misma Ley prevea su utilización como estímulo a la adaptación de la flota. Los referidos planes responden, por tanto, a una finalidad de conservación de los recursos y de optimización de su explotación claramente incardinables en la competencia de pesca marítima, no de ordenación del sector pesquero, a que se destina el Título II del Anteproyecto. El diferente alcance de la competencia autonómica en una y otra materia desaconseja regular el precepto en dicho Título II, máxime cuando ya su artículo 5, letra f) prevé que la Consejería podrá elaborar planes de pesca donde se determine el esfuerzo pesquero deseable en función de los recursos.

3. Si se suprime la letra a), el artículo resulta innecesario, al coincidir su contenido con el artículo 61 LPME, precepto básico.

- Artículo 51. Concepto de puerto base.

La definición dada por el Anteproyecto coincide con la establecida en el artículo 65 LPME para el puerto base de aquellos buques que faenan en el caladero nacional. Sin embargo, omite cualquier referencia a aquellos que lo hacen fuera de dicho caladero.

Por ello, sería más adecuado dejar la definición del concepto a la norma básica -más completa que la propuesta por el Anteproyecto-, bien mediante la remisión expresa de éste al artículo 65 LPME, bien mediante el silencio de la futura Ley.

- Artículo 53.

A diferencia de lo que ocurre con la expresión “*Consejería competente*”, que se encuentra definida en el artículo 2 del Anteproyecto, el término “*órgano competente*” queda en una excesiva indefinición en el texto, lo que exigiría un inmediato desarrollo reglamentario que determinara a qué concreto órgano se atribuye la competencia para autorizar el cambio de puerto base. Por ello, lo más adecuado sería la asignación de tal función a la Consejería competente.

- Artículos 55.1 y 4 y 57.1 y 2.

Definida en el artículo 2 del Anteproyecto la Consejería competente, procede referirse a ella como tal, sin necesidad de añadir “*en materia de pesca y acuicultura*” como hacen estos preceptos de los artículos 55 y 57.

- Artículos 56.2 y 78.

Si bien se ha desgajado del Capítulo V del Título II (“*Los lugares de descarga, desembarque y primera venta de los productos de pesca*”) lo concerniente a dichas operaciones referidas a los productos de la acuicultura (justificado por las peculiaridades contempladas en el RD 2064/2004, de 15 de octubre, modificado por el RD 607/2006), permanece en dicho Título, de forma asistemática, algún aspecto relativo a la acuicultura. Así, en el artículo 56.2, que contiene una innecesaria remisión al control administrativo específico previsto en el artículo 78, ubicado en el Título dedicado a la acuicultura. Por ello, tal determinación debería suprimirse, y este último artículo pasaría a denominarse “*comunicación de la información y control administrativo*”.

- Artículos 57.2 y 3, 58 y 59.

El contenido de los apartados 2 y 3 del artículo 57 sobre el documento “*nota de venta*” no debería ser objeto de tratamiento legislativo, siendo el rango más adecuado para su regulación el reglamentario. Así lo entiende el legislador estatal, que omite en la LPME cualquier mención a la nota de venta, siendo regulada por el RD 2064/2004. De hecho, la regulación básica es mucho más precisa y completa que la proyectada, como puede advertirse de la simple lectura del artículo 5 del reglamento básico. En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que procede eliminar los apartados 2 y 3, atendida su inadecuación de rango.

Esta observación puede hacerse extensiva a los artículos 58 y 59. En ellos, la única novedad que puede advertirse respecto de la normativa básica estatal es que la Consejería competente podrá establecer el formato de la documentación aludida (nota de venta y declaración de recogida), así como un contenido adicional sobre el mínimo, exigiendo, además, que en la declaración de recogida y en el documento de transporte conste el visto bueno de las lonjas o establecimientos autorizados. Si a pesar de lo indicado se quieren establecer dichas prescripciones, cuyo rango se insiste debería ser reglamentario, no es necesario reproducir en la futura Ley, de forma sintética, imprecisa e incompleta, el reglamento estatal, sino que bastará con indicar en un solo precepto dichas particularidades.

- Artículo 61.

Si bien el apartado 1 reproduce la prohibición contenida en el artículo 73 LPME acerca de la tenencia, transporte, tránsito, almacenamiento, transformación, exposición y venta de productos pesqueros de talla o peso inferiores a los reglamentados, el 2 establece determinadas excepciones a esa prohibición, cuando los productos de la pesca sobre los que se realicen aquellas actuaciones vayan dirigidos a la acuicultura o a la investigación. Estas excepciones no se recogen de manera expresa en la Ley básica, aunque sí se prevé la existencia de una reglamentación específica para los viveros artificiales de peces o moluscos (artículo 73 LPME).

La finalidad que anima el precepto es la misma que inspira los siguientes:

a) La prohibición de la captura, retención a bordo, transbordo, desembarco, descarga o depósito de especies de talla o peso antirreglamentario, protegidas o vedadas (artículo 18 del Anteproyecto y 11.2 LPME, precepto éste que establece la prohibición “*salvo normativa específica*”).

b) La prohibición de las operaciones de comercialización (es decir, tenencia, transporte, almacenamiento, exposición y venta, según el artículo 63 del Anteproyecto) de productos pesqueros de cualquier origen o procedencia, cuya talla o peso sea inferior al reglamentario de cada modalidad, su modo de obtención no haya sido conforme con la normativa de aplicación o incumplan la normativa sanitaria (artículo 66 del Anteproyecto y 79 LPME).

c) El sometimiento a autorización administrativa -que sólo se concederá para fines de cultivo, investigación y experimentación- de la comercialización o circulación de individuos, huevos o esporas de especies marinas de talla o peso inferior al establecido o en período de veda (artículo 81, letra a) y b) del Anteproyecto).

Advierte el Consejo Jurídico una excesiva reiteración de la prohibición, sin duda motivada por el afán conservacionista que inspira toda la normativa pesquera. Esa finalidad protectora del recurso también podría conseguirse mediante una mejor sistematización de la regulación que evitara solapamientos como el que se da entre los artículos 61.1 y 66.1 en relación con el 63, pues en ambos se prohíbe lo mismo: la tenencia, transporte, almacenamiento, exposición y venta de productos pesqueros, si bien cabe entender que, por la ubicación de ambos preceptos, se establece idéntica prohibición para diferentes fases del proceso comercializador: la primera venta y la comercialización *stricto sensu*.

Del mismo modo, la excepción a dichas prohibiciones referida a los productos destinados a la acuicultura (artículo 61.2) se solapa con las previsiones del artículo 81 del Anteproyecto.

En orden a evitar tales reiteraciones, podría establecerse un enunciado general de la prohibición que abarcara todas las fases o estadios del producto, desde la captura hasta la puesta a disposición del consumidor final del producto pesquero, y se previeran, también de forma general, las excepciones.

- Artículos 63, 68 y 70.

El artículo 2 del Anteproyecto define los “*productos pesqueros*” como los procedentes de la pesca extractiva, del marisqueo y de la acuicultura o cualquier otra forma de cultivo industrial. Por lo tanto, hay que entender que cuando el enunciado del Título III

se refiere a la comercialización y transformación de productos pesqueros está haciendo extensiva la regulación en él contenida a la totalidad de los productos antes indicados. Sin embargo, el tenor literal de los distintos preceptos que integran dicho Título acoge distintas fórmulas:

- Los artículos 62, 64, 65, 66, 67 y 69, en una correcta sistemática, se refieren a “*productos pesqueros*”, sin reiterar todos y cada uno de los que han de entenderse como tales.

- Los artículos 63 y 68, en una copia casi literal de los artículos 76 y de la Ley estatal, enumeran los productos que se consideran incluidos en el término “*producto pesquero*”, y hace referencia a los “*productos de la pesca, acuicultura y marisqueo*”.

- Finalmente, el artículo 70 hace mención a los productos de la pesca y el marisqueo, obviando los precedentes de la actividad acuícola y, si bien es cierto que dicha omisión se podría salvar con la afirmación que se contiene el artículo 81 sobre la aplicación a este tipo de productos de la normativa vigente en materia de comercialización y transformación de los productos de la pesca, resultaría más coherente incluirlos también en sede del precepto que ahora se comenta.

La inclusión de una tabla de definiciones en el Anteproyecto contribuye, como es lógico, a dotar de mayor seguridad y claridad la labor de interpretación de la norma, pero también tiene un objetivo de economía en su redacción, de forma que cada vez que se utilice el término cuya definición ha sido ya fijada no es preciso repetir cada una de las partes que lo integran. De ahí que el Consejo estime que lo más adecuado es seguir en estos tres últimos preceptos (63, 68 y 70) la sistemática adoptada para el resto de artículos del Título, utilizando el término “*producto pesquero*” definido en el artículo 2.

- Artículo 71.

En coherencia con la sistemática del Anteproyecto, debería incluirse la definición de la acuicultura marina en el Título Preliminar (artículo 2), dado que dicho precepto contiene un listado de definiciones de términos utilizados por el Anteproyecto en las diversas materias objeto de regulación, incluyendo la acuicultura; además, dicho artículo 2 contiene la definición de los polígonos de cultivos marinos, al igual que el artículo 3, j) del mismo Título especifica los fines en ésta materia de las Administraciones Públicas de la Región de Murcia: “*fomentar la consolidación y desarrollo de la acuicultura marina, así como la complementación de esta con la actividad pesquera extractiva*”. Esta observación es, además, coherente con lo dicho en la memoria justificativa del Anteproyecto respecto al Título Preliminar, que hace referencia a la definición de la acuicultura y a su procedencia (Reglamento Comunitario 1421/2004), aunque excluye a los organismos acuáticos de agua dulce. Por otra parte, se echa en falta alguna otra definición, como la correspondiente a establecimientos de cultivos marinos.

- Artículo 72.

En el artículo 72.2 se ha introducido, como mejora, la posibilidad de adoptar medidas de conservación, protección o regeneración de los recursos marinos, así como la regulación de diversos aspectos de la actividad acuícola, habilitando para todo ello a la Consejería competente. Sin embargo, el Consejo Jurídico entiende que la regulación de la actividad acuícola debería corresponder al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, en coherencia con las competencias que le atribuye el Anteproyecto a este

órgano (por ejemplo, el artículo 31 le atribuye la regulación de la actividad de la pesca marítima de recreo), y con las que ostentan otros departamentos de la Administración regional relacionados con el sector acuícola, reservándose a la Consejería, como recoge el precepto, la adopción de las medidas de conservación, protección o regeneración citadas.

-Artículo 75.6.

Suscita la consideración de este Consejo Jurídico la referencia, en el apartado 6, de que, “*en todo caso*”, el cumplimiento de las “*obligaciones ambientales del polígono*”, así como su balizamiento, tienen la consideración de obligaciones comunes, respondiendo solidariamente de su cumplimiento los titulares de concesiones ubicadas en su interior. Tal previsión recoge la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 130.3 LPAC para los supuestos de obligaciones que correspondan a varias personas conjuntamente. Sin embargo, debería matizarse en dicho número 6 que ello será sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al titular de cada establecimiento por incumplimiento de las específicas obligaciones ambientales que tuviera impuestas en su título concesional y pudiera individualizarse dicho incumplimiento, puesto que no debemos olvidar que las personas responsables de las infracciones ambientales son las que ejecutan la actividad, y sólo cuando concurren varias personas en el incumplimiento y no es posible deslindar su grado de participación surge la responsabilidad de forma solidaria (artículo 69.2 de la Ley 1/1995), al igual que los gastos originados por el cumplimiento de las obligaciones de prevención, control y eliminación de los deterioros ambientales corresponden al titular de la actividad que los genere (artículo 43 de la precitada Ley).

-Artículo 86.1 y 4.

El artículo 86.1 establece que las concesiones o autorizaciones se otorgarán discrecionalmente. Dicha discrecionalidad ha de ser entendida en el sentido de que la ocupación del dominio público marítimo terrestre no es un derecho conferido por la Ley en todo caso a quien solicita tal ocupación, sino que está sujeta a la valoración de la Administración en atención a los intereses concurrentes y a su adecuación a los requerimientos exigibles (STS, Sala 3ª, de 28 de octubre de 2003 y las definiciones de autorización y concesión administrativa contenidas en el proyectado artículo 2). A este respecto hubiera sido deseable que se hubieran establecido criterios de valoración, sobre todo cuando se ha previsto en el Anteproyecto la posibilidad de una convocatoria pública (artículo 74.4) en las zonas de interés para cultivos marinos, aunque ciertamente algunos criterios pueden inferirse a *sensu contrario* del apartado 2 del mismo artículo, que alude a las limitaciones que ha de imponer la Orden resolutoria (posible perjuicio en el uso y disfrute exclusivo a los intereses pesqueros o de la comunidad), previos los informes oportunos, y el apartado 4 del mismo artículo, en cuanto que establece que las concesiones y autorizaciones se otorgarán cuando no afecten a intereses generales, especialmente a los de defensa, navegación y pesca.

En el apartado 4 se establece que las concesiones y autorizaciones podrán ser expropiadas por causas de fuerza mayor, utilidad pública o interés social, con la indemnización que corresponda con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa (LEF). En este párrafo se mezclan dos conceptos jurídicos claramente diferenciados en nuestro ordenamiento, de manera que la utilidad pública o el interés social son los requisitos previos a la expropiación en todo caso (artículo 9 LEF), a diferencia de la “*fuerza mayor*”, como causa de extinción de la concesión o autorización, por razones

que no se hubieran podido prever o evitar y que exoneran de la responsabilidad, salvo que se trate del supuesto contemplado en el artículo 120 LEF, que establece, para los casos de adopción por parte de las autoridades civiles de medidas de destrucción o requisas de bienes o derechos, por razones de epidemias, inundaciones u otras calamidades sin las formalidades de los diversos tipos de expropiación, en las que el particular dañado tendrá derecho a indemnización.

En consecuencia, debería suprimirse la fuerza mayor como causa de expropiación, pudiendo incorporarse a las causas de extinción.

- Artículo 93.2.

En su número 2 debe completarse: “...*actuaciones previas o posteriores*”, pues no tiene sentido la limitación a las actuaciones previas a que se refiere el precepto.

- Artículo 94.1.

En el número 1, debe corregirse: “...*establecimientos en los que se desarrollen...*”, y añadir: “...*actividad pesquera, acuícola y marisqueo o con las capturas...*”.

- Artículos 97.2, 99.1 y 100.

Tanto en el artículo 97.2 como en el 99.1 la expresión “y/o” es innecesaria, pudiendo ser sustituida simplemente por la conjunción “o” (que puede expresar conjuntamente adición y alternativa); además, en el artículo 100, línea segunda, falta la tilde en “*prestarán*” y también falta “*así como*” en la penúltima línea, antes de “*aportando*”.

- Artículo 101.1, 102 y Disposición Adicional Primera.

Resulta incorrecto lo dispuesto en el artículo 101.1 en cuanto omite la referencia a las materias de ordenación del sector pesquero y comercialización de productos pesqueros, pues las determinaciones que se contienen en el artículo 102 sobre los sujetos responsables de infracciones en estas materias constituyen, sin duda, parte del régimen sancionador del Título VII. Por ello, o se suprimen tales determinaciones y se está simplemente a lo dispuesto en la legislación básica estatal o se hace la oportuna mención a estas materias en dicho artículo 101.1.

En relación con las personas responsables de las infracciones en materia de acuicultura, el artículo 102 únicamente contiene una mención específica a los titulares de los establecimientos acuícolas cuando hayan de responder de las obligaciones comunes en los polígonos (apartado 3), debiendo añadirse la oportuna referencia a su responsabilidad a título individual, por las razones apuntadas en el comentario al proyectado artículo 75.6.

Por su parte, la Disposición Adicional Primera tampoco es exacta, pues dispone que el régimen sancionador (en rigor, el “*régimen de infracciones y sanciones*”, como titula su rúbrica) en las materias de ordenación y comercialización se regirá por lo dispuesto en la legislación básica estatal con las “*particularidades procedimentales*” contenidas en el Capítulo I del Título VII del Anteproyecto, pues ya hemos señalado que en dicho Capítulo se contienen determinaciones sobre sujetos responsables que no pueden ser calificadas de procedimentales.

- Artículo 105.4.

Debe corregirse la redacción: “...acordándose lo procedente en la resolución de iniciación del procedimiento sancionador o, en su defecto, de archivo de las actuaciones”, o expresión similar.

- Artículo 111.

Resulta contradictorio referirse a la vez a la reducción de la “*multa impuesta*” y a su abono antes de dictarse la resolución sancionadora. Debería utilizarse una fórmula que se refiriese a la conformidad del interesado con la propuesta de resolución sancionadora, su abono en plazo y, en su caso, la prestación de garantía, de forma análoga a lo previsto en otros ordenamientos (vgr. art. 243 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia).

-Artículo 117. A), 1 y B), 3.

En la letra A), 1 debe añadirse: “...*autorización o licencia*”.

En la letra B), 3 debería especificarse: “...*especies vedadas, no autorizadas...*”.

-Artículo 118.9.

La excesiva generalidad con que se configura esta infracción llevaría a considerar incluida en la misma todo incumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa comunitaria sobre medidas de conservación y gestión de los recursos pesqueros, pues dichas obligaciones tienen su fundamento originario y vienen establecidas en virtud de los tratados internacionales de constitución y adhesión a la Unión Europea. Dado que no puede ser esa la voluntad del precepto (sin antecedente en la LPME), debería delimitarse con mayor precisión, o suprimirse.

-Artículo 119.1.

Corregir: “...*una o varias...*”

-Artículos 120 a 123.

Convendría tipificar como infracción, con la calificación que corresponda, el incumplimiento de las normas de comercialización y transporte en el específico sector de la acuicultura.

Tampoco se ha contemplado como infracción grave o muy grave la obstrucción a las labores de vigilancia e inspección, impidiendo el ejercicio de su actividad, pues únicamente aparece calificada como leve la falta de colaboración en las labores de inspección, sin llegar a impedir su ejercicio (artículo 120.2). Igualmente cabe decir de la utilización de productos o sustancias prohibidas en los procesos de desarrollo de las especies cultivadas.

A falta de justificación, los plazos máximos de algunas sanciones accesorias por infracciones graves o muy graves en materia de acuicultura (artículo 123, a), c), y d) deberían equipararse a los previstos para la pesca marítima profesional y el marisqueo, de manera que la duración de la inhabilitación para ser titular de autorizaciones o concesiones pueda extenderse a un plazo de hasta 5 años (no hasta 3 años), así como la suspensión de la correspondiente autorización, o la imposibilidad de obtención de ayudas públicas. Además, debe corregirse el error material existente (no hay apartado b).

-Disposición Adicional Quinta, b).

En la letra b), corregir: “*Los arrecifes artificiales (...) de Murcia*”.

-Disposición Adicional Sexta.

Establece esta Disposición un plazo de dos meses para que las lonjas en funcionamiento puedan adecuarse a las exigencias derivadas de la nueva Ley. Sin embargo, de la lectura del Anteproyecto no se advierte requisito de funcionamiento alguno que, siendo adicional a los que ya resultan exigibles en virtud de la normativa básica, se contengan en la regulación propuesta, por lo que el precepto podría resultar inaplicable y, en consecuencia, inútil.

Por último, debería revisarse en todo el Anteproyecto la utilización de los signos de puntuación, en especial, corregir las omisiones que se advierten en el empleo de las comas, o su inadecuada ubicación, así como algunas incorrecciones gramaticales (vgr. en el artículo 40.2: “*debiéndose respetarse*”). De igual modo, el texto de Anteproyecto que finalmente se eleve a la consideración del Consejo de Gobierno deberá omitir las glosas que, entre paréntesis, figuran en el texto sometido a este Dictamen.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Una completa instrucción del procedimiento hubiera requerido la consulta a los Consejos Asesores Regionales de Medio Ambiente, de Comercio y de Consumo, y a la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas, por las razones expresadas en la Consideración Segunda, I de este Dictamen.

SEGUNDA.- La reproducción en el Anteproyecto de preceptos básicos estatales supone una incorrecta técnica normativa y, en todo caso, requerirá la reproducción fiel de aquéllos y la determinación en el primero de su carácter básico, conforme con la jurisprudencia constitucional y doctrina consultiva, en los términos expresados en la Consideración Segunda, II del Dictamen.

TERCERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta, en general, competencias para la aprobación como Ley del Anteproyecto sometido a Dictamen, sin perjuicio de lo indicado sobre su Disposición Final Primera en la Consideración Tercera, III y sobre los preceptos a que se refieren las Consideraciones Cuarta a Sexta.

CUARTA.- En materia de pesca en aguas interiores y marisqueo (Título I) y su régimen sancionador (Título VII), deben introducirse las modificaciones o adiciones que, por razones de índole competencial o de Derecho comunitario, se expresan en la Consideración Cuarta sobre los siguientes preceptos del Anteproyecto: artículos 5; 17; 22; 30; 108 y 112.4 y 5, y sobre comunicación de información al Estado y a la Unión Europea (Derecho Comunitario); artículos 2; 4, c); 6.2; 8.2; 11.2; 12; 18; 27.1; 29.3; 104 y 113.4 (cuestiones sobre competencia).

QUINTA.- En materia de ordenación del sector pesquero y Corporaciones de Derecho Público (Título II), deben introducirse las modificaciones o adiciones que, por razones de competencia y otras de carácter general, se expresan en la Consideración Quinta sobre los siguientes preceptos: artículos 32, c); 34; 35.1, 3 y 4; 40 y 57.1.

SEXTA.- En materia de acuicultura (Título IV), deben introducirse las modificaciones o adiciones que, por razones de competencia y otras de carácter general, se expresan en la Consideración Séptima sobre los siguientes preceptos: artículos 74.2; 75.3; 85.4; 87 y 91.3 y 5.

SÉPTIMA.- Las observaciones a que se refieren las precedentes Conclusiones Tercera a Sexta tienen carácter sustancial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 61.3 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.

OCTAVA.- Para la mejora técnica del Anteproyecto, deberían introducirse en el mismo las modificaciones o adiciones que se expresan en la Consideración Octava, sobre investigación pesquera, oceanográfica y acuícola (Título VI, artículos 97 y 99) y en la Consideración Novena, en relación con los siguientes preceptos: artículos 1; 2; 3, a) y g); 9; 10; 11.2; 21; 36; 38.3 y 4; 41; 42; 43.1 y 5; 44; 45; 46; 47; 50; 51; 53; 55.1 y 4; 56.2; 57.1, 2 y 3; 58; 59; 61; 63; 68; 70; 71; 72; 75.6; 78; 86.1 y 4; 93.2; 94.1; 97.2; 99.1; 100; 101.1; 102; 105.4; 111; 117. A), 1 y B), 3; 118.9; 119.1; 120 a 123 y Disposiciones Adicionales Primera, Quinta, b) y Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 172/06.- Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Acción Social.

Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 15/11/06

Extracto de Doctrina

1. 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).

2. 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 12 de mayo de 2006, la Directora del Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia (ISSORM), por sustitución, la Secretaria Autonómica de Acción Social, eleva a la Consejera de Trabajo y Política Social un Anteproyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Acción Social (en adelante, IMAS).

Junto al referido Anteproyecto, constan en el expediente los siguientes documentos:

- Memoria-Informe, que justifica el origen de la iniciativa normativa en el ISSORM, en el régimen transitorio establecido por la Ley 1/2006, de 10 de abril, de Creación del Instituto Murciano de Acción Social (LIMAS). Indica, además, como finalidad de la disposición, la de aprobar los Estatutos del organismo, regulando todos los aspectos que el artículo 41.1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, considera como contenido mínimo de tales normas estatutarias.

- Informe de necesidad y oportunidad que, en buena medida, reproduce el contenido del anterior.

- Memoria económica de disposiciones con repercusiones presupuestarias. Explica que se ha optado por la supresión del ISSORM y la creación del IMAS como un nuevo organismo autónomo, inspirado en los principios de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (LSSSRM), al que se dota de organización y funciones nuevas. En orden a su puesta en funcionamiento, considera necesario crear las plazas de los nuevos órganos directivos, suprimiendo o modificando diversos órganos del ISSORM y la Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales, adscrita a la Consejería proponente, que son suprimidos o modificados, así como redistribuir al personal adscrito a tales órganos. Del mismo modo, los objetivos y créditos de diferentes programas presupuestarios correspondientes al ISSORM y a la Dirección General que se pretende suprimir se integran en otros nuevos correspondientes al IMAS, y los medios materiales se reorganizan en función de las necesidades del nuevo organismo.

Los únicos gastos que se incrementan con ocasión de la puesta en funcionamiento del IMAS son los de personal, dada la creación de los nuevos órganos directivos, financiada sólo de forma parcial por la supresión de otros. En suma, el coste económico de la puesta en marcha del IMAS asciende a 69.439 euros, correspondiente a los seis últimos meses del ejercicio 2006, dado que la previsión era que el nuevo Instituto comenzara a operar en julio de este año.-

Informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas que, en base a la memoria económica formulada por el organismo autónomo, considera que la entrada en vigor de los futuros Estatutos tendrá repercusión presupuestaria en el Capítulo I para el ejercicio actual y los futuros cuya cuantificación asciende a 69.439 euros para el año 2006, con un coste anualizado a consolidar en ejercicios futuros de 138.878 euros, a lo que habrá que añadir un incremento, a partir de 2007, de 56.923 euros (también consolidable para futuros ejercicios), correspondientes a la dotación de la nueva Subdirección General de Personas con Discapacidad.

En suma, el incremento de coste para ejercicios futuros asciende a 195.800 euros anuales.

- Informe del Consejo Regional de Servicios Sociales, favorable al Proyecto.

- Informe, igualmente favorable, de las Comisiones Permanentes de los Consejos Asesores de carácter sectorial de Servicios Sociales.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de agosto de 2006, el Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de la Función Pública emite informe sobre el Proyecto.

En esa misma fecha, el Consejo Regional de la Función Pública lo informa favorablemente.

Asimismo, consta en el expediente que, con fecha 26 de julio de 2006, el Proyecto fue negociado con acuerdo en la Mesa Sectorial de Administración y Servicios de la Administración Pública de la Región de Murcia.

TERCERO.- El 2 de agosto de 2006, se emite informe por el Servicio Jurídico de la Consejería de Trabajo y Política Social, favorable al Proyecto. No se realiza observación o reparo alguno sobre el contenido.

CUARTO.- Con fecha 10 de octubre, la Dirección de los Servicios Jurídicos informa favorablemente el Proyecto, si bien formula numerosas observaciones y sugerencias, algunas de las cuales serán asumidas e incorporadas al texto, según consta en informe valorativo de aquéllas, realizado por el ISSORM.

QUINTO.- Como consecuencia de las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se incorpora al expediente un estudio económico que, junto al incremento de los costes derivados de la creación de los órganos directivos, ya puesto de manifiesto en la Memoria de repercusiones presupuestarias originariamente aportada, considera que la puesta en funcionamiento del organismo conllevará también un coste adicional de 73.198 euros en concepto de adaptación de las instalaciones para el nuevo personal.

Asimismo, se adjunta el informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente y la convalidación, por parte de la Secretaría Autonómica de Acción social, de la inicial propuesta normativa efectuada por la Dirección del ISSORM.

SEXTO.- Una vez incorporados 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 18 de octubre de 2006, en el que con expresa invocación de urgencia, se requiere la emisión de aquél en el plazo de 15 días.

SÉPTIMO.- Con fecha 31 de octubre, la Vicesecretaría de la Consejería proponente remite, vía fax, un documento en el que ponen de manifiesto la existencia de un error en el texto definitivo sometido a Dictamen (artículo 7, letra c), cuya redacción correcta es la que sigue:

“Informar con carácter previo a su autorización por el Consejo de Gobierno, aquellos convenios cuya cuantía exceda de 300.000 euros y tener conocimiento de los demás convenios de colaboración que se hayan celebrado”.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Según el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), éste debe ser oído, con carácter preceptivo, antes de la aprobación por el Consejo de Gobierno de proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional, o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado. El Proyecto sometido a consulta, en tanto que regula los Estatutos del organismo autónomo creado por la LIMAS, requiere nuestro Dictamen preceptivo, al ser su objeto el desarrollo reglamentario de las previsiones allí contenidas.

SEGUNDA.- Habilitación legal.

La Disposición Final primera LIMAS autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para su ejecución y desarrollo, de forma coherente no sólo con la genérica atribución de la potestad reglamentaria que el artículo 32 del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia efectúa a favor del órgano titular del poder ejecutivo, sino también con la competencia de desarrollo reglamentario de la legislación sobre servicios sociales que le reserva el artículo 21, letra a) LSSSRM y la específica atribución que el artículo 41.2 de la Ley 7/2004, efectúa al Consejo de Gobierno para la aprobación de los Estatutos de los Organismos Autónomos.

En tales habilitaciones cabe fundamentar los Estatutos del organismo autónomo, concebidos como el complemento indispensable de la Ley de creación de aquél, como se desprende del contenido propio y mínimo de aquellos que enumera el propio artículo 41 de la Ley 7/2004 y, sobre todo, de la exigencia contenida en su artículo 40.3, de acompañar todo anteproyecto de ley de creación de un organismo público que se eleve al Consejo de Gobierno, de una propuesta de estatutos.

Al margen de la ya citada remisión reglamentaria general efectuada por la Disposición final primera LIMAS, esta Ley también contiene otras llamadas a los Estatutos para el desarrollo de específicos extremos precisados de regulación. Son las siguientes:

- Artículo 3, que deja a los Estatutos la determinación de las funciones a ejercer por el organismo.

- Artículo 5, que hace lo propio respecto de las funciones y competencias del Presidente del Instituto.

- Artículo 6, que remite a los Estatutos la determinación de los vocales del Consejo de Administración que no son legalmente establecidos, y las funciones y competencias de dicho órgano de gobierno.

- Artículo 7, que deja a los Estatutos la determinación de las competencias y funciones de la Dirección Gerencial.

- Artículo 8, que configura como determinación estatutaria el número, funciones y competencias de las Direcciones Generales del Instituto.

- Artículo 9, según el cual corresponde a la Secretaría General Técnica atender y coordinar todos los servicios generales el organismo en los términos establecidos en los Estatutos.

- Artículo 10, que remite a los Estatutos la determinación del número y funciones de Subdirecciones Generales.

Estas remisiones reglamentarias tienen su correspondiente reflejo en el Proyecto sometido a consulta, habiendo sido objeto de un adecuado desarrollo reglamentario, sin perjuicio de las observaciones particulares que se harán en el comentario de cada precepto.

Del mismo modo, debe señalarse que, si bien el texto sometido a Dictamen cumple con los requisitos mínimos de contenido establecidos por la Ley 7/2004 para los Estatutos de los organismos autónomos, el Proyecto se centra de forma sustancial en la parte estrictamente organizativa, donde efectúa un verdadero desarrollo de las previsiones legales, mientras que en lo relativo a patrimonio, régimen económico, financiero y presupuestario, personal y contratación, poco menos que se limita a reproducir los preceptos legales que habría de desarrollar.

El contenido eminentemente organizativo de buena parte del Proyecto sometido a consulta es el fruto de la potestad de autoorganización que corresponde a toda Administración Pública para diseñar las estructuras organizativas que den soporte a sus actividades y que, en lo que afecta a la Administración regional, viene consagrada en el artículo 51 del Estatuto de Autonomía, atribuyendo a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de su propia Administración pública, dentro de los principios y normas básicas del Estado, fijando en su apartado 2 los principios a que deberá ajustarse esa organización. Por su parte, el artículo 52 remite a una Ley la determinación del régimen jurídico de la referida Administración pública regional. Dicha Ley, en lo que se refiere a los organismos autónomos, no es otra que la 7/2004.

Al margen de proclamar la competencia de la Comunidad Autónoma, en general, y del Consejo de Gobierno, en particular, para establecer los Estatutos del IMAS, resulta necesario efectuar una consideración acerca del alcance de este Dictamen en relación con la estructura organizativa diseñada, y es que el respeto a la citada potestad de autoorganización ejercitada por el órgano competente, así como la naturaleza y funciones de este Consejo Jurídico, determinan que el presente Dictamen deba ceñirse a efectuar un juicio de legalidad del Proyecto sometido a consulta, mediante su contraste con las normas indicadas y con la normativa sectorial aplicable, sin perjuicio de realizar también aquellas observaciones que, desde la óptica de la técnica normativa, puedan contribuir a la mejora del texto.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

1. Como ya se ha dicho, el artículo 41.2 de la Ley 7/2004 atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para aprobar los estatutos mediante Decreto, a propuesta del titular del departamento de adscripción y previo informe de las Consejerías competentes en materia de organización administrativa y hacienda.

De conformidad con la previsión legal, la futura norma se ha tramitado como Proyecto de Decreto, si bien no consta en el expediente la propuesta de la titular de la Consejería de adscripción del organismo (Consejería de Trabajo y Política Social) al Consejo de Gobierno.

2. 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 insuficiente, cuando no inexistente, justificación técnica de las concretas determinaciones normativas propuestas.

Del mismo modo, tampoco consta en el expediente la relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada. Adviértase que de los términos en que se expresa el precepto legal, 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 artículo 53.1 de la Ley 6/2004 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 adquiriera el futuro Decreto, entre las cuales cabe mencionar, al menos, el Decreto del Presidente 19/2005, de 9 de septiembre, por el que se establecen los órganos directivos de la Consejería de Trabajo y Política Social, en lo referente a la Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales, que será suprimida. Ello a su vez debería tener su reflejo en el texto del Proyecto.

CUARTA.- Texto sometido a Dictamen.

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de una parte expositiva innominada, 20 artículos (divididos en los siguientes Capítulos: I, Disposiciones Generales; II, Estructura Organizativa; III, Patrimonio y Recursos Económicos; IV, Régimen de Personal y Contratación; y V, Régimen Presupuestario, Económico-Financiero, de Intervención, Control Financiero y Contabilidad) y una disposición derogatoria, una transitoria y dos finales.

QUINTA.- Consideraciones de carácter general

1. La reiteración de contenidos legales.

Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico que cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias preceptos que son reproducción de la Ley que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se da cuenta de los contenidos meramente reglamentarios y se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia (Dictamen n.º 23/98).

Ya la Dirección de los Servicios Jurídicos advirtió a la Consejería consultante acerca de la utilización de la técnica denominada “lex repetita” y de los riesgos que conlleva, lo que motivó la modificación de 4 artículos del Proyecto que, sin embargo, no puede ser considerada suficiente.

La reiteración de contenidos legales en el Proyecto es una técnica empleada de forma repetida a lo largo del texto, pudiendo encontrar preceptos que son reproducción literal

de artículos de la LIMAS, como ocurre con los artículos 1.4; 2; 4; 6.8, 9, 11, 13 y 14; 15.1 y 2; 16.1; 17; 18; 19.1; y 20. Otros preceptos, si bien no transcriben la Ley de creación, sí que reproducen su contenido: artículos 1.1; 6.12; y 9.1, primer párrafo. Pues bien, en ningún caso se deja constancia del rango materialmente legal de tales normas aparentemente reglamentarias, lo que debe ser corregido en el texto.

2. La regulación que de los extremos relativos a la organización de los organismos públicos efectúa la Ley 7/2004 ha llevado a los órganos preinformantes 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 disponga la Ley de creación.

Como ya ha indicado el Consejo Jurídico (Dictamen 7/2006), la necesidad de distinguir entre estructura organizativa y estructura orgánica, unida a la ausencia de una disposición legal que de manera expresa establezca qué contenidos son propios de cada uno de tales conceptos, obliga a efectuar una interpretación sistemática, en el contexto de la propia Ley 7/2004. A estos efectos, el artículo 10.3 establece que las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas, de lo cual se desprende que el Decreto que las 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.

3. Procede hacer una revisión general del texto para corregir la numeración interna de los apartados en que se divide cada artículo, pues muchos de aquellos que se identifican

por números no comienzan en el “1”, al igual que la mayoría de los que lo hacen por letras no comienzan por la “a”.

Asimismo, debe realizarse una corrección ortográfica en orden a eliminar pequeñas erratas que es fácil advertir en la parte expositiva de la norma, como el singular del verbo “haya” (tercer párrafo), cuando debería consignarse en plural; la omisión de una coma tras el sintagma “patrimonio y contratación” (en ese mismo párrafo); o la necesidad de suprimir la coma tras la palabra “extremos”, en el cuarto párrafo.

SEXTA.- Observaciones al articulado.

- Artículo 7. Atribuciones del Consejo de Administración.

Debe coordinarse lo dispuesto en la letra k), que atribuye al Consejo el mero conocimiento de los contratos de cuantía superior a los 300.000 euros, con la función contenida en el artículo 9.1, letra r) del mismo Proyecto de Decreto, según la cual, corresponde al referido órgano colegiado de gobierno la emisión de informe previo a la celebración de dichos contratos.

En cualquier caso, no parece acorde con la naturaleza de órgano de gobierno que corresponde al Consejo de Administración, la atribución de una facultad de informe, más propia de un órgano consultivo o de gestión, en este último supuesto, cuando se fundamenta en dicho informe una propuesta que se eleva a un órgano superior.

Las funciones que se atribuyen al Consejo de Administración en la LIMAS tienen carácter aprobatorio de las propuestas formuladas por los órganos de gestión, que sí resultan acordes con su condición de órgano de gobierno, con la que también sería compatible la facultad de ser informado por la Dirección Gerencial de los contratos que superen una determinada cantidad, en tanto que dicha toma de conocimiento sería incardinable en la función de control consustancial a la jerarquía propia de todo órgano de gobierno.

Por ello, considera el Consejo Jurídico que no debería someterse a informe del Consejo de Administración la celebración de los contratos de cuantía superior a los 300.000 euros, sino, en todo caso, solicitar su aprobación o establecer la mera obligación de informar a dicho órgano antes de la celebración de tales contratos. Y todo ello en el bien entendido de que tal actuación del Consejo de Administración no podría sustituir a la eventual necesidad de autorización de la titular de la Consejería de adscripción a que se refiere el artículo 35.2 de la Ley 7/2004, para la celebración de contratos de cuantía superior a la que aquélla pudiera fijar.

- Artículo 9.- Dirección Gerencial.

1. La función señalada con la letra p), apartado 1, pretende otorgar al Director Gerente del Instituto una función de gestión presupuestaria reservada por el Texto Refundido de la Ley de Hacienda, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH), a los titulares de los organismos autónomos (artículo 11, letra c) y a los Presidentes o Directores de dichas entidades (artículo 49.2). A pesar de la diferente nomenclatura utilizada en ambos preceptos, lo que resulta evidente es que la norma presupuestaria reserva al máximo órgano unipersonal de gobierno de cada organismo autónomo la autorización, disposición, liquidación y ordenación de los pagos relativos a las entidades citadas.

La Ley de creación del organismo podía haber asignado al Director Gerente dichas funciones, al igual que hizo con otras que también son reservadas a los titulares de los organismos autónomos en el TRLH, tales como las de elaborar el anteproyecto de presupuesto del organismo (artículos 11, letra a) TRLH y 7.2, letra g) LIMAS) y administrar, gestionar y recaudar los derechos económicos del Instituto (artículos 11.2, letra b) TRLH y 7.2, letra g) LIMAS). Sin embargo, no lo hizo, lo que impide que los Estatutos, so pena de incurrir en un exceso reglamentario, alteren la atribución legal de funciones.

Esta observación tiene carácter esencial.

Ello no obstante, y como alternativa a la inviable solución normativa proyectada, debe recordarse que el artículo 49.3 TRLH habilita al Presidente del Instituto para delegar el ejercicio de las referidas facultades en el Director Gerente, *“en los términos que establezcan las disposiciones reglamentarias”*.

2. La función señalada con la letra q), debería incluir una salvaguardia de las competencias de otros órganos, para conseguir su mejor inserción en el ordenamiento jurídico regional, a la luz de lo dispuesto en el artículo 105 TRLH y en el Decreto 99/2000, de 21 de julio, por el que se regulan las competencias en materia de contabilidad de los organismos autónomos.

3. En la letra r) debe actualizarse la referencia a la legislación de contratos, mediante la mención del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

4. En la letra t) puede suprimirse el último inciso *“en el ejercicio de las competencias del Instituto”*, por innecesario, ya que cualesquiera actos administrativos que adopten los órganos directivos del Instituto y que sean susceptibles de recurso, habrán sido dictados en ejercicio de las competencias del organismo autónomo y que tienen atribuidas en atención a su condición de órganos directivos del mismo.

- Artículo 10. Estructura organizativa.

Este precepto se dedica a esbozar la estructura de órganos del Instituto, mediante su enumeración, dejando a los preceptos que le siguen la regulación *“in extenso”* de cada uno de ellos.

El apartado 1 menciona expresamente, como órganos directivos, a las tres Direcciones Generales que se adscriben al Organismo, aludiendo a la Secretaría General Técnica como mera unidad administrativa y guardando silencio acerca de las Subdirecciones que van a depender de cada Dirección General. Considera el Consejo Jurídico que debe incluirse en el precepto no sólo una mención a las Subdirecciones Generales, sino también a la condición de órgano directivo de la Secretaría General Técnica, naturaleza directiva ésta que motiva su tratamiento legal (artículo 9 LIMAS) y justifica su inclusión en los Estatutos del organismo y no sólo en la estructura orgánica, como ocurriría si fuera una mera unidad administrativa.

Con estas adiciones, el precepto completaría el elenco de órganos directivos del IMAS y haría honor al epígrafe que lo encabeza.

- Artículo 11. Dirección General de Personas Mayores.

1. La Dirección de los Servicios Jurídicos puso de manifiesto la conveniencia de salvaguardar las competencias de otros órganos en relación con la función coordinadora que se atribuye tanto al Instituto en general (artículo 3) como a la Dirección General de Pensiones, Valoración y Programas de Inclusión, en particular. Aceptada esta sugerencia por los redactores del Proyecto, se modificaron sus artículos 3 y 13.2. No obstante, dicha modificación también debería hacerse extensiva a la función de coordinación de planes y programas que los artículos 11.2, cc) (sic) y 12.2, cc) atribuyen a las Direcciones Generales de Personas Mayores y de Personas con Discapacidad, respectivamente.

2. En el apartado 2, letra y) se asigna a la Dirección General la gestión y seguimiento de las subvenciones concedidas para el desarrollo de actuaciones dirigidas a personas mayores, así como la decisión acerca de su modificación, extinción y denegación. Comoquiera que, de conformidad con el artículo 9.1, letra n) del Proyecto de Estatutos, la concesión de tales ayudas corresponde a la Dirección Gerencial, quizás fuera conveniente precisar en este artículo 11 que a la Dirección General de Personas Mayores le corresponde efectuar, también, la propuesta de resolución de concesión de la subvención.

La misma observación, *mutatis mutandi*, resulta extensible a la función descrita en el artículo 12.2, letra y) del Proyecto, en referencia a la Dirección General de Personas con Discapacidad, y 13.2, letra q), respecto a las prestaciones económicas de inserción y protección social.

- Artículo 12. Dirección General de Personas con Discapacidad.

1. Al definir el ámbito de actuación del centro directivo, mediante la enumeración de los colectivos sobre los que ejercerá su actividad, finaliza el apartado 1 con la expresión “o cualquier otro colectivo necesitado de protección social”. A falta de límites o mayores matizaciones, y a la luz de los colectivos sobre los que se despliega la acción protectora de los servicios sociales especializados contemplados en la LSSSRM, en tal expresión cabría entender incluidos los colectivos de familia, infancia, inmigrantes y minorías étnicas, los cuales no se contemplan como áreas de actuación del Instituto, de conformidad con el artículo 2.2 LIMAS, así como otro colectivo, el de Personas Mayores, cuya atención se instrumenta a través de un órgano directivo diferente: la Dirección General de Personas Mayores.

Parece evidente que la intención del Proyecto de Estatutos no es ampliar el ámbito de actuación del Instituto, lo que constituiría un manifiesto *ultra vires* del futuro reglamento, ni otorgar a la Dirección General de Personas con Discapacidad competencias sobre el colectivo de Personas Mayores, siendo necesario, por tanto, matizar la genérica expresión que da fin al artículo 12.1, objeto de consideración. Para ello bastará con referirlo al propio artículo 2.2, letra e) LIMAS, que incluye como área de actuación del Instituto “*cualquier otro colectivo necesitado de protección social que reglamentariamente se determine, cuando razones justificadas así lo aconsejen y los colectivos que se incluyan se encuentren entre los que el artículo 10 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, configura como servicios sociales especializados*”.

2. Del mismo modo, en el apartado 1, debe añadirse el adjetivo “*crónica*” tras “*enfermedad mental*”, para adecuar la disposición reglamentaria a la legal que desarrolla, pues el artículo 2.2, letra c) LIMAS establece como área de actuación del Instituto la de “*personas con enfermedad mental crónica*”. Con idéntica redacción se expresa el artículo 23 LSSSRM.

Ambas observaciones tienen carácter esencial.

- Artículo 13. Dirección General de Pensiones, Valoración y Programas de Inclusión.

En el apartado 1, debería salvaguardarse la competencia de los restantes órganos directivos del Instituto en materia de ayudas económicas dirigidas a colectivos específicos como los de personas mayores y personas con discapacidad (artículos 11.2, letra y) y 12.2, letra y) del Proyecto).

- Disposición Final Primera. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, cabría entender incluida en la facultad de desarrollo atribuida a la Consejera, 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), 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.- El Consejo de Gobierno es competente para aprobar como Decreto el Proyecto sometido a consulta, correspondiendo su refrendo a la Consejera de Trabajo y Política Social.

SEGUNDA.- Tienen carácter de esenciales las observaciones relativas a los artículos 9.1, letra p) y 12.

TERCERA.- El resto de observaciones efectuadas, de incorporarse, mejorarían técnicamente el Proyecto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 173/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. H. C., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. A. R. H., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 15/11/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 23.

DICTAMEN 174/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. Á. T. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 20/11/06

Extracto de Doctrina

*Cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 160/2005), el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso. 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).*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 27 de julio de 2004, D. Á. T. G. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los siguientes hechos, según describe:

El 8 de febrero de 2003 sufrió una caída accidental en las escaleras de su domicilio atrapándose el brazo derecho bajo el cuerpo, padeciendo fuertes dolores en los días

siguientes hasta que el día 12 o 13 del mismo mes decidió acudir al Centro de Salud de Espinardo en el municipio de Murcia. El médico de familia que le atendió en dicho Centro, sin explorarle ni practicarle prueba radiológica, le prescribió “*trombocid*” y reposo.

Al persistir las molestias, a principios de marzo acudió de nuevo al Centro de Salud, donde se le remitió al Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz, a fin de realizarle una radiografía del codo derecho, que se le practicó tres semanas después, concretamente el 27 de marzo.

Al día siguiente llevó la radiografía a su Centro de Salud, y el facultativo que le atendió hizo la siguiente anotación en la historia clínica:

“Según refiere el paciente sufrió una caída accidental atrapándose el brazo bajo el cuerpo, desde entonces dolor en codo derecho con una discreta limitación a la extensión. Por persistir dolor se efectúa rx el 27 de marzo de 2003 apareciendo imagen compatible con posible fractura sin desplazamiento de cabeza de radio. Ruego valorar tratamiento a seguir”.

Esa misma mañana acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario, cuyo informe de alta hace constar lo siguiente:

“Anamnesia: Caída hace 2 m. Acude por dolor codo D.

Exploración Física; Limitación extensión completa del codo.

Resto normal.

Otros exámenes: Fractura no desplazada de cabeza de radio D.

Remitir a traumatólogo de zona y/o RHB. “

El 31 de marzo siguiente acudió a consultas externas de traumatología en el Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz, siendo examinado por un especialista, que hizo constar en su informe dirigido a la consulta de rehabilitación: el paciente tiene dolor y limitación a la flexo-extensión.

El 20 de mayo comienza la rehabilitación en el Hospital Virgen de la Arrixaca, donde siguió tratamiento hasta el 21 de julio, y el 3 de septiembre siguiente se le realizó otra radiografía de control recibiendo el alta el 3 de octubre con el siguiente diagnóstico:

“Rx con buena consolidación. La secuela en los últimos grados de extensión mejorará con el tiempo”.

Imputa al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios el error en el diagnóstico inicial y la falta de inmovilización inmediata del codo.

Solicita una indemnización de acuerdo al baremo contenido en el anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en Circulación de Vehículos a motor, por un importe de 17.657,72 euros, que desglosa en las siguientes partidas:

- En concepto de incapacidad temporal, por 237 días improductivos desde el 8 de febrero al 3 de octubre de 2003, solicita 10.856,97 euros (45,81 euros cada día).

- Por lesiones permanentes consistentes en codo doloroso con secuela valorada en 5 puntos del baremo, y limitación a la extensión también valorada en 5 puntos, solicita

6.198,87 euros, incrementada en 619,88 euros, al encontrarse en edad laboral en el momento en que se produjo el daño (sesenta años).

Por último, propone como prueba documental la aportación de las historias clínicas existentes en los centros asistenciales donde se le atendió y de los informes médicos de los facultativos que le asistieron.

SEGUNDO.- Por la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó resolución de admisión a trámite, la cual fue notificada a las partes interesadas.

Asimismo, se solicitó al Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz de Murcia, a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, y al Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia, copia de la historia clínica del reclamante, e informes de los facultativos que le atendieron.

TERCERO.- Desde la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, se remitió copia de la historia clínica del reclamante (folios 25 a 36), e informe emitido por el médico de cabecera que le atendió en el Centro de Salud de Espinardo, en el que hace constar que no figura en el historial la visita a que alude el reclamante a mediados de febrero de 2003, teniendo constancia documental de la visita realizada el 28 de marzo para examinar la radiografía que había sido solicitada en un contacto anterior. Finalmente concluye lo siguiente:

“Por lo que se refiere a la persistencia del dolor y la limitación funcional consta en la Historia Clínica que no acude en ningún momento para prescripción de analgésicos o refiriendo persistencia de la sintomatología. Por el contrario el 23 de julio hace una visita en la que se refiere el informe del Servicio de Rehabilitación mencionando que evoluciona funcionalmente muy bien”.

CUARTO.- El Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia remite copia de la documentación obrante en aquel hospital consistente en un informe emitido por el Jefe de Servicio de Rehabilitación de dicho Centro Hospitalario, en el que se hace constar lo siguiente: *“fue visto por primera vez en este Servicio el 20 de mayo por secuelas de fractura cabeza radial. Fue tratado con cinesiterapia y alta el día 21 de julio con limitación a extensión de 25º”.*

También se acompaña el informe emitido por el traumatólogo del Centro de Especialidades que le atendió el 31 de marzo de 2003, en el que refiere lo siguiente:

“Dicho enfermo fue visto en mi consulta con carácter urgente el día 31 de marzo de 2003, aportando una radiografía en la que apreciaba una pequeña fractura de cabeza de radio sin desviación ninguna y que según manifestación del lesionado se había producido hacia casi dos meses a causa de una caída.

Dado el tiempo ya transcurrido lógicamente no se le inmovilizó el codo, remitiéndolo al Servicio de Rehabilitación para proceder al tratamiento pertinente.

El día 3 de septiembre de 2003 se le practica una radiografía en la que se aprecia ya la consolidación de la fractura que se mantiene sin ninguna desviación. Y el 3 de octubre se le da el alta en la consulta considerando el tratamiento terminado”.

Por último concluye lo siguiente:

“Considero que no hay causa alguna para petición de compensación económica dado que:

1. *No se ha cometido en ningún momento dejación de atención ni mala praxis de la lesión. Que en todo momento fue tratado con la mayor urgencia que nos permite el sistema, y que no ha existido nunca desatención de tratamiento.*

2. *Que la lesión de este enfermo y más teniendo en cuenta que es una persona mayor de 60 años, aunque no exista ninguna desviación de la fractura siempre deja una limitación a la extensión, que lógicamente es variable, pero que yo apunto de los últimos grados (habría que medir correctamente los 60 que dice el enfermo), y que dicha limitación va disminuyendo con el uso del brazo.*

3. *Que a considerar algún fallo y nunca de manera consciente tan solo tendríamos el retraso en la práctica de la radiografía, pero aunque la fractura se hubiera diagnosticado el primer día y se hubiese puesto la inmovilización correspondiente, el resultado habría sido el mismo, dado que en este tipo de lesiones cuando no hay desviación y la persona es mayor, se pone el brazo tan solo en un cabestrillo sin ningún yeso para evitar posibles complicaciones de tipo circulatorio.*

Por tanto que el resultado de la lesión es totalmente aceptable en este tipo de lesiones a su edad. Y desde luego es lo mismo si se hubiese puesto yeso desde el principio como de no hacerlo, como así sucedió”.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, tras valorar la historia clínica y documentación contenida en el expediente, concluye en el siguiente juicio clínico:

“El paciente fue atendido con plena corrección por el Sistema Nacional de Salud, procediéndose, como se desprende de los hechos probados, a la primera consulta y revisión por parte de especialista traumatólogo y a kinesiterapia rehabilitativa.

El informe de Alta del Servicio de Rehabilitación establece una limitación a extensión de 25°, que posteriormente se valora que se recuperará con el tiempo y el uso de la extremidad; reafirmándose en el informe citado que pone de relieve la consolidación de la fractura que se mantenía sin ninguna desviación.

Por tanto en nuestro análisis debemos pronunciarnos sobre las dos posibilidades que se plantean. En primer lugar hay que señalar que ni de la documentación clínica aportada por el paciente, ni de aquella que por solicitud de pruebas documentales han sido proveídas por los Centros Sanitarios, existe soporte documental que sustente la descripción de los hechos que hace el reclamante.

En segundo lugar sí debemos expresar el parecer médico, con respecto al tratamiento de la lesión de D. Á. T. G.. La fractura sin desplazamiento, puede definirse como estable y en la actuación inicial en general puede distinguirse dos tipos de paciente, los que se sospecha que por algún motivo no pueden o no quieren cumplir las indicaciones puede inmovilizarse con yeso, mientras que en situación normal se inmoviliza el miembro superior con un cabestrillo por un tiempo. Estas fracturas aun habiendo sido tratadas como hemos descrito, transcurridas varias semanas o meses no se logra una recuperación completa de todos los movimientos”.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes en el procedimiento, el reclamante compareció en las dependencias del órgano instructor para obtener copias de los documentos que integran el expediente, sin que presentara alegaciones. Por el contrario la compañía aseguradora aportó dictamen pericial conjunto de cuatro especialistas en traumatología relativo al contenido de la reclamación, algunas de cuyas conclusiones reproducimos por su interés:

“(…)2. No existe con anterioridad a la anotación de su médico de familia del 28/3/03, ninguna consulta registrada referida al trauma sufrido por el paciente (ni aportada por el paciente ni registrada en el Centro Sanitario). Está informatizada la H.C.A partir de éste momento el paciente, fue atendido con plena corrección por el Sistema Nacional de Salud, procediéndose como se desprende de los hechos mencionados en el resumen de los hechos.3. El informe de Rehabilitación y de COT manifiesta una limitación a la extensión que se podría recuperar con el tiempo. Cierta grado de pérdida de extensión (1Qº-15º) no es infrecuente a pesar del tratamiento efectuado.4. Por tanto en nuestro análisis, debemos pronunciarnos sobre las dos posibilidades que se plantean. En primer lugar hay que reseñar que ni de la documentación clínica aportada por el paciente, ni de aquella que por solicitud de pruebas documentales han sido proveídas por los Centros Sanitarios a la Inspección Médica, existe soporte documental que sustente la descripción de los hechos que hace el reclamante”.

SÉPTIMO.- A la vista del informe pericial incorporado al expediente, se otorgó un nuevo trámite de audiencia a la parte reclamante, sin que conste que haya formulado alegaciones durante el mismo.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 4 de septiembre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos determinantes de la misma.

NOVENO.- Con fecha 27 de septiembre de 2006 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 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 imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que cabría sostener la prescripción de la acción, que se ejercitó el 27 de julio de 2004, si se considera el alta del Servicio de Rehabilitación (21 de julio de 2003) como *dies a* los efectos de la determinación del alcance de la secuela, en los términos previstos en el artículo 142.5 LPAC.

Sin embargo también puede sostenerse la temporaneidad de la acción si se toma como *dies a quo* la fecha en la que el especialista de traumatología, que le remitió a rehabilitación, le dio el alta en la consulta (el 3 de octubre de 2003) por estimar el tratamiento terminado, tras una nueva radiografía, apreciando ya la consolidación de la fractura que se mantiene sin ninguna desviación y señalando que los últimos grados de extensión se recuperarían con el tiempo (folio 44). Por lo expuesto se considera acertada 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.

Por último, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP, si bien ha de destacarse que se han respetado las garantías de contradicción, habiéndose otorgado dos trámites de audiencia al reclamante, sin que, por cierto, haya comparecido para cuestionar los informes de la Inspección Médica y de los peritos de la compañía aseguradora.

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

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la "*lex artis ad hoc*", pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Por ello, cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 160/2005), el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso. Como puede advertirse, los criterios bajo los que debe ser enjuiciada la actuación médica son de índole estrictamente técnica. Ello supone que las consideraciones que

puede realizar este Consejo Jurídico en casos como el presente han de limitarse al enjuiciamiento de los presupuestos y requisitos, de índole estrictamente jurídica, que deben concurrir en la actividad probatoria para que pueda concluirse la acreditación de la infracción de la referida *lex artis* o, lo que es lo mismo, en la existencia de una mala *praxis* médica (Dictamen 3/2004).

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

El reclamante imputa a los servicios públicos sanitarios el error en el diagnóstico inicial y la falta de inmovilización inmediata del codo, de manera que la lesión no fue tratada hasta dos meses después con el siguiente deterioro del pronóstico, que dice probar con la documentación obrante en el expediente.

Sin embargo, de la aportada por el reclamante y la integrante en la historia clínica no resulta acreditado que el interesado acudiera 5 o 6 días después de su caída accidental (el 8 de febrero de 2003) al Centro de Salud de Espinardo, pues en su historial únicamente se encuentra documentada la visita realizada el 28 de marzo de 2003 (folio 11 y Antecedente Tercero).

En cuanto a la fecha en la que se le prescribió la radiografía, el reclamante manifiesta que a principios del mes de marzo acudió a su Centro de Salud, siendo atendido por un médico sustituto, quien lo remitió al Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz para que se le efectuase una radiografía del codo derecho, realizándose tres semanas después. En el informe del médico de cabecera del Centro de Salud de Espinardo se señala a este respecto: *“es posible que esta visita en la que se solicitó el estudio radiológico se hiciera sin haber solicitado cita previamente por lo que no queda constancia en los registros y fuera atendido por un procedimiento extraordinario por el residente de medicina familiar en aquel curso. Por esta razón no puedo recordar la fecha exacta de esa visita en la que se pide la radiografía”*.

En todo caso, partiendo del dato del tiempo de espera de tres semanas para la realización de la radiografía (el 27 de marzo) como sostiene el reclamante, al no estar documentada la fecha de la visita del paciente a primeros de marzo, y que fue examinado por el especialista el 31 de marzo, mediando una visita al médico de cabecera (el 28 de marzo, remitiendo al especialista), y al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca al que acudió el mismo día, resulta que en un plazo de un mes el paciente se encontraba con la prueba diagnóstica realizada y con el tratamiento a seguir prescrito por el especialista. Tampoco es entendible que si el paciente sufría intensos dolores como manifiesta en su escrito de reclamación no acudiera desde su caída (el 8 de febrero), a los servicios de urgencias de los hospitales públicos, como sí hizo el 28 de marzo de 2003, tras la realización de la radiografía.

De los hechos anteriormente descritos no podemos inferir una inadecuada *praxis* médica, al igual que tampoco la aprecia el informe de la Inspección Médica, de carácter técnico, cuyas conclusiones hemos reproducido en el Antecedente Quinto.

Incluso, aun en la hipótesis de que se hubiera inmovilizado el brazo de modo inmediato, el especialista de traumatología sostiene (Antecedente Cuarto):

“aunque la fractura se hubiera diagnosticado el primer día y se hubiese puesto la inmovilización correspondiente, el resultado habría sido el mismo, dado que en este tipo

de lesiones cuando no hay desviación y la persona es mayor, se pone el brazo tan solo en un cabestrillo sin ningún yeso para evitar posibles complicaciones de tipo circulatorio.

Por tanto que el resultado de la lesión es totalmente aceptable en este tipo de lesiones a su edad. Y desde luego es lo mismo si se hubiese puesto yeso desde el principio como de no hacerlo, como así sucedió.”

A mayor abundamiento, el citado facultativo señala que el 3 de octubre de 2003 se le dio de alta al estar consolidada la fractura, indicando que los últimos grados de extensión se recuperarían con el tiempo (folio 44).

En consecuencia, frente al juicio técnico contenido en el informe de la Inspección Médica, las manifestaciones vertidas por el reclamante sobre la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño alegado no están justificadas, correspondiéndole la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), sin que quepa, por tanto, entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni la antijuridicidad del daño. Especialmente significativa es la ausencia de alegaciones por parte del reclamante a los informes médicos obrantes en el expediente, tras el otorgamiento de dos trámites de audiencia.

Por último, el reclamante se limita a trasladar miméticamente las cuantías correspondientes al baremo de accidentes de circulación, sin justificar, por ejemplo, los días improductivos en relación con su actividad profesional, o las secuelas justificadas en un informe médico actualizado a la fecha de la reclamación, pues el traumatólogo que le dio de alta en octubre de 2003 indicó que los últimos grados de extensión se recuperarían con el tiempo.

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, por no concurrir los requisitos que la determinan.

SEGUNDA.- No se acredita la cuantía indemnizatoria reclamada, por las razones que se recogen en el párrafo *in fine* de la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 175/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. G. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. G. G., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 20/11/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 24.

DICTAMEN 176/06.- 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: 20/11/06

Extracto de Doctrina

Resulta forzoso concluir que la iniciativa normativa respecto al Anteproyecto de Ley consultado corresponde también a la Consejería de Industria y Medio Ambiente y, en consecuencia, como expresó este Consejo Jurídico en el Dictamen 155/2002, en supuestos de iniciativa normativa conjunta de dos o más Consejerías los documentos justificativos deben emitirse por ambas, no por una sola de ellas.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según parece desprenderse del expediente remitido, la Dirección General de Universidades y Política Científica, de la Consejería de Educación y Cultura, elaboró una Memoria inicial y un primer borrador del 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 (folios 118 a 141), trabajo que concluyó el 14 de noviembre de 2005. Según manifiesta el citado Director General, para la elaboración del texto se escuchó a los diversos agentes implicados, recogiendo buena parte de las observaciones formuladas, que detalla en escrito aparte (folios 144 a 185). Constan también unas observaciones emitidas por la Dirección General de Investigación, de 30 de enero de 2006, y un escrito por el que el Director General de Universidades y Política Científica invita al de Innovación y Sociedad de la Información (Consejería

de Industria y Medio Ambiente) a sumarse a los trabajos de redacción definitiva del Anteproyecto (30 de marzo de 2006).

SEGUNDO.- Un segundo borrador (folios 188 y ss.) fue objeto de audiencia a diversos órganos, entidades y corporaciones (18 de junio de 2006), formulando alegaciones el Instituto Español de Oceanografía (05-06-2006); la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo (02-06-2006); la UGT (06-06-2006); la Consejería de Presidencia (02-06-2006); la Academia de Bellas Artes Santa M^a de la Arrixaca (02-06-2006); el CEBAS (06-06-2006); la Universidad Politécnica de Cartagena (06-06-2006); la Dirección General de Comercio (11-03-2006); la Universidad de Murcia (14-06-2006); la Consejería de Trabajo y Política Social (03-04-2006); la Consejería de Agricultura y Agua (15-06-2006); la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte (16-06-2006); la Secretaría de Comunicación Audiovisual y de los Servicios de la Presidencia (19-06-2006); el INFO (06-06-2006); la Dirección General de Innovación y Sociedad de la Información (21-06-2006); la Consejería de Sanidad (20-06-2006); la Dirección General de Calidad Asistencial, de la Consejería de Sanidad (31-05-2006); el Instituto Murciano de Investigación Biosanitaria (sin fecha); la CROEM (29-06-2006); el PSOE (01-07-2006); y la Fundación Séneca (14-07-06).

También se sometió a informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante (7-08-06).

TERCERO.- Por la Dirección General de Universidades y Política Científica fueron emitidas la memoria económica (26 de julio de 2006) y el informe de impacto por razón de género (27 de julio de 2006); una vez analizadas las alegaciones formuladas fue redactada una nueva memoria propuesta con un nuevo texto del Anteproyecto (31 de julio de 2006), elevando el Consejero una propuesta a la Comisión de Secretarios Generales solicitando que se interesara del Consejo de Gobierno la continuación del procedimiento con la práctica de los trámites preceptivos (7 de septiembre de 2006). El 11 de septiembre se recabó el dictamen del Consejo Económico y Social (CES). El Consejo de Gobierno acordó el 22 del mismo mes que continuara el procedimiento con la solicitud de dictamen al Consejo Jurídico.

CUARTO.- El Consejo Económico y Social emitió dictamen el 27 de octubre de 2006, concluyendo en valorar positivamente el 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 “porque en el mismo se establecen las bases estructurales que deben posibilitar el necesario impulso que estas actividades necesitan en nuestra Comunidad Autónoma para garantizar su competitividad en la economía globalizada en la que está inserta”, sin perjuicio de ciertas observaciones recogidas en el cuerpo del dictamen.

QUINTO.- Elaborados el índice de documentos y el extracto de secretaría, el expediente fue remitido el 8 de noviembre de 2006 a este Consejo Jurídico, solicitándose la emisión del correspondiente Dictamen.

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.

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, si bien existen ciertas omisiones que deben ser subsanadas para atender plenamente a lo ordenado en dicho precepto.

1º) La competencia de la Consejería de Industria y Medio Ambiente. El Anteproyecto referenciado tiene por objeto, según su artículo 1, regular la actividad de los poderes públicos en materia de investigación, desarrollo tecnológico e innovación; para tal objeto se pretenden como fines, entre otros, el fomento de la investigación y de la innovación, la cooperación en las actividades de innovación, el impulso de las actividades de transferencia de innovación y la promoción de empresas dirigidas al sector de la innovación (art. 2, a), e), f) y g). Los órganos que se crean se denominan Comisión Interdepartamental de Ciencia, Tecnología e Innovación, Consejo Asesor Regional de Ciencia, Tecnología e Innovación, y Unidad de Gestión del Plan Regional de Ciencia, Tecnología e Innovación (art.4); se preceptúa también, en el artículo 30, que la Consejería competente en industria convocará ayudas a las empresas para la realización de proyectos de investigación.

Dado el contenido de los preceptos citados puede afirmarse que la competencia sobre innovación y empresa está inmersa en el objeto principal del Anteproyecto, que la trata tanto a la hora de definir la estructura institucional, como de articular la planificación y concretar otras medidas de fomento.

La reorganización parcial de la Administración regional efectuada por el Decreto del Presidente núm. 9/2005, de 7 de mayo, atribuyó a la Consejería de Industria y Medio Ambiente el ejercicio de las competencias autonómicas sobre industria y desarrollo tecnológico, aspectos que desarrolló el Decreto núm. 52/2005, de 13 de mayo, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería citada, el cual dispone en su artículo 1 que tal Consejería es el departamento de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia competente para proponer, desarrollar y ejecutar las funciones y directrices del Gobierno en materia de Industria (...), e Innovación Tecnológica (...), para lo cual crea dentro de ella, entre otros órganos, la Dirección General de Innovación Tecnológica y Sociedad de la Información (art.4). A la vista de ello procede concluir que el núcleo del Anteproyecto regula competencias de la Consejería de Industria y Medio Ambiente, la cual, en consecuencia, es competente para efectuar la propuesta normativa.

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”.

A la vista de ello resulta forzoso concluir que la iniciativa normativa respecto al Anteproyecto de Ley consultado corresponde también a la Consejería de Industria y Medio Ambiente y, en consecuencia, como expresó este Consejo Jurídico en el Dictamen 155/2002, en supuestos de iniciativa normativa conjunta de dos o más Consejerías los documentos justificativos deben emitirse por ambas, no por una sola de ellas. Resulta significativo a estos efectos que la memoria económica elaborada por la Consejería consultante reconozca que algunas de las medidas previstas en el Título III del Anteproyecto han de ser ejecutadas por la Consejería de Industria y Medio Ambiente y, por tanto, ha de ser ella la que las evalúe (folio 328).

2º) Intervención del Consejo Regional de la Función Pública. Según el artículo 13.2.1,a) del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia (Decreto-Legislativo 1/2001, de 26 de enero, TRLFP), el citado Consejo debe informar preceptivamente en Anteproyectos de Ley “*referentes*” a la función pública. Los artículos 4 y 12 del Anteproyecto crean la unidad de gestión del Plan Regional de Ciencia, Tecnología e Innovación, y el 24 regula la movilidad del personal dedicado a investigación, incluso entre centros públicos y privados, afectando pues a su estatuto profesional. De la redacción del artículo 13.2.1, a) TRLFP no puede concluirse que el trámite preceptivo de informe del citado Consejo se circunscriba, estrictamente, a anteproyectos de ley “*sobre*” función pública, es decir, que tengan por objeto directo tal materia, sino “*referentes*”, en el sentido de que aludan a la función pública, de que indirectamente produzcan efectos sobre ella al regular su objeto principal. Se manifiesta nítidamente la distinción en el propio artículo 13.1.1,b) TRLFP, que al establecer la intervención del Consejo respecto a reglamentos lo hace señalando a “*disposiciones generales sobre la Función Pública, cuando hayan de ser aprobadas por el Consejo de Gobierno*”, queriendo entonces indicar que, en este caso, el informe se produzca siempre que el objeto directo y principal de la disposición sea la función pública, y no en otra circunstancia.

3º) Intervención del Consejo Escolar de la Región de Murcia. La Ley 6/1998, de 30 de noviembre, de Consejos Escolares de la Región de Murcia, establece que el citado Consejo será consultado preceptivamente cuando se trate de *orientaciones y programas educativos* (art. 14.1, g), lo cual hace preceptiva la consulta al mismo a la vista del artículo 21 del Anteproyecto.

4º) El artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico, en el apartado 1º) de su párrafo último, requiere que en el expediente conste copia autorizada del texto definitivo del proyecto de disposición de carácter general que se somete a Dictamen, documento que no consta en el remitido a este Consejo.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Antes de dictaminar sobre el fondo de la cuestión, procede completar el procedimiento en los términos expresados en el cuerpo del presente Dictamen

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 177/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. S. F. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. C. F., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/11/06

Extracto de Doctrina

La responsabilidad directa de la Administración como titular del servicio público no puede verse excluida por la interposición de un contratista en su gestión, pues podría quebrar de otro modo el carácter garantista que la institución tiene para los particulares. Este carácter directo ha sido destacado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal supremo (por todas, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 octubre 1998) y permite afirmar que la Administración cubre directamente ante los particulares perjudicados la actividad dañosa de sus agentes. Ello se debe compaginar con el derecho de la Administración a repetir contra el contratista si su actuación es causa eficiente del daño.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- M. S. F. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. C. F., presentó el 3 de marzo de 2006 una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, solicitando ser indemnizada con una cantidad de 600 euros por gastos extraordinarios y 6000 euros por daños morales derivados de que su hijo, alumno del Colegio Público la Arboleda, de Murcia, contrajo en el comedor escolar de dicho centro una infección de *salmonella enteritidis*. Según indica, los gastos extraordinarios se deben a la necesidad de que una persona quedara al cuidado del afectado durante 10 días, dado que ella ha de atender inexcusablemente a sus obligaciones laborales y sus hijos se encuentran exclusivamente bajo su custodia, según sentencia de separación matrimonial cuya copia aporta. Los daños morales se refieren a la incertidumbre provocada por la falta de información del centro y, particularmente, por la aversión a los alimentos de la que el niño fue víctima, que, según dice, agudizó sensiblemente la pérdida de apetito de que adolece a causa de la medicación que se le suministra por prescripción facultativa, extremo del que dice haber constancia en el centro escolar, ya que el niño recibe apoyo especial por la hiperactividad que padece. Adjunta un oficio de los servicios municipales de Salud del Ayuntamiento de Murcia comunicando el análisis del alumno positivo a la infección, un certificado del B. B. V. A., S.A., sobre la condición de asalariada en dicha entidad de la reclamante, en horario de 8 a 15 horas y, finalmente, un recibo expedido por E. M. O. declarando que la reclamante le entregó 600 euros en concepto de cuidados de su hijo D. durante 10 días, a razón de 8 horas diarias.

Requerida para subsanar deficiencias, completó la documentación con el libro de familia y un escrito con observaciones procedimentales (30 de mayo de 2006).

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación (2 de junio de 2006) y designada instructora, ésta solicitó el preceptivo informe de la dirección del centro, que fue evacuado por comparecencia de la Directora el 27 de junio de 2006, indicando que, cuando el 6 de

junio de 2005 tuvo conocimiento de que 47 alumnos habían faltado a clase -la mayoría usuarios del comedor escolar-, puso los hechos en conocimiento de la Consejería de Sanidad, que aplicó el protocolo correspondiente; los alumnos afectados faltaron a clase entre 3 y 5 días, excepto 2 que necesitaron 10 días para su total recuperación; no le consta que ningún niño se viera afectado psicológica o físicamente con posterioridad y, en concreto, respecto al hijo de la reclamante, no le consta que adolezca de una pérdida de apetito continua debida a la medicación que se le suministra por prescripción facultativa.

TERCERO.- Figura en el expediente el informe emitido por los servicios municipales de sanidad del Ayuntamiento de Murcia sobre los alimentos e instalaciones del comedor escolar, constatando el análisis positivo a *Salmonella* grupo D factor 9 en el fiambre de York suministrado en el menú de la semana anterior; se analizaron 18 muestras de heces de afectados, siendo en 17 casos positivas a *Salmonella* Enteritidis Grupo D factor 9 y en 1 negativa; aunque no se detectó en la inspección del establecimiento ningún factor contribuyente, por los resultados analíticos se observa que hay diferencia entre el fiambre de York manipulado (plato testigo) que es positivo a *Salmonella*, y el fiambre de York no manipulado (muestra de los restos) que es negativo; esto nos indica, en ausencia de manipuladores portadores de *Salmonella*, una contaminación cruzada por mal almacenamiento o por contacto con superficies o utensilios contaminados.

En el apartado final del informe, denominado “Interpretación”, refiere lo siguiente:

“Brote de Toxinfeción Alimentaria de ámbito general por Salmonella Enteritidis grupo D factor 9. La curva epidémica (ver anexos 1 a 5) nos indica que se trata de un brote de exposición común, que tras las encuestas efectuadas vemos claramente asociado al hecho de comer en el comedor escolar.(...)”

La gran mayoría del resto de casos probables (sólo 1 tiene un período de incubación menor de 6 horas) y todos los casos confirmados entran en el intervalo del período de incubación de la Salmonella (6-72 horas), tomando como alimento causante del brote el fiambre de York; así al consumirse a las 13 horas del 2-6-05, este intervalo estaría entre las 19 horas del 2-06-05 y las 13 horas del 5-06-05.

El caso mediano inicia síntomas el 3-06-05 a las 20 horas, al restarle un período de incubación mediano, entre 12 y 36 horas, tendríamos como fecha probable de exposición entre las 8 horas del jueves 2-06-05 y las 8 horas del viernes 3-06-05, período en el que se encuentra la comida del jueves en la que se consumió el fiambre de York.

No obstante el hecho de que en tres encuestas los padres refieran que sus hijos no comieron el jueves en el colegio, nos podría indicar que o bien algún otro alimento estuvo contaminado, (recordemos que no había platos testigo de tortilla de patatas ni de los de ensaladas) o son casos secundarios. El caso que no acude a comedor y debuta el 5-06-05, puede tratarse o bien de un caso secundario o de un caso aislado no relacionado con el brote”.

CUARTO.- Consta un informe que la Directora del Colegio había emitido el 6 de julio de 2005 explicando los hechos y la reacción de la institución docente, al que acompaña una copia del acta del Consejo Escolar del centro celebrado el 8 de junio de 2005, un resumen de una reunión celebrada con los padres de los alumnos afectados y el Servicio Municipal de Salud el 10 de junio de 2005 y de otra celebrada por la Comisión de Comedor del

centro (6 de julio de 2005); también adjunta una relación de los alumnos afectados.

De ello resultan los siguientes datos de interés para el procedimiento:

- El lunes día 6 de Junio la Directora tuvo conocimiento de la ausencia de un importante número de alumnos -47- de todos los cursos, enfermos con síntomas gastrointestinales. Comprobado que la mayoría de ellos eran usuarios del comedor escolar, el caso se puso rápidamente en conocimiento de la Consejería de Sanidad, que inició de inmediato el protocolo de actuación ante estos casos.

- Los monitores del Servicio Municipal de Salud tomaron muestras de agua, alimentos y otras actuaciones, levantando acta de todo ello y manifestando que el comedor era apto para seguir funcionando, como así se hizo ese día, cerrando al día siguiente, martes 7, de forma cautelar, por indicación de las Consejerías de Educación y de Sanidad.

- Desde el primer momento, la empresa adjudicataria del catering, en la persona de su gerente, A. A., se puso a disposición de los Servicios Municipales de Salud para colaborar en cualquier cosa que se le requiriese.

- El Equipo Directivo, junto con el Inspector Don C. A., estuvo la tarde del día 6 y parte de la noche del lunes telefoneando a todas las familias afectadas para interesarse por el estado de los niños enfermos y facilitarles informaciones que pudieran ser de su interés.

- El día 17, viernes, llega vía fax la autorización de los Servicios Municipales de Salud para reabrir el servicio de comedor; la Directora lo comunicó al Director General de Centros que, por medio del inspector Don C. A., autorizó verbalmente para dicha apertura. El lunes día 20, a las nueve horas, la Directora solicitó por fax el permiso de apertura por escrito, con el fin de informar a la comunidad educativa y abrir el comedor con total garantía. Este permiso fue entregado esa misma mañana por el inspector.

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la empresa contratista conjuntamente, compareció el 3 de octubre de 2006 el representante legal de la primera ratificándose en su reclamación inicial, pero ofreciendo la posibilidad de llegar a una terminación pactada del procedimiento mediante el abono de una indemnización de 1.500 euros; la contratista, en comparecencia de ese mismo día, manifiesta que con anterioridad desconocía la existencia de la reclamación, y que va a dar conocimiento de la misma a la compañía de seguros a efectos de que realice los trámites oportunos; finalmente añade que está por demostrar que su empresa haya sido responsable de lo sucedido y que, de serlo, podría tratarse de un accidente imprevisible e inevitable.

SEXTO.- La propuesta de resolución concluye en desestimar la reclamación, por no ser el daño imputable a la Administración regional sino a la empresa contratista ya que, se dice, en virtud del contrato de prestación del servicio de comedor, tiene ésta la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen como consecuencia de las actuaciones que realice, debiendo, además, contratar un seguro que cubra de forma suficiente la responsabilidad civil que pueda producirse en el desarrollo del servicio contratado, especialmente los daños y perjuicios que puedan producirse por intoxicación alimentaria. Añade que el órgano instructor no requirió a la reclamante la acreditación de los daños morales porque entendió, desde un principio, que no cabía la responsabilidad de la Administración e intentó que se llegara a un acuerdo con la compañía de seguros.

SÉPTIMO.- Con fecha 13 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.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. la 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 Colegio público 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, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

II. En ya reiterados Dictámenes (2 y 55 del año 2000, 9 y 20 del 2002, 53 del 2003 y 40, 87 y 163 del año 2005, así como en la Memoria correspondiente al año 2003) este Consejo Jurídico ha establecido su criterio sobre el objeto y sentido que han de tener las resoluciones de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que ha intervenido un contratista de la Administración reclamada, sentando las consideraciones que a continuación se exponen.

El artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (anterior 98 de la Ley 13/1995) establece lo siguiente:

“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie

sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.”

Conforme a lo dispuesto en los números 3 y 4 de este artículo, la Administración ha de resolver la reclamación presentada dilucidando dos cuestiones:

a) Si el daño alegado es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106.2 de la Constitución y 139.1 LPAC).

b) En caso afirmativo, a quién corresponde asumir en última instancia la responsabilidad, si a la Administración o al contratista, de acuerdo con los criterios establecidos en los puntos 1 y 2 del artículo de la LCAP anteriormente citado.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que estima que la responsabilidad de la Administración es en todo caso directa si los daños son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (SS, Sala 3^a, de 20 de octubre de 1998, 5 de diciembre de 1997, 11 de febrero de 1997 y 18 de diciembre de 1995), hay que entender que cuando el ordenamiento jurídico establece que la Administración ha de determinar el sujeto responsable de los daños, oído el contratista en el procedimiento, está queriendo decir que, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la resolución del procedimiento ha de determinar también si es el contratista el que, en última instancia, debería hacer frente a la indemnización. En caso afirmativo, si el contratista no satisficiera voluntaria y directamente el pago al perjudicado (que sería lo lógico en aras de la economía de trámites) la Administración vendría obligada a satisfacer el importe de la indemnización al perjudicado, sin perjuicio de que después aquélla se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista en ejecución de su propia resolución.

Con ello se consigue anuar el carácter directo de la responsabilidad administrativa con la determinación, en el mismo procedimiento de responsabilidad, del sujeto que ha de soportar en definitiva la indemnización, evitando así una posterior e innecesaria vía de regreso.

También señalamos como una peculiaridad de la responsabilidad de los contratistas de la Administración que, a diferencia de lo que sucede con las autoridades, funcionarios y demás agentes públicos, que responden sólo en caso de dolo, culpa o negligencia graves (artículo 145.2 LPAC), los primeros responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución.

Ello es coherente, además, con la moderna jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, como es sabido, ha venido a objetivar la responsabilidad por daños en el supuesto de que el sujeto productor de los mismos los haya causado en el ejercicio de una actividad empresarial, entendiéndose suficiente para generar tal responsabilidad el riesgo inherente a dicha actividad cuando objetivamente sea susceptible de generar esos daños, cual es el caso de la actividad técnica de los contratistas de la Administración.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

A la vista de los antecedentes expuestos y de la doctrina expresada resulta claro que el Consejo Jurídico no puede compartir la propuesta de resolución que concluye el procedimiento, ya que se dan todos los elementos que permiten reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional: existe acreditado un daño -la infección del hijo de la reclamante-, también está probado que el mismo se produjo en el seno del funcionamiento del servicio público de educación -según razona concluyentemente el Servicio Municipal de Salud del Ayuntamiento de Murcia- y, por tanto, la imputabilidad y relación de causalidad son incuestionables, así como la antijuridicidad del daño y el derecho de la reclamante a ser indemnizada. Tal como reza el artículo 139.1 LPAC “*los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”. No concurre causa de fuerza mayor, porque la contaminación se produce por mal almacenamiento o por contacto con superficies o utensilios contaminados (folio 36), signo evidente de la evitabilidad y demostrativo de un funcionamiento anormal del servicio público.

La responsabilidad directa de la Administración como titular del servicio público no puede verse excluida por la interposición de un contratista en su gestión, pues podría quebrar de otro modo el carácter garantista que la institución tiene para los particulares. Este carácter directo ha sido destacado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal supremo (por todas, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 octubre 1998) y permite afirmar que la Administración cubre directamente ante los particulares perjudicados la actividad dañosa de sus agentes; es también la línea doctrinal sostenida habitualmente por el Consejo de Estado, el cual afirma en el Dictamen 832/2004, de 13 de mayo, que para el reconocimiento de la responsabilidad “no es obstáculo que la lesión antijurídica fuera causada por un contratista al servicio de la Administración, pues como ya dijo el Consejo de Estado en el dictamen 3.433/2001, aprobado el 10 de octubre de 2001, no empece la pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad de la Administración el hecho de que el servicio o actividad se haya prestado a través de contratista interpuesto, ya que el titular de la obra y comitente es siempre la Administración Pública, que en ningún momento deja de ejercer sobre ella sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros” (en igual sentido los Dictámenes 931/1999, de 15 de abril y 903/2000, de 11 de mayo). Ello se debe compaginar con el derecho de la Administración a repetir contra el contratista si su actuación es causa eficiente del daño.

CUARTA.- Valoración de los daños.

En la responsabilidad patrimonial de la Administración, la indemnización de daños y perjuicios tiene como objeto prioritario que la víctima sea resarcida absoluta y totalmente, reparación debida que ha de intentar la reposición del perjudicado a su estado precedente -“*restitutio in integrum*”- o, en su caso, no siendo ello posible, mediante la correspondiente indemnización económica, que vendría a operar como función de cambio. El alcance de esos daños y perjuicios, sufridos como consecuencia del siniestro que se impute al agente responsable, ha de quedar probado por la parte reclamante.

Ésta alega daños provocados por tener que costear cuidados adicionales de su hijo mientras éste permanecía enfermo y no podía asistir al colegio, dado que ella, al ser trabajadora por cuenta ajena, estaba imposibilitada para procurar tales cuidados en horario laboral. Sin embargo, no acredita por los correspondientes partes médicos o escolares cuántos días permaneció el niño imposibilitado de asistir al colegio a causa de la infección, hecho que también es base para proceder a la cuantificación del daño derivado de los días de incapacidad que, según el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor para el año 2005 (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), ascendía a 47,28 euros para cada día impeditivo y 25,46 para los no impeditivos. También se alegan unos daños morales derivados de la incertidumbre provocada por la falta de información del centro y, particularmente, por la aversión a los alimentos de la que el niño fue víctima que, según dice, agudizó sensiblemente la pérdida de apetito de que adolece a causa de la medicación que se le suministra por prescripción facultativa, extremo del que dice haber constancia en el centro escolar, ya que el niño recibe apoyo especial por la hiperactividad que padece. Estas últimas afirmaciones no sólo no están probadas sino más bien desmentidas por la instrucción, ya que del relato de hechos de la Directora del Centro en su informe no parece que pueda colegirse carencia de información (aunque en tales casos, por abundante y oportuna que fuese la información es lógica una cierta inquietud materna) y, además, la Directora, de forma expresa niega conocer la expresada aversión a los alimentos del hijo; por otra parte, el baremo de indemnización de días de incapacidad incluye los daños morales.

Sobre tales parámetros se debe reconocer a la reclamante el derecho a percibir una indemnización integrada por un primer concepto de cuidados adicionales prestados por una tercera persona, a razón de los 60 euros diarios por ella ya señalados, multiplicado por los días en que se acredite que el menor no asistió al colegio; para cuya justificación se requerirá a la Directora del Centro con el fin de que informe sobre ello, concretando cuántos días de inasistencia constan en los archivos del centro; y por un segundo concepto referido a los días de incapacidad impeditivos y no impeditivos de su hijo, teniendo en cuenta que aquéllos son los que no asistiese al colegio aquejado de la enfermedad multiplicado por 47,28 euros.

En el caso de menores alumnos de centros educativos la concreción de los días de incapacidad se realiza por afectación al rendimiento escolar, conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, la doctrina del Consejo de Estado y la de otros órganos consultivos autonómicos; por su interés reproducimos parte del Fundamento Jurídico Quinto de la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de julio de 2002, también referida a un accidente escolar, que señala, en cuanto a la indemnización por incapacidad que, *“dado que la lesionada tenía ocho años de edad al momento del accidente, su única actividad es la de acudir al centro escolar y su valoración debe corresponderse con esos días de ausencia al centro y la afectación en su caso al rendimiento escolar”*. En el mismo sentido, la Sentencia de 15 de marzo de 1999, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, considera proporcionada la indemnización por los días en que una niña estuvo impedida para acudir al colegio; también Dictamen 134/2004, de este Consejo Jurídico.

QUINTA.- Contenido de la resolución y acción de regreso.

Al no deberse los daños causados a la reclamante a una orden directa e inmediata de la Administración, procede, además de declarar la responsabilidad de esta última,

declarar simultáneamente que es el contratista quien debe soportar las consecuencias económicas de ello y, que si éste no satisficiera voluntaria y directamente el pago a la perjudicada, la Administración vendría obligada a hacer frente al importe de la indemnización, sin perjuicio de que después se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista, en ejecución de su propia resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad a abonar, puesto que, de conformidad con el artículo 97.1 TRLCAP, corresponde a éste la obligación de indemnizar los daños, recogida también en la cláusula 21.2 del Pliego de Administrativas y en el artículo 211.2 TRLCAP, según el cual “el contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada, por lo que no se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen.

SEGUNDA.- La indemnización debe determinarse con arreglo a los parámetros reseñados en la Consideración Cuarta.

TERCERA.- Procede, en la misma resolución, declarar que corresponde al contratista abonar la indemnización a la perjudicada.

CUARTA.- En caso de que el contratista no satisficiera voluntaria y directamente el pago a la perjudicada, la Administración vendría obligada a abonar el importe de la indemnización y a dirigirse por la vía de repetición contra el contratista, en ejecución de su propia resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad, de conformidad con el artículo 97.1 TRLCAP y concordantes.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 178/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. D. P. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. P. P., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/11/06

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen núm. 12

DICTAMEN 179/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. D. E. R. G., como consecuencia de los daños sufridos en el desempeño de sus funciones en el CIFEA de Lorca.

Consultante : Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 27/11/06

Extracto de Doctrina

La prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad que ostenta sobre los edificios e infraestructuras necesarias para su prestación, 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 o sus trabajadores 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 27 de febrero de 2006, D. D. E. R. G. formula reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Consejero de Agricultura y Agua, en solicitud de una indemnización, que no cuantifica, por haber contraído una enfermedad como consecuencia de su trabajo de ayudante de internado en el Centro Integrado de Formación y Experiencias Agrarias (C.) de Lorca, dependiente de la Administración regional.

Según el reclamante, el 28 de febrero de 2005 “*se le diagnostica que tiene “bacteroides fragilis”, una bacteria contraída por manejar o estar en contacto con alimentos muertos, y padece hidrosadenitis, recibiendo tratamiento*” en la Sanidad Pública. A consecuencia

de la enfermedad, dice estar de baja por incapacidad laboral desde hace aproximadamente un año, a la espera de poder determinar las secuelas y la evolución de la enfermedad que le permita reincorporarse a su trabajo o ser declarado en incapacidad permanente. Afirma, asimismo, que esta situación le impide valorar económicamente el daño, aunque se somete expresamente a los parámetros del sistema para la valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación.

Solicita, además, que se le entregue copia de los controles efectuados en cada una de las áreas en las que trabaja y de los informes del Comité de Seguridad y Salud, así como las medidas de prevención.

Aporta, junto con la solicitud inicial, diversa documentación acreditativa del cuadro clínico descrito y de su evolución. Entre estos documentos, un facultativo especialista del Servicio de Dermatología y Venereología del Hospital General Universitario “Reina Sofía” de Murcia, señala, a 6 de abril de 2005, que el paciente *“está siendo visto en este Servicio por hidrosadenitis supurativa extensa y grave en zonas glútea, perineal y perianal, de años de evolución, con exacerbaciones frecuentes. Actualmente sigue tratamiento médico y quirúrgico de limpieza y drenaje de los múltiples abscesos y pústulas que le provoca su enfermedad”*.

El mismo médico, el 14 de septiembre siguiente, califica el proceso como crónico y difícilmente resolutive, afirmando que, a consecuencia de la enfermedad, su actividad laboral sería difícil y penosa. El 17 de enero de 2006, afirma que el paciente, que sigue en tratamiento por hidrosadenitis, *“acude a Hematología por leucocitosis y trombocitosis de posible etiología reactiva a su proceso infeccioso crónico cutáneo”*. En otro informe médico, de 13 de junio de 2005, se afirma que la leucocitosis data de 1994 (folio 38 del expediente)

Adjunta, asimismo, parte de baja de incapacidad temporal de 7 de febrero de 2005

SEGUNDO.- El 13 de marzo de 2006 se admite a trámite la reclamación y se designa instructor, quien solicita los siguientes informes:

a) A la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria, centro directivo del que depende el C. de Lorca.

b) Al Servicio de Régimen Interior de la Consejería de Agricultura y Agua, para que informe un Técnico de Prevención de Riesgos Laborales acerca de los daños alegados y su relación de causalidad con las condiciones de trabajo. Del mismo modo solicita que se informe acerca de la fecha de la baja laboral, la existencia de evaluación de riesgos y de Plan de Prevención.

c) Al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales dependiente de la Dirección General de la Función Pública.

d) A la Dirección Territorial de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, para que informe acerca del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en el centro de trabajo, y la relación de causalidad entre los daños y las condiciones de trabajo en el mismo.

TERCERO.- Con fecha 30 de marzo de 2006, el Director del C. de Lorca emite informe en el que describe las funciones realizadas por el reclamante y las circunstancias en que se manipulan los alimentos en el centro, en los siguientes términos:

“Con fecha de 26 de noviembre de 2001, D. D. E. R. G., toma posesión del cargo de Ayudante de Internado (x), incorporándose a las funciones propias del mencionado puesto de trabajo.

Funciones del Ayudante de Internado

El Código Puesto de Trabajo X, al igual que el resto de sus compañeros, corresponde a un trabajador/a perteneciente al grupo “D” de la Administración Regional.

Las funciones que desempeña dicho trabajador se corresponden fielmente a las desempeñadas en este Centro. Dichas funciones son:

- Labores de limpieza de aulas, despachos administrativos, y laboratorios que conforman el C..

- Participar en labores de ayuda a lavandería del Internado de Residencia, manejando mudanzas de ropa de camas y labores de tendido para secado de ropa.

- Labores de ayuda en cocina y comedor de Residencia de alumnos, participando en el servicio de comidas a mesas de comedor, así como a su retirada y posterior fregado de platos y vajilla. En ningún caso participa en la elaboración de comidas, recayendo esta función en la figura del cocinero/a de forma exclusiva, por lo que no tiene acceso ni maneja alimento alguno.

(...)En lo referente a la afección que se da en la persona del funcionario demandante vinculada, según diagnóstico, al manejo o contacto con “alimentos muertos”, hemos de señalar que los alimentos que se manejan en los servicios de cocina/comedor de Residencia quedan encasillados en 2 líneas: Un grupo de alimentos precocinados y/o en conserva donde se observan con absoluto rigor los parámetros de conservación y caducidad de los mismos; y un segundo grupo de alimentos frescos cuyo pedido se realiza con periodicidad semanal, quedando acogidos en las instalaciones frigoríficas vinculadas a estas dependencias. Igualmente reseñar que se lleva control diario con registro de temperaturas de las mencionadas instalaciones de frigoconservación.

También podemos informar que las referidas instalaciones de cocina/comedor, así como las instalaciones de frigoconservación vinculadas a ellas, son objeto de periódicas visitas de inspección y control por parte de los Servicios de Sanidad competentes en la materia.

Por último, a modo de historial, informar que, además del funcionario demandante, en estas dependencias que conforman los edificios de Residencia y Aulas, han compartido y comparten sus actividades otros compañeros sin que, hasta la fecha, se haya dado semejante caso alguno”.

CUARTO.- La Inspección de Trabajo contesta indicando que la actuación inspectora que le corresponde no concluye con un mero pronunciamiento sobre el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, sino que obliga al actuante a tomar las medidas correctoras que procedan. Afirma, asimismo, que los plazos a que se somete dicha actuación son mayores que los 20 días habilitados por el instructor y que, de seguir interesada la Administración regional en la intervención de la Inspección de Trabajo, debería remitir diversa documentación, que relaciona.

Finalmente renuncia pronunciarse acerca de la relación de causalidad entre los daños y las condiciones de trabajo, al considerarse incompetente para ello.

QUINTO.- La Dirección General de la Función Pública remite dos informes.

1. El primero, de fecha 20 de abril de 2006, es elaborado por un Técnico de Prevención perteneciente al Servicio de Prevención dependiente del referido centro directivo, y de él destacan las siguientes consideraciones y conclusiones:

“El interesado, en su escrito dice haber contraído la infección de bacteroides fragilis “por manejar o estar en contacto con alimentos muertos”.

Los alimentos que se utilizan en el centro son por un lado alimentos frescos cuyo pedido se realiza de forma semanal, se conservan manteniendo su cadena de frío en cámaras frigoríficas, vigilando diariamente los parámetros de calidad y registrándose dichos parámetros así como manteniendo una estricta observancia de sus caducidades. Por otro lado, se utilizan alimentos precocinados y vigilándose igualmente en éstos los parámetros de calidad, temperatura y caducidad.

No obstante lo anterior, según indican los entrevistados, el empleado público mencionado en ningún caso interviene en la preparación de comidas, labor que exclusivamente realiza el cocinero del centro.

Por otra parte, el microorganismo causante de la infección es un bacilo helicoidal, Gram negativo y anaeróbico.

Las bacterias anaeróbicas difieren de las demás bacterias en varios aspectos. Las bacterias anaeróbicas no necesitan que haya oxígeno; de hecho, algunas de ellas no sobreviven en su presencia. Por ello, es muy difícil que dicho patógeno pueda sobrevivir en esas superficies que diariamente limpia el interesado y que están expuestas al aire. Al contrario, el Bacteroides fragilis, forma parte de la flora normal del intestino grueso, y suelen aparecer infecciones de heridas u operaciones cercanas a la zona anal o perineal, por haberse propagado desde el propio interior del intestino del individuo infectado.

Conclusiones:

De lo observado, a criterio del técnico que suscribe, la patología sufrida por el interesado no tiene una relación directa, inmediata y exclusiva con su puesto de trabajo.

No es directa puesto que dadas las condiciones higiénicas del centro, así como las labores que desempeña el empleado público, no es susceptible de estar expuesto a un bacilo anaeróbico como es el caso.

No es inmediata, puesto que dicha labor la vienen desarrollando en el centro tanto el interesado como otros compañeros desde hace varios años, no registrándose ningún caso entre los compañeros.

No es exclusiva, puesto que dado el tipo de microorganismo, la infección puede haberse contraído por otras vías o circunstancias (heridas, intervenciones quirúrgicas, etc)”.

2. Informe de la médica responsable de Vigilancia de la Salud, del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Autónoma, según la cual:

“La lesión o enfermedad existente en el empleado público no puede ser considerada como enfermedad profesional al no cumplir con la definición de la misma, ya que para que una lesión sea considerada como tal, debe ser contraída con motivo de la realización de

su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. En concreto, dicha enfermedad no se considera profesional en base a:

1. No existir exposición al bacteroides fragilis en la realización de las tareas habituales del puesto de trabajo del empleado público tal y como se desprende del informe efectuado por los técnicos de prevención de fecha 20 de abril del presente.

2. No existir relación de causalidad temporal entre la enfermedad y la actividad laboral, al no haberse producido mejoría clínica del proceso a pesar de estar apartado de su puesto de trabajo desde hace más de un año.

3. El especialista de zona que está tratando su lesión, refiere específicamente, que la enfermedad padecida por el empleado público no está relacionada con la actividad laboral desempeñada por el mismo. 4. Tras realización de reconocimiento médico, efectuado el 3 de junio del presente, se puede determinar que la enfermedad tiene un origen no laboral, en base a los antecedentes referidos por el empleado público y a la documentación aportada por el mismo.

Por todo ello, y en base a los datos referidos anteriormente, no se encuentra relación causa efecto entre la patología del empleado público D. D. E. R. G. con las tareas que desempeña habitualmente en su puesto de trabajo”.

SEXTO.- Consta en el expediente la Evaluación de Riesgos Laborales y el Plan de Prevención del centro de trabajo, sin que en ninguno de los documentos y en relación con el personal de limpieza y lavandería, colectivo al que pertenece el interesado, figure como riesgo específico el de la exposición a agentes biológicos.

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de septiembre de 2006, se confiere al interesado trámite de audiencia, presentando éste escrito de alegaciones con fecha 3 de octubre siguiente. Realiza las siguientes manifestaciones:

- En el documento de Evaluación Inicial de Riesgos, en el apartado de conclusiones de la evaluación subjetiva, se contemplan como elementos peor valorados el riesgo de enfermedad profesional y la presencia de contaminantes biológicos, siendo dicho extremo omitido por el resto de informes, que niegan la existencia de dicho riesgo.

- El RD 1995/1978, de 12 mayo, por el que se establece el cuadro de enfermedades profesionales de la Seguridad Social, al referirse a las enfermedades infecciosas o parasitarias transmitidas al hombre por animales, productos o cadáveres, prevé su contagio por carga, descarga o transporte de mercancías, por lo que considera el reclamante que debe investigarse todo el proceso desde la compra de los alimentos, incluyendo transporte, manejo y limpieza, “ya que esta parte no puede saber si realmente el transporte de alimentos se ha realizado con un vehículo adecuado o anteriormente su uso y destino había sido para otros productos diferentes”. Indica asimismo que no se han aportado al expediente los controles efectuados en cada una de las áreas en que trabaja el interesado, incluido transporte, que ya solicitó en su escrito inicial.

- Que el Técnico de Prevención que efectúa el informe sobre prevención de riesgos carece de la capacitación necesaria para elaborarlo pues, “al tratarse de bacteroides fragilis, debe ser determinado dicho estudio por un especialista y perito en la materia”. Solicita, en consecuencia, que se realice un informe “por especialista habilitado en la materia”.

- No se han aportado los informes y pruebas médicas efectuados al reclamante por la Comunidad Autónoma.

OCTAVO.- El 10 de octubre de 2006, el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que el interesado no ha acreditado la necesaria relación de causalidad entre los daños alegados y el desempeño de su puesto de trabajo.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito que tiene entrada en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia el pasado 23 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.- Legitimación y plazo de reclamación.

1. Legitimación.

Se ha acreditado en el expediente la condición de parte interesada del reclamante, 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 relación con el artículo 31.1, a) de la misma Ley.

Los problemas de interpretación que la expresión “*los particulares*” pudo generar en el pasado, sobre la existencia o no de legitimación activa de los funcionarios públicos para reclamar indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración a la que sirven, han sido resueltos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina legal del Consejo de Estado, tal como se expone en nuestro Dictamen 75/1999, cuyas Consideraciones al respecto deben darse aquí por reproducidas. Del mismo modo, la posibilidad de que los funcionarios públicos planteen una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración a la que sirven, para resarcirse de unos determinados daños físicos o psíquicos padecidos con motivo del ejercicio de sus funciones y la compatibilidad de dicha indemnización con las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, han sido admitidas por el Consejo Jurídico en Dictamen 39/2003 y por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, singularmente, desde la sentencia de 12 de marzo de 1991, dictada por la Sala Especial de Revisión, reiterada posteriormente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencias de 17 de noviembre de 2000 y 29 de enero de 2004, entre otras.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Agricultura y Agua es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados a la falta de medidas de prevención en una dependencia de la misma.

2. Plazo para reclamar.

El artículo 142.5 LPAC establece que, en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización, si bien, en caso de daños personales de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

Para poder esclarecer si la reclamación se ha presentado dentro de dicho plazo es necesario realizar algunas precisiones previas. La primera de ellas es la de establecer cuál es el daño por el que se reclama. En efecto, de conformidad con el apartado segundo de la reclamación, el interesado afirma que, el 28 de febrero de 2005, se le diagnostica que tiene “bacteroides fragilis”, una bacteria contraída por manejar o estar en contacto con alimentos muertos, y padece hidrosadenitis, estando de baja por incapacidad temporal “a consecuencia de ello”, desde hace aproximadamente un año.

Si bien pudiera parecer que el hallazgo de la bacteria, producido el 28 de febrero de 2005, en el exudado de una herida, y la hidrosadenitis supurativa que padece el interesado, tienen una relación de causa-efecto, ésta no es posible establecerla con los documentos obrantes en el expediente. En primer lugar porque en ninguno de los informes médicos se afirma que la bacteria sea la causa de la enfermedad, la cual presenta, a 6 de abril de 2005, “años de evolución”, de conformidad con el informe del dermatólogo del Hospital General Universitario “Reina Sofía” que consta al folio 7 del expediente.

Además, en informe del mismo facultativo, éste de 17 de enero de 2006 (folio 5 del expediente), se vincula su proceso infeccioso crónico cutáneo con una leucocitosis y trombocitosis “*de posible etiología reactiva*” a aquél, afirmándose en otro informe, éste de 13 de junio de 2005, que “*el paciente presenta desde 1994 una leucocitosis*” (folio 38 del expediente).

De los datos expuestos, aunque no sepamos con precisión cuál es el momento en que se diagnostica la hidrosadenitis supurativa, sí que resulta evidente que no lo fue en febrero de 2005, fecha a la que únicamente cabría referir la detección de la bacteroides fragilis en el interesado. De ello se desprende que, puesto que no ha quedado plenamente establecida la relación entre la bacteria y el proceso infeccioso cutáneo, hay que determinar si el derecho a reclamar por uno y otro daño ha prescrito.

Respecto a la detección del agente infeccioso en el exudado de una herida, ha quedado acreditado que se realiza el 28 de febrero de 2005, sin que consten en el expediente datos que permitan anticipar dicho descubrimiento en el paciente. En consecuencia, respecto de este hallazgo, y en la medida en que pueda considerarse como daño, lo que se determinará más adelante, la reclamación, presentada el 27 de febrero de 2006, lo fue dentro del plazo de un año.

En relación con la hidrosadenitis, ha de considerarse su naturaleza crónica, en orden a determinar cuál es el *dies a quo* del plazo de un año que, para poder reclamar por ella, establece la LPAC. Y es que la cronicidad de la patología la convierte en un daño continuado, respecto del cuál es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquél 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, 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”*.

En el supuesto sometido a consulta no existen datos suficientes para establecer en qué momento fue diagnosticada la hidrosadenitis, ni el pronóstico que se le dio, por lo que el mero hecho de ser un mal *“crónico y difícilmente resolutivo”* (folio 6 del expediente) y tener ya años de evolución en abril de 2005, sin que el instructor haya intentado traer al procedimiento más datos acerca de aquellos extremos, no permiten entender prescrito el plazo para reclamar por ella.

Adviértase, además, que el momento de la aparición de la enfermedad no es cuestión baladí, pues el interesado comienza a prestar servicios en el C. en el año 2001, razón por la que el instructor debió, al menos, requerirle para que aportara al expediente un informe médico en el que se hiciera constar el primer diagnóstico de la enfermedad, dado que su existencia antes de su incorporación al referido centro –lo cual no resulta descabellado a la luz de la existencia de la leucocitosis ya en 1994 y la posible relación causal entre ésta y la hidrosadenitis que apunta el dermatólogo que la trata- habría sido determinante en la exclusión de cualquier nexo causal entre la patología cutánea y las condiciones de trabajo.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en términos generales, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

No obstante, sí ha de advertirse que la propuesta de resolución no responde a todas las cuestiones planteadas por el interesado, como exige el artículo 89.1 LPAC, pues ningún pronunciamiento contiene el expediente acerca de la solicitud formulada en el escrito inicial y luego reiterada con ocasión del trámite de audiencia, de obtener copia de la siguiente documentación: a) controles efectuados en cada una de las áreas en las que trabaja el reclamante, que luego precisará al área de transporte de alimentos; b) controles e informes del Comité de Seguridad y Salud, así como las medidas de prevención; c) informes y revisiones médicas efectuadas al reclamante por parte de la Administración; y d) informe elaborado por especialista.

La forma de hacer efectivo el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos es objeto de regulación en el artículo 37.7 LPAC, en cuya virtud, debe formularse petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración potestativa, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. A pesar de poder calificar como genérica la petición respecto de los documentos enumerados con las letras a, b y c, pues no se concretan e identifican suficientemente los documentos individuales sobre los que se pretende ejercer el acceso (no se precisa ni los informes y controles a que se refiere, ni las fechas o períodos en que se realizaron), lo cierto es que, en cualquier caso, debía haberse efectuado un pronunciamiento expreso estimando o desestimando dicha petición de acceso.

4. En relación con el informe del especialista a que se refiere el interesado en su escrito de alegaciones, más que acceder a un determinado expediente, lo que pretende el reclamante es proponer una prueba pericial. Tampoco resuelve el instructor acerca

de dicha propuesta. Como ya advirtiera el Consejo Jurídico en Dictamen 165/2003, el derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento no es omnímodo, y así lo ha entendido el legislador en el artículo 80.3 LPAC, al posibilitar al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, aunque, dada su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el ciudadano, rodee tal decisión de garantías. Tal carácter cabe predicar de la exigencia de una resolución expresa, garantía aparentemente formal pero que presenta evidentes repercusiones de índole 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.

Ningún pronunciamiento contiene el expediente acerca de la prueba propuesta. Este inmotivado rechazo de la prueba podría ser calificado de arbitrario y dar lugar a indefensión cuando, sin justificación expresa alguna, se impide al interesado traer al procedimiento elementos de juicio y pruebas que convienen a su defensa.

No obstante, y sin perjuicio de indicar que debería completarse la propuesta de resolución con un pronunciamiento motivado acerca de la prueba solicitada y no practicada, considera el Consejo Jurídico que no procede retrotraer las actuaciones para llevarla a efecto. Y es que el fundamento esgrimido por el interesado para solicitar la pericia es negar que el Técnico de Prevención que elabora el informe obrante a los folios 84 y siguientes del expediente, en el que se analiza la relación entre el trabajo desempeñado y el daño alegado, tenga “*titulación y especialidad*” suficientes, “*al tratarse de bacteroides fragilis*”, considerando que debe elaborarse el informe por “*un especialista y perito en la materia*”. Una vez más la falta de precisión y concreción en la formulación de la solicitud juegan en contra del interesado, quien debió al menos identificar la especialidad y titulación que él consideraba adecuada para informar acerca de la cuestión debatida, no pudiendo ser suplido por la propia Administración. Todo ello sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad de elegir él mismo al perito y aportar el informe al procedimiento, lo que no hizo.

Pero es que, además, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales al que pertenece el funcionario informante y cuyo responsable hace suyo el informe al otorgarle su visto bueno y conforme, es competente para ilustrar al instructor acerca de si la enfermedad alegada por el interesado pudo tener su causa en el desempeño de sus funciones en el puesto de trabajo, es decir, en la materialización de un eventual riesgo para la salud del trabajador derivado de las condiciones de trabajo. Apoyan esta afirmación las funciones que le atribuye el Decreto 32/2006, de 21 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda, cuyo artículo 65.1, letra b) le asigna el “asesoramiento, asistencia y apoyo en materia de prevención de riesgos laborales a los órganos y unidades de la Administración Regional, a los empleados públicos y a sus representantes”, en relación con el artículo 31.3, letra f) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que otorga a los servicios de prevención la función de asesoramiento y apoyo a la empresa, en lo referente a la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.

Todo ello sin olvidar que otra funcionaria del Servicio de Prevención, la médica encargada de la vigilancia de la salud de los trabajadores, también emite informe que ratifica las conclusiones alcanzadas por el Técnico de Prevención.

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, establecen 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.

Como ya se expuso en la Consideración Segunda de este Dictamen, la relación causa-efecto entre el bacteroides fragilis y la hidrosadenitis supurativa grave no queda acreditada en el expediente. A pesar de ello, la reclamación se fundamenta en la detección de la bacteria en febrero de 2005 y todo su razonamiento orbita en torno a la afirmación de que el interesado adquirió la bacteria durante el desarrollo de su labor como Auxiliar de Internado en el C., a resultas de lo cual desarrolló su enfermedad.

Esa desconexión entre bacteria y afección cutánea permitiría limitar el alcance del daño alegado a la mera existencia del aludido germen en el organismo del reclamante, lo que nos obligaría a determinar si esa presencia es en sí misma un daño, pues no se ha probado que la bacteria le haya producido consecuencias negativas para su salud, más allá de la infección de la herida, cuya localización y etiología se desconocen, en cuyo exudado se detectó el bacteroides fragilis.

No obstante, los informes técnicos elaborados a requerimiento del instructor no descartan la posibilidad de que la hidrosadenitis fuera debida a la infección por bacteroides fragilis. En este sentido, la ubicación de la infección cutánea en la zona perineal y glúteos es habitual en los procesos infecciosos debidos al referido germen, al ser éste componente habitual de la flora bacteriana del intestino grueso y suele aparecer *“en infecciones de heridas u operaciones cercanas a la zona anal o perineal, por haberse propagado desde el propio interior del intestino del individuo afectado”* (informe del Técnico de Prevención de la Dirección General de la Función Pública, folio 85 del expediente). La médica responsable de vigilancia de la salud del Servicio de Prevención, dependiente de la misma Dirección General, tampoco descarta expresamente la vinculación entre la tantas veces citada bacteria y la hidrosadenitis, e incluso parece admitirla tácitamente pues, tras negar la exposición del trabajador al germen, refuerza tal afirmación razonando que no se ha producido mejoría clínica del proceso (cabe entender que se refiere a la afección cutánea) a pesar de estar apartado de su puesto de trabajo durante un año.

Sólo por esta vía de tácita aceptación de la vinculación existente entre bacteroides fragilis e hidrosadenitis podría llegar a identificarse el daño acreditado con esta última,

como una consecuencia de la infección por el agente patógeno. No obstante, ya se ha dicho que tal relación causa-efecto no ha sido debidamente establecida mediante la aportación de una prueba médica adecuada y suficiente.

QUINTA.- Ausencia de relación causal entre el daño alegado y la prestación de servicios laborales por el interesado.

Como ya quedó expuesto en Consideraciones precedentes, los artículos 106.2 CE y 139 LPAC, configuran 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 que ostenta sobre los edificios e infraestructuras necesarias para su prestación, 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 o sus trabajadores 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.

Es necesario, por tanto, hallar un título de imputación que permita vincular el resultado dañoso con la actuación administrativa. De conformidad con el escrito inicial de reclamación, el interesado considera que el trabajo desempeñado para la Administración ha sido la causa de contraer la bacteroides fragilis que, a su vez, ha desencadenado el cuadro clínico que presenta. De ahí que el título de imputación que permite conectar el servicio público con el daño parece ser la omisión, por parte de la Administración regional, de las obligaciones que en materia de prevención de riesgos laborales le impone la legislación laboral. Sin embargo, esta imputación no es desarrollada por el interesado, pues no concreta qué medidas de prevención han sido omitidas.

Se limita el reclamante a afirmar que en la Evaluación Inicial de Riesgos del centro, en el apartado referido a las conclusiones de la evaluación subjetiva, se contemplan como elementos peor valorados el riesgo de enfermedad profesional y la presencia de contaminantes biológicos, siendo estos extremos contradictorios con los informes traídos al procedimiento en los cuales se niega que exista dicho riesgo.

Debe advertirse que la “evaluación subjetiva” atiende al resultado de encuestas realizadas al personal, en las que éste expresa su opinión personal acerca de su puesto de trabajo. Ahora bien, los datos que arroja esta evaluación, necesariamente general y que atiende a las opiniones vertidas por 14 empleados del centro, no pueden ser extrapolados a todos los puestos de trabajo del C., pues las funciones de cada uno de ellos pueden resultar absolutamente diferentes. Así, por ejemplo, es evidente que no existe el mismo riesgo de exposición a agentes biológicos para el personal de la explotación ganadera, que para el personal Auxiliar de Internado. De ahí las diferencias existentes entre los

resultados de la evaluación subjetiva, necesariamente inespecíficos y no discriminados en función del tipo de puesto, y las afirmaciones contenidas en los informes técnicos, específicamente relacionados con las funciones desempeñadas por el interesado y que son coherentes con los riesgos que, para el colectivo a que aquél pertenece, identifica la evaluación objetiva por puestos de trabajo (folios 200 y 201 del expediente), entre los cuales no se encuentra el de la exposición a agentes biológicos.

Y es que ante la absoluta ausencia de actividad probatoria del interesado, a quien correspondía el *onus probandi*, de conformidad con la reglas sobre distribución de carga de la prueba, hoy positivizadas en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Administración ha desplegado un esfuerzo probatorio que permite considerar acreditados los siguientes extremos:

a) El puesto de trabajo del interesado, en la evaluación de riesgos laborales, no tiene identificado como riesgo específico el de exposición a o contaminación por agentes biológicos.

b) Las funciones realmente desempeñadas por el interesado se ajustan a las propias de su puesto de trabajo, no teniendo contacto con animales o alimentos muertos, no estando expuesto al bacilo de constante referencia.

c) La enfermedad tiene un origen no laboral. Así lo consideran tanto la médica del Servicio de Prevención que reconoce al interesado como el especialista de zona que está tratando su infección, quien *“refiere específicamente que la enfermedad padecida por el empleado público no está relacionada con la actividad laboral desempeñada por el mismo”* (folio 88 del expediente).

Cabe en definitiva, de conformidad con la propuesta de resolución que pone fin a la instrucción del procedimiento, concluir que no ha quedado acreditada la necesaria relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, por lo que procede la desestimación de la reclamación.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución en cuanto desestima la reclamación, al no apreciar la existencia de nexo causal entre la prestación de servicios laborales a la Administración y el daño alegado, si bien debiera haberse completado con las determinaciones señaladas en la Consideración Segunda, 3 y 4, de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá

DICTAMEN 180/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a E. J. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 27/11/06

Extracto de Doctrina

Por lo que se refiere a la alegada infección nosocomial, el criterio jurisprudencial sobre la carga de la prueba en estos específicos casos es que la Administración debe acreditar el cumplimiento de los estándares de exigencia para la prevención de tales infecciones (normalmente plasmados en los correspondientes protocolos), en especial cuando de modo específico se alegan presuntas deficiencias al respecto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 17 de julio de 2001, D. M. J. F. T., en representación de D. E. G. M. y D. S. y D. T. M. G., dirigió al INSALUD, entonces el organismo competente, un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de D. T. M. R. (se presume que esposo y padre, respectivamente, de los reclamantes, aun cuando ello no consta en el expediente) el día 26 de julio de 2000 en el Hospital “*Nuestra Señora del Rosell*”, de Cartagena, y que imputan a un anormal funcionamiento de la Administración sanitaria.

En síntesis, afirman que el 22 de junio de 2000 dicho señor ingresó en el Servicio de Urgencias del citado Hospital por dolor abdominal difuso, quedó después ingresado en el Servicio de Medicina Digestiva por inflamación aguda de la vesícula biliar (colecistitis aguda) y secundaria a pequeños cálculos biliares y acúmulos de bilis, con cultivos positivos para el germen “*Escherichia coli*”, elevación de bilirrubina, transaminasas, enzimas hepáticas de colestasis e importante leucocitosis. El paciente había informado al centro que padecía arritmia cardíaca crónica, hernia hiatal por deslizamiento, úlcus gástrico y esófago de Barret con episodio de HDA.

Desde su ingreso se le realizan diferentes pruebas y recibe tratamiento con sueros glucosados y salinos, antibióticos de amplio espectro con cobertura bacteriana, protectores gástricos, analgésicos y antiarrítmicos. La evolución clínica es favorable, ya que desaparece la fiebre y se inicia tolerancia oral a líquidos el día 23, empezando con dieta blanda el día 24 de junio. El día 26 se le retiran los sueros y se deja una vía venosa canalizada para administrar los antibióticos, es decir, el paciente mejoraba. En la hoja de comentarios médicos del día 24 de junio está escrito el informe de la radiografía de tórax en el que se observa cardiomegalia y un infiltrado intersticial en la base del pulmón derecho (el paciente padece posteriormente un derrame pleural en el lado derecho). El día 5 de julio se recibe análisis de sangre solicitado por el médico de planta, y en él se determina la existencia de una enfermedad hematológica crónica o síndrome mieloproliferativo crónico definido como leucemia mieloide crónica. La doctora de hematología entiende que no está indicado realizar una punción medular dada la estabilidad del cuadro clínico y no contraindica la intervención quirúrgica. Recomienda revisiones en consulta externa de hematología

cuando sea dado de alta. El día 6 de julio, tras catorce días ingresado en planta, se reseña en la historia que el paciente padece cuadro catarral con expectoración blanquecina, sin fiebre. Es trasladado el día 9 de julio de 2000 al Servicio de Cirugía, para intervención programada de extirpación de la vesícula biliar, siendo intervenido el día 10 de julio. A partir de esa fecha, el paciente no recibe medicación alguna antiarrítmica, ni se realiza medición de la frecuencia cardíaca. Tiene en el postoperatorio inmediato, el día 10 de julio, un pico febril de 38°8', sin que se extrajeran hemocultivos ni le pautaran antibióticos.

El día 12 por la mañana se deja en dieta absoluta al paciente por vómitos y por la noche el cirujano de guardia indica colocar una sonda nasogástrica, por la que sale gas y contenido gástrico oscuro. La mañana del día 14 de julio comienza a beber un poco de agua y el día 15 se comienza con nutrición parenteral por una vía venosa periférica. Estando en esta situación de dieta sólida, el 16 de julio se le suministra desayuno y comida sólida, pese a la insistencia de la familia en que debía de tratarse de una equivocación. Todo ello viene a demostrar, una vez más, la falta de atención con la que se estaba llevando al paciente.

El día 21 de julio es intervenido de nuevo, sin que conste ningún comentario de la causa que motivó esta nueva intervención. El paciente firma la hoja del consentimiento informado en el lugar de la denegación del consentimiento, lo que prueba nuevamente la falta de atención que se ha llevado en su seguimiento. En el transcurso de esta intervención consta un episodio de taquicardia que ha puesto en peligro la vida del paciente y que obliga a administrar un fármaco antiarrítmico. Hasta ese momento, en el Servicio de Cirugía Digestiva no se ha tenido en cuenta la arritmia crónica del paciente, ni se le ha dado medicación alguna para ello. El mismo día de la cirugía se le cambia vendaje por pérdida de líquido ascítico. En el protocolo de intervención quirúrgica, muy escueto, no consta que exista ascitis. El día 23 de julio, en el comentario de enfermería de la tarde, está escrito que el apósito está manchado de líquido purulento.

El día 26 de julio se escribe que el paciente está *“algo fatigoso”* y se pide radiografía de tórax. Ese mismo día, a las 13:30 horas, se observa aumento de la dificultad respiratoria y se solicita evaluación urgente del Servicio de Neumología. En el parte de interconsulta consta: *“avisan por disnea de varios días de evolución que se intensifica bruscamente en las últimas dos horas”*. Además de disnea, el enfermo se encuentra desorientado y con ortopnea. No presenta dolor torácico, tos ni fiebre. En la exploración física se ausculta abolición del murmullo vesicular en la base pulmonar derecha, sin datos de broncoespasmo, crepitantes ni otras alteraciones. Se realiza toracocentesis de 1200cc, obteniendo un líquido serofibrinoso. En la radiografía de torax destaca el derrame pleural derecho y la presencia de broncograma aéreo, dato característico de infiltrado pulmonar por neumonía.

El mismo día 26 de julio a las 15:30 horas ingresa en la UVI. En el informe que se aporta se hace constar que la familia refiere encontrar al paciente más disneico durante los tres últimos días y con disminución del volumen urinario. En la exploración física descrita en el momento de ingresar en la UVI destaca disnea y taquipnea con palidez de piel y mucosas, rasgos de gravedad manifiesta, hipotensión e hipoventilación en la base derecha; abdomen distendido. En la radiografía de tórax se aprecia veladura en la base pulmonar derecha. En el ECG, fibrilación auricular con respuesta ventricular a 105 ppm. Más tarde sufre un brusco empeoramiento y, al colocarle una sonda nasogástrica, sale sangre roja, indicativo de una hemorragia activa, causa principal del fallecimiento, consecuencia de la neumonía basal derecha nosocomial.

Lo anterior lleva seguidamente a los reclamantes a centrar las imputaciones de deficiente asistencia sanitaria, o anormal funcionamiento del servicio, en estos extremos: 1º) inadecuado seguimiento y tratamiento de los síntomas catarrales del paciente; 2º) injustificada suspensión de la medicación antiarrítmica; 3º) inadecuado tratamiento del pico febril tras el postoperatorio de la segunda intervención, con administración de fármacos que enmascaran la fiebre; 4º) no se advierte el progresivo aumento de leucocitos que se manifiesta en las sucesivas analíticas; 5º) no se explicó a la familia la razón de la segunda intervención quirúrgica, firmando el paciente la hoja de consentimiento en el apartado de revocación del mismo; 6º) inadecuado seguimiento y tratamiento de la dificultad respiratoria en los tres últimos días de estancia, avisando al neumólogo demasiado tarde (el día en que luego fallecería el paciente).

Todo lo anterior *“evidencia que no han sido tenidos en cuenta una serie de datos que ponían de relieve que el paciente se había contagiado de una neumonía en el centro hospitalario, puesto que estos síntomas aparecen el día 6 de julio. En la radiografía tórax, aparte del derrame pleural derecho se observa una veladura del lóbulo inferior derecho y broncograma aéreo, que son datos compatibles con un infiltrado neumónico. Las características organolépticas y analíticas del líquido pleural son compatibles con un derrame secundario a neumonía. El hecho de que el cultivo sea negativo no tiene valor, puesto que el paciente estaba con tratamiento antibiótico a dosis de Augmentine 1 gramo intravenoso cada ocho horas”*. Ello, según los reclamantes, *“ha llevado a que el día 26 por la mañana el paciente sufra ya una situación irreversible que determine el fallecimiento por una hemorragia digestiva alta como consecuencia de la neumonía basal nosocomial”*.

Concluyen solicitando una indemnización de doce millones de pesetas para el cónyuge viudo y cinco millones de pesetas para cada uno de los dos hijos del fallecido, además de que se requiera del Hospital la historia clínica antes de que se le soliciten los informes que procedan, para evitar con ello una posible manipulación de la misma.

SEGUNDO.- Incoado el oportuno procedimiento por el INSALUD, se requieren los antecedentes al Hospital e informe del Servicio correspondiente, siendo atendido tal requerimiento mediante oficio de 10 de septiembre de 2001, del Director Gerente de Atención Especializada, al que adjunta el parte interno de reclamación debidamente cumplimentado, copia compulsada de la historia clínica e informe del Jefe del Servicio de Cirugía del citado Hospital, sin fecha, que expresa lo siguiente:

“El paciente D. T. M. R., de 78 años (es un error, debe decir 72) ingresó en la sección de Digestivo el 22/06/01 (debe decir “00”, que corregimos también en el resto de la transcripción), trasladándose a este servicio de cirugía general el día 9/07/00, para intervención programada de Colectectomía, una vez hubo cedido el cuadro clínico de urgencia que precisó 16 días de tratamiento en dicha sección, encontrándose en ese momento asintomático. El diagnóstico de inicio con el que parte este enfermo es:

- Síndrome mieloproliferativo crónico.*
- Colectitis por colelitiasis con hemocultivo positivo a E. coli a su ingreso.*
- Esofagitis péptica grado IV. Esófago de BARRET.*
- Gastritis crónica astral.*

Tras haberse informado a la familia del riesgo operatorio y siendo aceptado éste, fue intervenido el día 10/07/00, realizándose Laparotomía subcostal derecha hallándose vesícula con cálculos blandos en su interior y barro biliar. Se efectúa colangiografía intraoperatoria transcística que es normal y colecistectomía según técnica habitual, no objetivándose ninguna otra patología. El informe de A. Patológica de la pieza es de colecistitis crónica.

El postoperatorio, exceptuando el primer día que cursa con fiebre, algo que se produce con normalidad debido a la reabsorción, el resto del curso es afebril.

En este caso sólo está indicado la profilaxis antibiótica preoperatorio y antitrombótica ya que se trata de cirugía limpia.

Durante el postoperatorio presenta íleo que en un principio se tildó como funcional, con niveles de intestino delgado en la radiografía simple de abdomen, en el noveno día de postoperatorio existía algún tránsito, por lo que se realiza prueba de tolerancia oral que no se produce. No se presentan durante este curso problemas cardiacos ni sépticos.

El día 21/07/00 ante la persistencia, pese al tratamiento conservador, del íleo intestinal se decide intervención quirúrgica exploratoria, lo cual se le plantea al paciente y a la familia, siendo aceptada (la firma en la revocación es un error del paciente, que no fue tenido en cuenta al existir el consentimiento verbal).

En esta reintervención que se realiza por Laparotomía media supraumbilical, se objetiva obstrucción mecánica adherencial en yeyuno a unos 60 cm. del ángulo de TREITH realizándose lisis adherencial no hallando ninguna otra patología. Posteriormente y al finalizar la intervención es informada la familia de los hallazgos operatorios.

En este postoperatorio y dado su problema cardiológico colabora en su control la sección de cardiología, para la cual realiza tratamiento específico de su arritmia, que es controlada. Al tercer día comienza con insuficiencia cardio-respiratoria por proceso neumónico basal derecho que es tratado en esta planta de cirugía hasta el día 26/07/00 que sufre empeoramiento, por lo que es trasladado a UCI, presentando en su curso evolutivo cuadro de shock hemorrágico por hemorragia digestiva alta, que a pesar del tratamiento oportuno no consigue remontar siendo exitus”.

De la historia clínica, debe destacarse el informe de alta por fallecimiento emitido por el Servicio de Medicina Intensiva el 26 de junio de 2000 en el que, tras exponer los antecedentes del tratamiento dispensado en los Servicios de Aparato Digestivo, de Cirugía y en el propio, señala lo siguiente:

“DIAGNÓSTICO PRINCIPAL:

**HEMORRAGIA DIGESTIVA ALTA.*

DIAGNÓSTICOS ASOCIADOS:

**SHOCK HEMORRÁGICO.*

**ANEMIA AGUDA POSTSHEMORRAGIA DIGESTIVA ALTA.*

**INSUFICIENCIA RESPIRATORIA AGUDA.*

- *PROBABLE NEUMONÍA BASAL DERECHA NOSOCOMIAL.*
- *DERRAME PLEURAL DERECHO.*
- *FIBRILACIÓN AURICULAR CON RESPUESTA VENTRICULAR RÁPIDA.*
- *COLECISTITIS CON COLELITIASIS.*
- *OBSTRUCCIÓN INTESTINAL POR ADHERENCIAS.*
- *ESTADO CONVALECENCIA POSTOPERATORIA.*
- *HERNIA HIATAL POR DESLIZAMIENTO.*
- *ESÓFAGO DE BARRET NO CONFIRMADO ANATOMOPATOLÓGICAMENTE.*
- *ULCUS GÁSTRICO.*
- *ESOFAGITIS EROSIVA DE CUERPO Y SACO HERNIARIO.*
- *SÍNDROME MIELOPROLIFERATIVO CRÓNICO.*
- *PARADA CARDÍACA.*
- *ALERGIA A CAFEÍNA.*

PROCEDIMIENTOS:

- *Colecistectomía.*
- *Laparotomía exploradora.*
- *Liberación de adherencias.*
- *Toracocentesis.*
- *Transfusión concentrados hematíes.*
- *Obtención PVC.*
- *Ventilación mecánica (horas).*
- *Monitorización.*
- *RCP”.*

TERCERO.- Solicitado a la Inspección Médica informe sobre la reclamación presentada, es emitido el 8 de octubre de 2001, en el que, tras analizar algunas de las imputaciones realizadas en el escrito de reclamación, concluye lo siguiente:

“1.- El paciente de 72 años es portador de múltiples patologías entre las que destacan, por su gravedad, HDA por ulcus, esófago de Barret y hernia hiatal más arritmia completa por fibrilación auricular.

2.- Es ingresado en el Hospital Santa María del Rosell por cuadro de dolor abdominal y fiebre. Tras estudio es diagnosticado de colecistitis, colelitis con microcálculos y barro biliar más bacteriemia por E. Coli.

3.- Tras ser estabilizado de sus diferentes cuadros patológicos más la existencia de un síndrome mieloproliferativo crónico tipo leucemia mieloides, y estando asintomático, pasa a Cirugía General para ser intervenido.

4.- *Es informado de los riesgos operatorios, aceptando el paciente y familiares la operación, que se realiza el día 10 de julio. Anatomía patológica confirma los diagnósticos de presunción preoperatorios.*

5.- *En el postoperatorio presenta un flegmón por adherencias que son lisadas en una segunda intervención practicada mediante laparotomía exploratoria, de la que es informado el paciente y familia de manera previa y posterior.*

6.- *Durante el postoperatorio se desencadena un cuadro de shock hemorrágico relacionado con sus graves patologías digestivas preexistentes y un rápido deterioro de su estado de salud que le conducen al éxitus el día 26 de julio, a pesar de las medidas de reanimación.*

7.- *Durante todo el proceso, a juicio de este inspector médico, y a la vista de la información disponible en el presente expediente, se ha actuado por parte de los distintos profesionales implicados en la asistencia del paciente con la debida diligencia, poniendo a disposición del enfermo cuantos medios diagnósticos y terapéuticos han sido necesarios. No se puede, por tanto, relacionar el fallecimiento del enfermo con falta de diligencia profesional, sino que el mismo se ha debido a las graves patologías de las que era portador a su ingreso y durante su estancia hospitalaria”.*

CUARTO.- La Comisión de seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil existente en el INSALUD, acordó el 22 de noviembre de 2001 que procedía desestimar la reclamación presentada. Así se hace constar en el oficio de 21 de diciembre de 2001 del Subdirector General de Inspección Sanitaria, al que acompaña el informe emitido por el perito de la compañía aseguradora, médico especialista en cirugía general y aparato digestivo del Hospital Universitario “Gregorio Marañón”.

En dicho informe, el citado facultativo, tras exponer los antecedentes y sus consideraciones sobre la leucemia mieloide crónica, las neumonías y las hemorragias digestivas en pacientes con insuficiencia respiratoria, concluye lo siguiente:

“•El enfermo acudió a Urgencias por presentar una colecistitis aguda ingresándosele en el servicio adecuado.

•El tratamiento indicado en el Servicio de Digestivo es el correcto y habitual para esta patología en la mayoría de los hospitales.

•La historia clínica está debidamente cumplimentada con anotaciones diarias de los acontecimientos más importantes que iban transcurriendo en el curso de la enfermedad.

•Durante su ingreso, se descubre que el enfermo presenta otras graves enfermedades, entre la que destaca una leucemia mieloide crónica.

•Una vez estabilizada la enfermedad que motivó su ingreso, por urgencias se consulta con el Servicio de Cirugía para tratamiento diferido de la colecistitis. Actuando de acuerdo con la práctica habitual de la mayoría de los Hospitales.

•El documento de consentimiento informado para la intervención de colecistectomía esta debidamente firmado por el enfermo.

•La intervención se produce en tiempo y forma correcta, siguiendo una de las técnicas habituales para la patología que presentaba el enfermo.

•Durante el postoperatorio se hace un correcto seguimiento del enfermo, con anotaciones diarias en las gráficas de constantes, seguimiento y órdenes de tratamiento.

•El enfermo presentó un cuadro de obstrucción intestinal en el postoperatorio precoz que fue diagnosticado y tratado de manera correcta por parte de los facultativos que le atendieron.

•El enfermo firma el documento de consentimiento informado para esta segunda intervención.

•En el postoperatorio de la segunda intervención el enfermo sufre una neumonía de base derecha. El diagnóstico, las interconsultas y el tratamiento fue el correcto para este tipo de patologías.

•El enfermo presentó posteriormente un cuadro de shock hipovolémico por hemorragia digestiva aguda que sin duda estuvo en relación con las importantes patologías de base que presentaba en el momento del ingreso.

•Nuevamente los facultativos actúan de manera diligente contactando con los especialistas oportunos y trasladando al enfermo a una unidad de cuidados intensivos. El enfermo fallece a pesar de las medidas de soporte que se instauraron en esta unidad.

•En todo momento los especialistas que le atendieron lo hicieron con la debida diligencia, aplicando la “Lex artis ad hoc”, sin que en su actuación existan indicios de falta de oportunidad para el enfermo”.

QUINTO.- Otorgado a los reclamantes el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, el 22 de abril de 2002 presentan un escrito en el que dejan sin efecto a partir de esta fecha la representación en su día otorgada, así como un segundo escrito con alegaciones en defensa de lo sostenido en su escrito inicial y para rebatir lo informado por los anteriores facultativos, incidiendo, en lo sustancial, en los mismos extremos en su día alegados, añadiendo dos cuestiones: a) que consideran que la hemorragia digestiva fue causada por la recolocación al paciente, por parte de un ATS y sin consultar con el médico de guardia, de la sonda nasogástrica que llevaba y que se le había desprendido en la madrugada del día 24 al 25 de julio, cuando el enfermo llevaba ya varios días sin expulsar nada por dicha sonda, y sin embargo al retirársela definitivamente el día 25 apareció manchada de sangre, si bien nada de ello se refleja en las hojas de evolución de los cuidados; b) además, señalan la situación generalizada de falta de higiene del hospital, con zonas en obras, incluso en la zona de salida de los quirófanos, y sin aislar debidamente al enfermo.

SEXTO.- En escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) presentado el 21 de mayo de 2004, los reclamantes solicitan la resolución expresa de su reclamación.

SÉPTIMO.- El 12 de diciembre de 2005, la instructora del SMS, organismo ya competente al efecto, formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar, en síntesis, que, conforme expresan los informes médicos evacuados en el procedimiento, no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica en la asistencia al paciente, que falleció debido a las complicaciones derivadas de las importantes patologías que le aquejaban.

OCTAVO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 15 de junio de 2006 se 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.- Competencia, legitimación y plazo.

I. Es competente para tramitar y resolver el presente procedimiento la Administración regional (Servicio Murciano de Salud y Consejería de Sanidad, respectivamente), en virtud del correspondiente traspaso competencial en materia de asistencia sanitaria (servicios del INSALUD en la Región de Murcia).

II. Los reclamantes fundan su legitimación en su condición de esposa e hijos del fallecido, pero no lo acreditan en el expediente remitido. Debe subsanarse tal deficiencia mediante el oportuno requerimiento, a realizar junto al otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia que habrá de concederse, por las razones que seguidamente se indicarán.

III. La reclamación está interpuesta en el plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), pues el fallecimiento del paciente se produjo el 26 de julio de 2000 y la reclamación se presentó el 17 de julio de 2001.

TERCERA.- Procedimiento.

En relación con la instrucción del procedimiento, se advierte la necesidad de completarla con la solicitud de informes complementarios al Hospital y a la Inspección Médica, de forma análoga a lo que este Consejo Jurídico señaló en sus Dictámenes 175/2003, en relación con el 39/2005, y 206/2003 en relación con el 10/2005.

En efecto, como en los casos allí analizados, la reclamación que nos ocupa, entre otras alegaciones y por lo que ahora interesa, formula una doble imputación de anormal funcionamiento del servicio sanitario regional: a) por la infección nosocomial (neumonía basal nosocomial), y b) por la tardanza en la detección y tratamiento de la neumonía, que supuso la importante insuficiencia respiratoria y el agravamiento del estado del paciente.

A) Por lo que se refiere a la alegada infección nosocomial, en los citados Dictámenes se desarrolló extensamente el criterio jurisprudencial sobre la carga de la prueba en estos específicos casos, en el sentido de que la Administración debe acreditar el cumplimiento de los estándares de exigencia para la prevención de tales infecciones (normalmente plasmados en los correspondientes protocolos), en especial cuando de modo específico se alegan presuntas deficiencias al respecto, como hacen los reclamantes. Por su parte, el informe del facultativo de la compañía aseguradora concluye que el paciente contrajo neumonía tras la segunda intervención quirúrgica, debiendo determinarse en la instrucción si la alegada infección nosocomial es imputable o no a un anormal funcionamiento del servicio sanitario, en los términos desarrollados en los citados Dictámenes, a los que en este punto nos remitimos para evitar reiteraciones.

Ello es aún más necesario si se advierte que la Inspección Médica no trata esta imputación en su informe, sin que la instructora le haya requerido la oportuna ampliación del mismo (como sí acordó en el procedimiento objeto del Dictamen 175/2003, en que requirió a dicha Inspección para que precisase la incidencia de la infección nosocomial en la evolución y fallecimiento del paciente, vid. Antecedente Quinto de dicho Dictamen). En el presente caso, el informe de la Inspección Médica concluye afirmando escuetamente que el fallecimiento se produjo debido a las graves patologías de las que era portador el paciente a su ingreso “y durante su estancia hospitalaria”, con lo que dicho informe no cumple adecuadamente en este punto la esencial función instructora que ha de tener, considerando el cualificado parecer de la Inspección Médica, según viene reiterando el Consejo de Estado y demás doctrina consultiva.

Todo ello, pues, requiere solicitar de los correspondientes servicios del Hospital un informe que aborde tanto las concretas imputaciones de los reclamantes sobre las circunstancias en que aquél se encontraba como, en general, sobre los protocolos o medidas previstas y las efectivamente adoptadas en la fecha de la asistencia sanitaria de que se trata, dirigidas a la prevención de infecciones hospitalarias.

B) En lo que atañe a la imputación sobre la tardanza en el diagnóstico y tratamiento de la neumonía nosocomial del paciente, tampoco tiene el informe de la Inspección el grado de análisis requerido para considerar que ha cumplido con su necesaria finalidad ilustrativa, específicamente en lo que atañe a las afirmaciones consistentes en que, tras la segunda intervención quirúrgica, no se realizó al paciente prueba alguna sobre su dificultad respiratoria y que la interconsulta al Servicio de Neumología llevó a cabo el mismo día del fallecimiento, cuando el enfermo llevaba tres días con insuficiencia respiratoria. En este sentido, se requiere que el informe de la Inspección contenga un verdadero análisis sobre la adecuación o no a la *lex artis* del seguimiento del paciente en este punto. Aun cuando en esta específica imputación la carga de la prueba recaiga esencialmente en el reclamante (cuya ausencia de informe pericial médico que avale sus imputaciones de mala praxis será valorada al finalizar la completa instrucción del procedimiento), ello no enerva en modo alguno el deber de la Administración de pronunciarse al respecto con un mínimo grado de detalle, y lo cierto es que ni el informe del Servicio de Cirugía, en el que estaba ingresado el paciente en aquel momento (meramente descriptivo en este punto), ni el de la Inspección Médica resultan ilustrativos a estos efectos (vid. las escuetas y genéricas contestaciones del informe de la Inspección a las cuestiones números 6 y 8 analizadas en la parte de “juicio crítico” de tal informe).

Por otra parte, a lo anterior se une el hecho de que la explicación-justificación que ofrece la propuesta de resolución sobre la corrección de la actuación sanitaria en este concreto punto no resulta adecuada ni justificada. La propuesta identifica los problemas respiratorios del paciente con las taquiarritmias (“problemas respiratorios, en concreto taquiarritmias”, Considerando Décimo, penúltimo párrafo) y que, al ser tratadas éstas con la oportuna medicación, se dió un correcto tratamiento a dichos problemas, razonamiento que no viene apoyado en informe médico alguno.

Por las razones expuestas, no puede considerarse que se hayan realizado los actos de instrucción necesarios para la determinación, reconocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (artículo 78.1 LPAC). Al resultar sustancialmente incompleta la instrucción realizada, procede retrotraer el procedimiento a la fase instructora y recabar los informes a que se ha hecho referencia, tras lo cual habrá de otorgarse a los interesados (reclamante y compañía aseguradora) un

nuevo trámite de audiencia, y formularse nueva propuesta de resolución, que habrá de remitirse a este Consejo Jurídico para su preceptivo Dictamen.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe requerirse a los reclamantes que acrediten los extremos de hecho (parentesco) en que se basa la legitimación que ampara su pretensión resarcitoria, en los términos expresados en el epígrafe II de la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Deben realizarse los actos de instrucción señalados en la Consideración Tercera: a) solicitud de informe al Hospital sobre los protocolos y medidas de prevención de infecciones nosocomiales, en general, y sobre las concretas deficiencias alegadas por los reclamantes; y b) a la vista del anterior, un informe complementario de la Inspección Médica sobre la existencia, causas, tratamiento seguido y, en su caso, incidencia de la alegada infección hospitalaria (neumonía nosocomial) en el fallecimiento del paciente.

TERCERA.- Por las razones anteriores, procede retrotraer el procedimiento a la fase instructora, practicar los trámites indicados y, en su momento, remitir las actuaciones realizadas y la nueva propuesta de resolución a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo de la reclamación presentada.

No obstante, V.E. resolverá..

DICTAMEN 181/06.- Revisión de oficio de Acuerdo de 2 de febrero de 2006 de la Junta Electoral sobre proclamación de candidato a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena.

Consultante : Consejero de Turismo, Comercio y Consumo (2004)

Fecha: 05/12/06

Extracto de Doctrina

Dice el artículo 62.1, f) LPAC que son nulos de pleno derecho los actos “contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, como ya ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes números 53/98, 3/99, 118/03, entre otros).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El BOE de 8 de agosto de 2005 publicó la Orden del Ministerio de Industria Comercio y Turismo ITC/2579/2005, de 29 de junio, por la que se declaraba abierto el proceso electoral para la renovación íntegra de los Plenos de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y la posterior constitución de su Consejo Superior, declarándolo así el apartado primero de dicha Orden, que expresamente dice que dicho proceso quedará abierto el día 1 de septiembre de 2005 y finalizará el día 15 de julio de 2006.

El apartado segundo de la citada Orden, sobre exposición del censo electoral, establece que, diez días después de abierto el proceso electoral, las diferentes Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación deberán exponer y hacer públicos sus respectivos censos durante el plazo de treinta días naturales, conforme a lo establecido en el artículo 17.2) del Real Decreto 813/1990, de 22 de junio.

El apartado tercero de la misma Orden, tras declarar que corresponde a las Comunidades Autónomas convocar las elecciones en sus ámbitos territoriales, establece que, transcurridos los plazos a que se refiere el artículo 17.2 del Real Decreto 816/1990, de 22 de junio, y los determinados para resolver los recursos de alzada interpuestos ante las Administraciones tutelantes, éstas procederán a convocar las elecciones, teniendo en cuenta la fecha límite prevista en el apartado primero de dicha Orden.

El 22 de septiembre de 2005 el Secretario General de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena remitió a la Dirección General de Comercio y Artesanía (Consejería de Turismo, Comercio y Consumo) una copia del censo electoral revisado de dicha Cámara, aprobado por su Comité Ejecutivo el 1 de septiembre anterior, manifestando que el mismo es el que se halla expuesto en la sede de la corporación y en sus delegaciones. El 3 de noviembre de 2005 remitió a igual destino una copia del censo electoral, modificado de oficio en sesión del comité ejecutivo de la corporación celebrado el 28 de octubre, para incluir aquellos electores que, según dice, se ha podido constatar que se habían quedado fuera del mismo. Adjuntó copia del censo en soporte magnético.

SEGUNDO.- Por Orden de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo de 2 de enero de 2006 se convocaron elecciones para la renovación de los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia (BORM nº 545, de 9 de enero de 2006), una vez transcurridos los plazos mencionados en la Orden ministerial antes citada. Mediante oficio de fecha 19 de enero de 2006, el Secretario de la Cámara de Cartagena dirigió una consulta a la Junta Electoral sobre las cuatro vocalías aplicadas a la representación de grandes empresas de más de 250 trabajadores (Categoría B. Grupo X. Grandes Empresas), consulta que fue contestada en la sesión de la Junta Electoral del día 20 de enero de 2006, con mención expresa de lo establecido en el artículo 16.1 del RD 816/1990, de 22 de Junio, que modifica el Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, en lo que se refiere al régimen electoral de estas corporaciones.

El 2 de febrero de 2006, el Secretario de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena emitió un certificado sobre las candidaturas presentadas y

estimación de sus circunstancias, en cuyo apartado A) figuran como las que acompañan toda la documentación requerida, las siguientes:

- E. C. I., S.A. Grupo X Subgrupo 1º
- R. S.A. Grupo X Subgrupo 2º
- S. X D. Grupo X Subgrupo 3º
- M., S.A. Grupo X Subgrupo 3º
- L. h. C., S.A. Grupo X Subgrupo 3º

TERCERO.- En la sesión de la Junta Electoral del día 2 de febrero de 2006 (Acta 3/2006) se proclamaron los candidatos, previa comprobación del cumplimiento de lo establecido en la normativa electoral aplicable sobre presentación y proclamación de candidatos y requisitos de elegibilidad que, para ser miembros del Pleno, han de reunir los mismos, comprobación realizada con la presencia de los Secretarios Generales de las tres Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia: Cartagena, Lorca y Murcia; los dos primeros entregaron certificados individualizados para cada una de las candidaturas presentadas; el Secretario de la Cámara de Cartagena aportó un certificado, al que se ha hecho mención en el apartado anterior, según el cual de las 46 candidaturas presentadas 32 de ellas acompañan toda la documentación exigida. Requerido para ello, el Secretario General de la Cámara de Cartagena manifiesta que en todo lo demás no especificado en el certificado, que con número de salida 109 entrega a la Junta, las candidaturas cumplen con los requisitos de elegibilidad que determina el artículo 16. bis 1 del Reglamento General de las Cámaras.

CUARTO.- La Junta Electoral, en su reunión del día 9 de febrero de 2006, constata lo siguiente: Primero, que no existe en el censo electoral de la Cámara de Cartagena, remitido en dos ocasiones por el Secretario de la misma (y en ambos casos confeccionado únicamente por orden alfabético), ninguna empresa inscrita en la categoría B, grupo X, subgrupos 1º, 2º y 3º; segundo, que las empresas proclamadas y, en su caso, declaradas directamente elegidas miembros del Pleno de la Cámara de Comercio de Cartagena en la categoría B, grupo X, Subgrupos 1º, 2º y 3º, por la Junta Electoral, no figuran inscritas en el censo en dicha categoría, grupo ni subgrupo (todas ellas son electoras por ramas, grupos y subgrupos distintos, todos ellos de la Categoría A); tercero, que lo anterior está en abierta contradicción con lo certificado y manifestado por el Secretario General de la Cámara de Cartagena en la sesión celebrada el 2 de febrero, que sirvió de base y fundamento para la proclamación de candidaturas; cuarto, que lo anterior está asimismo en contradicción con lo establecido en el artículo 16 bis, apartado 1. b) del RD 816/1990, que exige, para ser elegible miembro del Pleno, ser elector del Grupo o categoría correspondiente; quinto, que también se ha infringido lo establecido en el artículo 18 bis, 1, del RD 816/1990, que exige que las candidaturas sean avaladas por la firma, como mínimo, del 5 por 100 de los electores del grupo o en su caso de la categoría correspondiente y, al no existir censo, es de imposible cumplimiento este requisito. Por todo ello, la Junta Electoral constata que su acuerdo de 2 de febrero de 2006 podría incurrir en nulidad de pleno derecho y, por unanimidad, eleva la correspondiente propuesta al Consejero competente.

QUINTO.- El Consejero de Turismo, Comercio y Consumo, a la vista de la propuesta de la Junta Electoral, dictó una Orden el 10 de febrero de 2006 incoando el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de la Junta Electoral de 2 de febrero de 2006, relativo a

la proclamación de candidaturas en la Categoría B Grupo X, grandes empresas, subgrupos 1º, 2º y 3º, de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena, a fin de declarar, si fuera procedente, la nulidad de dicho Acuerdo, todo ello conforme a los artículos 62.1. f), 102 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC); también acordó suspender la ejecución del acto de proclamación de candidaturas, en lo que se refiere a dicha Categoría B, Grupo X, grandes empresas, subgrupos 1º, 2º y 3º, conforme al artículo 104 de la propia LPAC, dejando subsistentes el resto de candidaturas proclamadas; se nombró instructora del procedimiento por Orden de dicho Consejero de 10 de marzo de 2006.

SEXTO.- El 22 de marzo de 2006 la instructora acordó la apertura de un periodo de prueba y solicitó certificación a diversos organismos y entidades públicas sobre las empresas ubicadas en la demarcación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena (términos municipales de Cartagena, Fuente Álamo, La Unión y Mazarrón) que contasen con una plantilla estable compuesta por más de 250 trabajadores; también solicitó certificado al Secretario General de la Cámara citada; les fue concedido a los interesados, mediante escrito de 29 de marzo, un plazo de 10 días para proponer, en su caso, la práctica de las pruebas que estimasen procedentes o necesarias; el 19 de abril de 2006 se concedió a los interesados trámite de audiencia por un plazo, también, de 10 días.

SÉPTIMO.- Contra la Orden del Consejero de Turismo, Comercio y Consumo de fecha 10 de febrero de 2006, de incoación del procedimiento de revisión de oficio, fueron interpuestos recursos de reposición por el Presidente de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena, y por las empresas afectadas: E. C. I., S.A., R. P., S.A. y D. S. X; dichos recursos fueron desestimados por sendas órdenes de ese mismo Consejero de 11 de abril de 2006.

OCTAVO.- Mediante Orden de la Consejería de Turismo, Comercio y consumo, de fecha 12 de mayo de 2006, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.5 LPAC, se declaró la caducidad del expediente de revisión de oficio y, simultáneamente, se inició un nuevo procedimiento al que se incorporaron todas las actuaciones practicadas en el caducado y se ratificó el nombramiento de la instructora del expediente, siendo notificado ello a los interesados. Una segunda caducidad fue declarada mediante Orden de 5 de septiembre de 2006, con incoación de nuevo procedimiento, constando propuesta de la instructora de fecha 7 de iguales mes y año; conferido trámite de audiencia a los interesados (4 de octubre de 2006), no comparecieron a efectos de formular alegaciones.

NOVENO.- Solicitados informes del Servicio Jurídico de la Consejería consultante y de la Dirección de los Servicios Jurídicos, fueron emitidos respectivamente el 11 de septiembre y el 12 de noviembre de 2006, ambos en sentido favorable a la revisión, previa solicitud a la Consejería instructora, en el segundo, para que completara el expediente.

DÉCIMO.- Elaborado el índice de documentos, fue formulada la consulta a este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la petición de Dictamen el día 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 y habilitante, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre una propuesta de resolución formulada por la Administración regional para la declaración de la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, al amparo de lo establecido en el artículo 102 LPAC.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Se han cumplido las previsiones procedimentales esenciales, constando en el expediente todos los informes preceptivos y la audiencia a los interesados (art. 102 LPAC). Sin embargo no se cumplen todos los requisitos señalados por el artículo 46 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico (Decreto 15/1998, de 2 de abril), ya que el expediente carece de extracto de secretaría y no está compulsado y foliado, carencias que dificultan la labor de estudio. Desde otro punto de vista, también carece el expediente de antecedentes que debieran formar parte del mismo, tales como la copia autenticada del censo electoral aprobado por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena el 28 de octubre de 2005, y una copia, también autenticada, del Reglamento de Régimen Interior de la misma. La premura de las fechas ha llevado al Consejo a despachar el presente Dictamen con preferencia, a fin de evitar en la medida de lo posible una nueva caducidad del procedimiento (según posterior comunicación de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, el procedimiento ha sido suspendido hasta la emisión del presente Dictamen).

De acuerdo con lo que dispone el artículo 16.2, g), 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 competencia para resolver corresponde al Consejero de Turismo, Comercio y Consumo, ya que la Junta electoral para la renovación de órganos de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, a estos efectos, es un órgano integrado en dicha Consejería, según resulta de los artículos 25 y 43 de la Ley 9/2003, de 23 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia (Ley 9/2003). En paralelo, el acto de proclamación de candidatos, objeto de revisión, es un acto sujeto al derecho administrativo (Disposición transitoria primera LPAC, artículo 41.2 Ley 9/2003 y artículo 1.3 de la Ley 3/1993,).

TERCERA.- Concurrencia de la causa de revisión esgrimida.

Dice el artículo 62.1, f) LPAC que son nulos de pleno derecho los actos “*contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”. Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, como ya ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes números 53/98, 3/99, 118/03, entre otros). Para determinar el carácter esencial de estos requisitos ha de centrarse el presente Dictamen en los presupuestos de hecho que deben concurrir en los sujetos para la adquisición del derecho a ser elegibles.

Para ser elegible miembro del Pleno en las Cámaras, dispone el artículo 21.2, a), de la Ley 9/2003, que es preciso “formar parte del censo”, comprendiendo éste la “totalidad

de sus electores, clasificados por grupos y por categorías (...)” (art. 22.1 Ley 9/2003), y es también requisito ser elector “del grupo o categoría correspondiente” (art. 21.2, b) Ley 9/2003). Ha quedado probado en el procedimiento que en el censo electoral de la Corporación no existían electores en la Categoría B, Grupo X, Grandes Empresas, Subgrupos 1º, 2º y 3º, por lo que la proclamación de candidatos para tal Grupo, efectuada por el acto que se pretende revisar, infringe el expresado artículo 21.2 de la Ley 9/2003 y concordantes, como el 16 bis, 1 del Real Decreto 819/1990, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de la Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, y supone reconocer facultades o derechos careciendo de uno de los requisitos esenciales para ello. No concurre un presupuesto de hecho normativamente requerido para la adquisición del derecho, requisito del que puede predicarse su esencialidad, ya que su existencia no puede admitir dudas en el proceso electoral de unas instituciones públicas representativas de intereses diversos y regidas por el principio democrático (art. 1.1 Ley 3/1993). La normativa, en sentido implícito, ha establecido una prohibición: no se puede proclamar candidato a quien carece de los requisitos para ello, existiendo a tal efecto un periodo de rectificación del censo electoral (art. 23 Ley 9/2003), censo que nace a la vida jurídica por un acto expreso y formal, produciendo a partir de entonces sus efectos (art. 13 del Reglamento de Régimen Interior de la Cámara). En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución objeto de Dictamen, pudiendo procederse, en consecuencia, a la revisión de oficio parcial del acuerdo de 2 de febrero de 2006 (Acta 3/2006) de la Junta Electoral, en cuanto a la proclamación de candidatos para la renovación de órganos de gobierno de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena, Categoría B, Grupo X, Grandes Empresas, Subgrupos 1º, 2º y 3º.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 182/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. R. C., debida a accidente escolar.

Cultura (2002)

Fecha: 05/12/06

Extracto de Doctrina

El daño se produjo durante el transcurso de una actividad prohibida al escolar y en un espacio no habilitado para los alumnos en el que el perjudicado se introdujo voluntariamente, por lo que debe concluirse que no existe la conexión con el servicio público educativo que sería necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 5 de mayo de 2006 D. F. R. A. presentó una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia debida a las lesiones sufridas por su hijo, de 13 años, el 4 de mayo de 2006 en el IES “J. Ibáñez Martín”, de Lorca, que valora en 50 euros, ocasionadas en un accidente que describe así: “Después de hacer educación física F. J. R. C. fue a beber agua y al bajar el cántaro que estaba lleno y pesaba se dio en el diente rompiéndoselo”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora, ésta solicitó el preceptivo informe del centro escolar, que pone de manifiesto lo siguiente:

“El día 4 de mayo de 2006, a las 10 h 10 minutos, hora del recreo para los alumnos, uno de ellos, F. J. R. C., de 1º de ESO (...) entró en la cafetería para beber agua de una cántara, y ésta se le escapó de las manos, con el resultado de la rotura de una parte del incisivo (...).

La citada cántara existe en la cafetería desde años anteriores, para uso de profesores y alumnos cuando éstos eran de más edad y podían entrar en la cafetería (los de 1º y 2º de ESO llevan en el centro los dos últimos cursos escolares). El uso de la cántara para beber agua se hacía para evitar salir a la fuente del patio o acudir a los aseos, situados en los extremos del edificio.

Desde el comienzo del actual curso académico los alumnos tienen prohibido entrar en la cafetería, debido a lo exiguo de sus dimensiones. La atención a ellos se hace a través de una ventana exclusiva abierta en uno de los laterales durante los periodos de recreo y entrada y salida general de clases. No obstante, a veces, y en los cambios de clase, cuando no hay profesores, algunos de ellos pasan a ese recinto para utilizar alguno de los servicios de cafetería (por lo general, compra rápida de chucherías). También ocurre a veces en el recreo, cuando los servicios de atención de la cafetería se saturan por la afluencia masiva de profesores y alumnos. Esta costumbre se va erradicando poco a poco y con dificultad, debido a que, hasta el pasado curso, la cafetería era de uso compartido entre profesores y alumnos.

La cafetería está en el interior del edificio y es un servicio que el Centro tiene contratado, según las normas de la Consejería. No hay una autorización especial de la

Dirección para el mantenimiento de la cántara sino la continuidad de una costumbre que nunca ha causado problemas de ningún tipo.

La cántara está colocada en la cafetería desde la época en que había otra empresa y en la que los alumnos eran mayores (el Centro cuenta desde hace muchos años, asimismo, con estudios de Bachiller nocturno y a Distancia).

Los alumnos disponen de servicio de agua en una fuente situada en la cara frontal del edificio, en sus propios aseos y, por último, en el servicio de botellas de plástico que surte la propia cafetería en las horas indicadas.

Vistos los hechos, y aunque es la primera vez que ocurre un incidente de este tipo, el Director que suscribe y a preguntas de la instructora, considera no adecuada la existencia del citado recipiente. A este respecto, ha dado órdenes a la persona encargada de dicho servicio para que sea retirado el recipiente”

TERCERO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante, no presentó alegaciones y, tras ello, la instructora formuló propuesta de resolución concluyendo en estimar la reclamación por el importe solicitado de 50 euros, al entender que la existencia de la cántara en la cantina supone un anormal funcionamiento del servicio público.

La consulta se formalizó mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el día 13 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del dictamen.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 12.9 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.

La acción se ha ejercitado por persona legitimada y dentro de plazo. Se han respetado las prescripciones legales esenciales para esta clase de procedimiento.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

El Consejo de Estado viene señalando 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 declarar el derecho de los particulares a ser indemnizados, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC. Compartiendo tal doctrina, el Consejo Jurídico viene destacando el criterio jurisprudencial de que, si bien es cierto que nuestro Ordenamiento Jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos (STS de 27 de mayo de 1999), sin que quepa, por otra parte, exigir al personal docente una diligencia superior a la que se pediría a un padre de familia (STS de 26 de febrero de 1998).

Centrándonos en el supuesto que nos ocupa, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el colegio de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería de Educación y Cultura tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor. Queda patente que los alumnos disponían de alternativas para satisfacer su natural necesidad de beber agua, y que la elegida por el perjudicado no estaba permitida por las normas internas de funcionamiento que expone el Director del Centro, por lo que dicho alumno asumió voluntariamente los riesgos de una acción desarrollada a sabiendas de que no le estaba permitida, circunstancia que él podía valorar dada su edad, rompiendo así un hipotético nexo de causalidad. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas. Así pues, antes que la infracción de un deber de custodia, se percibe que el daño se debe al infortunio, y es de resaltar que el reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que no permiten apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica. Además, desde la perspectiva que ofrece el análisis de la conducta de la víctima, la realización o participación voluntaria en una actividad de riesgo por parte del administrado puede determinar que el daño ligado al funcionamiento de un servicio público no sea considerado antijurídico, imponiendo sobre quien lo sufre la obligación de soportarlo (STS, Sala 3ª, de 22 de abril de 1994).

En definitiva, este Consejo Jurídico no comparte la propuesta estimatoria, ya que el daño se produjo durante el transcurso de una actividad prohibida al escolar y en un espacio no habilitado para los alumnos en el que el perjudicado se introdujo voluntariamente, por lo que debe concluirse que no existe la conexión con el servicio público educativo que sería necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

2) La anterior consideración 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.- Que procede desestimar la reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada, por lo que se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 183/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a C. E. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 05/12/06

Extracto de Doctrina

1. La jurisprudencia ha destacado la importancia de la historia clínica en un gran número de sentencias, declarando que “la historia es un dato de extraordinaria importancia en el ámbito médico, ya que en ella han de quedar reflejados todas o al menos las más importantes incidencias del tratamiento, seguimiento y control del paciente” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 1998).

2. La ausencia o defectos en el historial clínico operan, según abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 2 de diciembre de 1996 y de 20 de marzo de 1997), en una inversión de la carga de la prueba, que se desplaza desde el paciente al facultativo que incumple o, al menos, no cumple adecuadamente con su obligación de reflejar en la historia todos los detalles de la asistencia por él prestada. Así, el Alto Tribunal, en su Sentencia núm. 450/1999 (Sala de lo Civil), de 24 de mayo, considera que “la ausencia del historial clínico constituye una negligencia adicional de carácter burocrático, y es motivo de inversión de la carga de la prueba”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 18 de octubre de 2004, D. M. A. C. M., en nombre y representación de D. C. E. R. y sus hijos A. Á., A. y M. H. A. E., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria, como resultado de lo cual D. G. A. M., esposo y padre de los anteriores, falleció el día 23 de octubre de 2003. Relatan que el 16 de septiembre de 2003 el Sr. A., tras sufrir una caída accidental, fue atendido en el Servicio de Urgencia de Atención Primaria de Águilas, siendo diagnosticado de contusión columna-dorsal, instaurando tratamiento de paracetamol y remitiéndolo a su médico de cabecera. Señala que al no mejorar de sus lesiones el siguiente día 23 acudió al Hospital Rafael Méndez, donde se le diagnostica acuñaamiento anterior D7-D9, y ante la hinchazón de abdomen y mal color de cara que presentaba, le señalaron que “era del mismo porrazo y del dolor de éste”, prescribiéndole el mismo tratamiento que le habían mandado en Águilas más adolonta, distraneurine y reposo. Transcurridos tres días el Sr. A. manifestó a su esposa que echaba sangre al defecar y, como tal circunstancia no desaparecía, el día 29 de septiembre de 2003 acude al Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Águilas, desde donde lo remiten al Hospital Rafael Méndez, donde, tras la realización de las correspondientes pruebas, se le diagnosticó una úlcera bulbar de la que fue intervenido urgentemente el día 4 de octubre de 2003. Posteriormente a la intervención presenta nuevos episodios de sangrado, muriendo el siguiente día 23. Manifiesta que el Sr. A. no tenía antecedentes de úlcera, y que de haber sido diagnosticada en la primera asistencia la hemorragia que sufría se hubiera podido evitar su muerte. Finaliza solicitando se declare la responsabilidad patrimonial de la

Administración sanitaria regional, declarando el derecho de sus clientes a percibir la correspondiente indemnización cuya cuantificación económica difiere al momento en el que se le dé traslado del expediente médico.

Entre los documentos que se acompañan al escrito de reclamación figuran las certificaciones de las inscripciones de nacimiento de los hijos del Sr. A., así como la correspondiente a la inscripción de fallecimiento de este último. También se unen escrituras de otorgamiento de poderes de los reclamantes a favor del Letrado Sr. C. M..

SEGUNDO.- Por la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud se dicta Resolución de admisión a trámite el 27 de octubre de 2004, que fue notificada al letrado y a la Correduría de la Compañía de Seguros del ente público. Asimismo se solicitó a la Gerencia de Atención Primaria de Lorca y al Hospital Rafael Méndez la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente.

TERCERO.- En contestación al requerimiento de la instructora se remite copia de la historia clínica (folios 28 a 276), e informes de los facultativos que atendieron al paciente.

De la historia clínica resulta conveniente, a los efectos que nos ocupa, destacar los siguientes documentos y circunstancias:

1. Parte de la asistencia prestada el día 16 de septiembre de 2003 en el Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Águilas, en el que consta que se le prescribió como tratamiento *“paracetamol 1 gr., si dolor; control por su MAP”* (folio 28).

2. Informe de asistencia recibida en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez el 23 de septiembre de 2003, en el que se recoge como antecedentes del paciente que es fumador y bebedor, así como que en ese momento está en tratamiento con AINES (analgésicos antiinflamatorios no esteroideos) y codeína, aunque no se indica por prescripción de qué facultativo. Se recomienda continuar con tratamiento antiálgico, así como pedir cita preferente con el especialista en traumatología (folio 70).

3. Parte de la asistencia que se le prestó en el Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Águilas el día 29 de septiembre de 2003, por presentar *“heces melénicas desde hace una semana”* (folio 72). En este documento se reitera la condición de fumador y alcohólico crónico del paciente, así como el hecho de estar recibiendo tratamiento con AINES (diclofenaco), así como distraneurine, termalgín codeína y adolonta. Finalmente se hace constar que se desvió al enfermo al Servicio de Urgencias para valoración (no se señala expresamente, pero se desprende que se refiere al Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez).

4. Nuevo informe del indicado Servicio emitido el día 30 de septiembre de 2003, en el que se especifican los siguientes datos: Antecedentes: Fumador y alcohólico crónico (actualmente bebe). Tratamiento: Voltaren, Normulen, Distraneurine y Termalgín codeína. Motivo consulta: melenas desde hace 5 ó 6 días; en tratamiento con AINES por fractura vertebral (folio 73).

5. Ese mismo día se procede a su ingreso en el citado Hospital, y en la historia clínica se hace constar en el apartado de antecedentes personales que es fumador y alcohólico, que sigue bebiendo en ese momento, así como que según su médico de cabecera está en tratamiento con Voltarén, Distraneurine, Termalgín-codeína y Adolonta. En la casilla

correspondiente al diagnóstico se refleja como provisional el de HDA (hemorragia digestiva alta) por AINES.

6. Informe endoscópico correspondiente al día 2 de octubre de 2003 en el que se concluye con el siguiente juicio clínico: Úlcera bulbar.

7. Informe de alta hospitalaria de fecha 23 de octubre de 2003 por fallecimiento.

Los informes médicos remitidos se manifiestan de la siguiente manera:

1. Informe del Dr. D. J. C. B., del Servicio de Traumatología del Hospital Rafael Méndez:

“El día 23/09/03, según consta en el informe de urgencias, encontrándome de guardia, fui requerido para valoración traumatológica del enfermo G. A. M., por el servicio de urgencias de este hospital.

Tras exploración y control radiográfico, dicho enfermo fue diagnosticado de fractura acuñaamiento anterior de D-7 D-9 producida al parecer por caída accidental hacía una semana, recomendándose tratamiento con reposo absoluto y analgésicos hasta revisión preferente en consultas externas de traumatología en el plazo de 8 días para instaurar tratamiento ortopédico con faja elástica dorso lumbar y control Rx.

Mi valoración al ser exclusivamente traumatológica, termina aquí, siguiendo el enfermo controles indicados para el resto de sus patologías”.

2. Informe del Dr. D. J. L. E., del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del citado Hospital:

“Paciente varón de 67 años de edad con antecedentes personales de: cardiopatía isquémica, criterios de EPOC, ACV hace 4 años, bebedor activo. Intervenido de ca epidermoide labio inferior con linfadenectomía yugular bilateral.

El paciente fue remitido por médico de cabecera a puerta de urgencias de este Hospital el 30/09/2003 por cuadro de deposiciones melénicas de 7-8 días de evolución acompañado de epigastralgia.

Refiere caída accidental que según su médico de cabecera fue tratada con voltarén, distraneurine, termalgín-codeína y adolonta por diagnóstico de fractura-acuñaamiento de D7-D9.

Valorado por cirujano de guardia del día 30/09/2003, ingresó en planta de Cirugía estable hemodinámicamente con melenas en el tacto rectal y posos de café en SNG. Analítica Hb 12.2. Se pide gastroscopia.

El día 1/10/2003 cuadro de hematemesis + rectorragia con Hb 8.5 que precisó la transfusión de concentrados de hematíes quedando estable hemodinámicamente.

El día 2/10/2003 gastroscopia: ulcus bulbar grande con fibrina sin sangrado activo. Analítica postransfusional Hb 10.7. Estable hemodinámicamente.

El día 3/10/2003 estable hemodinámicamente. Analítica Hb 11.5. A las 21.30 horas cuadro de hipotensión con analítica Hb 9.4 que remonta con sueroterapia y transfusión de concentrados de hematíes.

El día 4/10/2003 (Cirujano de Guardia Dr. L. E.) en pase de planta por la mañana paciente estable hemodinámicamente, por SNG contenido biliar. Analítica

postransfusional Hb 10.8. A las 19.40 horas de rectorragia + hematemesis por lo cual se indica tto. quirúrgico urgente hallando gran ulcus bulbar en cara 'posterior donde se palpa arteria cubierta por fibrina y zona de coagulo adherido, se realiza gastroduodenotomía y sutura de ulcus bulbar.

El paciente pasa directamente a Servicio de UCI donde según informe de alta de dicha unidad presentó síndrome coronario agudo con infarto, HDA con sangrado en sábana, infección respiratoria por proteus milabaris, broncoespamo severo, shock séptico, fracaso multiorgánico y exitus”.

3. Informe del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Rafael Méndez:

“Paciente varón de 67 años, ingresado en el Hospital Rafael Méndez el día 30 de Septiembre de 2003 por “Hemorragia Digestiva alta” secundaria al consumo de fármacos antiinflamatorios no esteroideos.

Los antecedentes clínicos más significativos del paciente son: Fumador con criterios clínicos de obstrucción crónica al flujo aéreo; bebedor activo con una hepatopatía no filiada; cardiopatía isquémica.

Ingresa en nuestro servicio el día 4 de Octubre de 2003 procedente de quirófano tras precisar una intervención quirúrgica urgente bajo anestesia general por “sangrado activo con hematemesis y retorragias” con Hematocrito 16% y Hemoglobina de 6 gramos/litro. Durante la intervención se administraron 2500 cc de cristaloides y coloide y un concentrado de hematíes.

El paciente ingresó en nuestra unidad en coma farmacológico, manteniéndose la sedación con propofol y conectándose a ventilación mecánica. Precisa durante las primeras horas la administración de Hemoderivados (4 concentrados de hematíes y 6 unidades de plasma fresco), además de dopamina y protección antibiótica con amoxicilina-clavulanico y metronidazol.

Durante la fase peri operatoria se observa alteraciones en los biomarcadores cardiacos así como alteraciones eléctricas compatibles con “Infarto agudo de Miocardio peri operatorio”.

El día 6 de Octubre de 2003, el paciente presenta estabilidad hemodinámica y un adecuado intercambio gaseoso, decidiéndose suspender sedación, desconexión del respirador y extubación.

El día 7 de Octubre de 2004 precisa de nuevo intubación orotraqueal y ventilación mecánica por fallo de bomba muscular, y aumento de resistencia en vía aérea. En las 24 horas siguientes presenta de nuevo sangrado por vía digestiva que no deteriora hemodinámicamente al paciente pero precisa la administración de dos concentrados de hematíes.

El día 9 de Octubre de 2004 se realiza ecocardiografía con los siguientes hallazgos: FE: 60 %, acinesia inferior, discinesia inferobasal, engrosamiento aórtico con mínimo gradiente, compatible con necrosis miocárdica inferior.

El día 10 de Octubre de 2004 se observa un infiltrado en lóbulo medio derecho procediéndose a cultivo de líquidos orgánicos e inicio de terapéutica antibiótica empírica con Piperacilina-Tazobactam. En las horas siguientes se acompaña además

de un deterioro hemodinámico secundario a un fracaso circulatorio que obliga a la administración de dobutamina y la iniciación de noradrenalina, cuadro clínico compatible con un shock séptico con fracaso multiorgánico (fallo circulatorio, renal y pulmonar), presentando además dificultad para la ventilación pulmonar por aumento de resistencias pulmonares y disminución de la compliance pulmonar que obliga a sedación profunda del paciente y relajación muscular.

El día 13 de Octubre de 2004 el fracaso renal se convierte en anurico procediéndose a la realización de cateterismo cardiaco derecho mediante catéter de Swan-Ganz obteniéndose los siguientes parámetros: Presión capilar pulmonar: 28 mm Hg, Presión arteria pulmonar 47/27 mmHg, Presión arteria pulmonar media: 33 mm Hg. Ante la persistencia de la anuria se inicia depuración extrarrenal.

El día 14 de Octubre de 2004, a pesar de la depuración extrarrenal el paciente presenta signos de anasarca, empeoramiento del intercambio gaseoso obligando a la ventilación del paciente con una concentración de oxígeno del 70 %, manteniéndose la ventilación pulmonar con volumen control regulado por presión. Se observa además de nuevo una elevación de biomarcadores cardiacos acompañado de alteraciones eléctricas de nueva aparición como bloqueo completo de rama derecha, compatible con una nueva necrosis miocárdica. Se informa de un cultivo positivo en secreciones respiratorias para Proteus Mirabilis.

El día 20 de Octubre de 2004, se realiza traqueotomía percutánea programada. Persiste la situación de fracaso multiorgánico y deterioro respiratorio además de un síndrome febril por lo que se diseña una nueva pauta antibiótica empírica con Ceftazidima y Vancomicina.

El día 22 de Octubre de 2004, el paciente mantiene un fracaso circulatorio sin respuesta elevadas dosis de noradrenalina siendo exitus a las 0 horas y 15 minutos del día 23 de Octubre de 2004.

Diagnostico principal:

- *Control postoperatorio de hemorragia digestiva alta*
- *Necrosis miocárdica aguda perioperatoria con afectación de cara inferior.*
- *Hemorragia digestiva por sangrado en sabana.*
- *Neumonía nosocomial.*
- *Shock séptico.*
- *Fracaso multiorgánico (renal, circulatorio, pulmonar).*
- *Exitus.*

Hábitos y comorbilidades asociadas:

- *Consumidor habitual de alcohol.*
- *Fumador, obstrucción crónica al flujo aéreo.*
- *Hepatopatía no filiada.*

Procedimientos significativos:

- *Monitorización.*
- *Ventilación mecánica.*
- *Depuración extrarrenal.*
- *Cateterismo cardiaco derecho.*
- *Nutrición parenteral total.*
- *Politransfusión.*
- *Gastroduodenoscopia”*

Se puede observar cómo en el informe se consigna de forma repetida y errónea el año 2004, cuando todos los hechos que en él se relatan corresponden al año 2003.

CUARTO.- La Inspección Médica, en fecha 6 de octubre de 2005, alcanza las siguientes conclusiones:

“1. El tratamiento con AINE_s (antiinflamatorios no esteroideos) sin protección gástrica fue la causa de la Hemorragia Digestiva Alta.

2. Existían antecedentes de sangrado vía digestiva, sin diagnóstico etiológico, tratamiento, ni medidas de protección gástrica (bebedor habitual).

3. El tratamiento previo con aspirina a dosis bajas (sin protectores gástricos) aumenta el riesgo de hemorragia digestiva. La interacción entre AINE_s incrementa este riesgo, la información incompleta proporcionada por el paciente no permitió la instauración de un tratamiento preventivo eficaz.

4. En la evolución postoperatoria del paciente, incluyendo la causa de muerte, son factores determinantes las patologías crónicas padecidas por el Sr. A. previas a la intervención, en particular la EPOC (Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica) cuyo aumento de resistencias en vías aéreas dio lugar a la necesidad de ventilación mecánica, y la infección de secreciones respiratorias, al shock séptico y fracaso multiorgánico”.

Finaliza proponiendo la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia, los reclamantes presentan alegaciones en las que manifiestan que en la historia clínica del Sr. A. no figuran los informes del médico de cabecera, ni los medicamentos que fueron recetados con posterioridad al día 16 de septiembre de 2003, por lo que reiteran su aportación al expediente.

SEXTO.- Por la C. S. Z., se remitió Dictamen médico colegiado de cuatro especialistas (folios 299 a 307) que, tras las consideraciones médicas oportunas, concluye:

“ 1. El paciente sufrió un traumatismo casual siendo atendido de manera correcta en su CAP.

2. La medicación que se prescribió en la primera ocasión que acudió a la urgencia, no era gastroerosiva, tolerándose perfectamente.

3. Entre los antecedentes figuraban graves enfermedades asociadas entre las que hay que destacar un ACVA, EPOC, SAM y etilismo crónico. Siendo esta una de las causas de enfermedades gastroduodenales.

4. El paciente tomó durante al menos una semana fármacos gastroerosivos, sin medicación antiulcerosa asociada, no constando en la documentación enviada que fuera prescrito dicho tratamiento por ningún facultativo de la sanidad pública, siendo muy probable que se tratara de automedicación del propio paciente.

5. En la asistencia a la urgencia el día 30-09-03, el paciente está tomando 2 fármacos que contienen Diclofenaco, sin embargo el día anterior en la urgencia del CAP, no está reflejado.

6. Tras evidenciarse la presencia de melenas es enviado de manera urgente al HRM, pero el paciente ingresa a las 14 horas del día siguiente, habiendo ingerido abundante cantidad de alcohol.

7. El traumatismo de columna no tiene nada que ver con la úlcera de cara posterior de bulbo duodenal que presentó el paciente.

8. El tratamiento realizado en el HRM es adecuado y correcto, de acuerdo con la patología que presentaba el paciente.

9. Las enfermedades asociadas lo convertían en un paciente de elevado riesgo quirúrgico, por lo que la terapéutica conservadora era la adecuada.

10. El paciente fue operado de urgencia por resangrado e inestabilidad hemodinámica, sufriendo un IAM perioperatorio.

11. La mortalidad de la HDA es elevada, estando entre un 5 al 10%.

12. Tras la cirugía el paciente presentó un nuevo IAM que fue determinante en la evolución posterior.

13. A la vista de 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*".

SÉPTIMO.- Reclamado por la instructora el envío de la historia clínica del paciente e informe del médico de cabecera, en el que se señale los medicamentos recetados con posterioridad al día 16 de septiembre de 2003, la Dirección Gerencial de Atención Primaria de Lorca remite la historia clínica obrante en el Centro de Salud "Águilas Sur", de Águilas, de la cual ya se encontraban incorporados al expediente la mayoría de los documentos que la componen. De esta historia clínica destacan los siguientes documentos:

1. Informe de visitas en el que se recogen, entre otras, las citas correspondientes a los días 17, 24 y 29 de septiembre (folio 319).

2. En las hojas dedicadas a recoger los problemas que presentaba el paciente sólo aparecen las siguientes anotaciones:

-Año 1995, carcinoma epidermoide labio inferior.

-Año 1997, ACV (accidente cerebro vascular).

-19.10.2000, desde ayer diarrea y melenas. H.R. Méndez.

3. Nota manuscrita sin firma, en la que se recogen algunas indicaciones sobre el tratamiento que estaba tomando el paciente con ocasión del acuíñamiento de las D8 y D9,

según el siguiente detalle (folio 321):-16-9-03, paracetamol.-17-9-03, termalgín.-24-9-03, (término ininteligible), adolonta.

4. Documento titulado “Episodios” (folio 322), redactado por un facultativo que responde a la iniciales RRM, en el se señala que el día 29 de septiembre de 2003 el Sr. A. presenta una hemorragia digestiva alta, *“heces melénicas desde hace 1 sem. No vómitos. En tto. con AINES por Fx vertebral tras caída en casa. Mando a urgencias HRM”*.

A la historia no se une el informe del médico de cabecera sobre los medicamentos prescritos al paciente a partir del día 16 de septiembre de 2003, que había sido solicitado por la instructora.

OCTAVO.- Otorgado nuevo trámite de audiencia a las partes, el reclamante presenta alegaciones mediante las que se ratifica en todos los extremos contenidos en su escrito de iniciación del procedimiento por responsabilidad patrimonial. La aseguradora Z. no formula alegación alguna.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 22 de marzo de 2006, desestima la reclamación por entender que la actuación médica fue ajustada a la praxis médica. También señala que el paciente sufría una serie de patologías muy graves: ACVA, EPCO, IAM y etilismo crónico, siendo esta última la causa de enfermedades gastroduodenales; a estas circunstancias habría que añadir, según la instructora, que el paciente *“tomó al menos durante una semana fármacos gastroerosivos, sin medicación antiulcerosa asociada, no constando en la Historia Clínica que fuera prescrito dicho tratamiento por ningún facultativo de la sanidad pública, siendo muy probable que se tratara de automedicación del propio paciente”*.

DÉCIMO.- Con fecha 26 de abril de 2006, se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

Los reclamantes, en su condición de esposa e hijos del finado, 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, tampoco 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.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar.

Finalmente, 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.

La principal cuestión se suscita en determinar la existencia de relación de causalidad entre el fallecimiento del Sr. A. y la asistencia sanitaria que a éste le fue prestada desde el día 16 de diciembre de 2003 hasta el día en que se produjo el *exitus letalis*.

Para los reclamantes la causa del daño se encuentra en el hecho de que en la primera asistencia que se le prestó no se diagnosticó la hemorragia que sufría y que fue la causa de la muerte. Es decir, la imputación del daño al servicio público se objetiva así como un retraso en el diagnóstico de la enfermedad que padecía, debido a que en las distintas ocasiones en las que acudió a los Servicios Sanitarios sólo se detectó la fractura en acnuamiento de D-7 y D-9, obviando detalles que evidenciaron sus familiares tales como hinchazón abdominal y coloración amarillenta del rostro, que eran indicativos de la hemorragia que ya padecía. Sin embargo los informes médicos que obran en el expediente descartan categóricamente la posibilidad de que el paciente, como consecuencia de la caída, sufriera una hemorragia, rechazándose toda relación entre el traumatismo de columna y la úlcera bulbar que posteriormente se produjo. Afirmación no rebatida en momento alguno por los reclamantes con argumentos científico-médicos. No cabe, por lo tanto, imputar una actuación contraria a la *lex artis* a los facultativos que atendieron al paciente en la primera ocasión que acudió al Servicio de Urgencias.

No obstante, la instrucción del expediente ha evidenciado la concurrencia de otras circunstancias que es necesario analizar para poder así determinar si en algún momento la actuación médica ha influido, en una relación de causa a efecto, en los daños sufridos por el Sr. A.. Tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora coinciden en afirmar que el paciente tomó al menos durante una semana fármacos gastroerosivos, sin medicación antiulcerosa, concluyendo la Inspección que *“el tratamiento con AINES (antiinflamatorios no esteroideos) sin protección gástrica fue la causa de la Hemorragia Digestiva Alta*), aunque también se estima en ambos dictámenes que tal circunstancia sólo es imputable al propio paciente, ya que al no constar en la historia clínica la prescripción de AINES se especula sobre el hecho de que se estuviese automedicando. A esto, se afirma en los citados informes, habría que unir que al omitir entre sus antecedentes personales circunstancias tan importantes como el haber presentado melenas-sangrado por hemorragia digestiva hacia tres años, así como haber sufrido una cardiopatía isquémica, el Sr. A. habría incumplido con la obligación que a todo enfermo incumbe de informar al facultativo sobre todo hecho relevante relacionado con su salud.

El Consejo no puede compartir plenamente estas afirmaciones, porque un examen de la documentación que integra la historia clínica conduce a unas conclusiones diferentes. Antes de abordar el análisis de las diversas cuestiones que suscita dicha documentación, conviene recordar los elementos y características que según la doctrina y el legislador (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) debe reunir una historia clínica. Aunque la definición de historia clínica puede darse desde distintas perspectivas, hemos de ceñirnos a aquella que la contempla desde un punto de vista médico legal, conceptuándola como el documento donde queda registrada la relación del personal sanitario con el paciente, todos los actos médico-sanitarios realizados con él y todos los datos relativos a su salud, que se elabora con la finalidad de facilitar su asistencia, desde su nacimiento hasta su muerte, y que puede ser utilizada por todos los centros sanitarios donde el paciente acuda. Así el artículo 3 de la Ley 41/2002, afirma que la historia clínica es 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”*. Por su parte el artículo 15 refleja cuál ha de ser el contenido de dicha historia que, para un proceso asistencial que no implique ingreso hospitalario, se concreta en lo siguiente: La documentación relativa a la hoja clínico-estadística; la anamnesis y la exploración física; la evolución; las órdenes médicas (en las que debe recogerse el registro diario y actualizado de las prescripciones médicas); la hoja de interconsulta; los informes de exploraciones complementarias; la evolución y planificación de cuidados de enfermería y la aplicación terapéutica de enfermería. Añade el apartado 3º de este precepto que *“la cumplimentación de la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, será responsabilidad de los profesionales que intervengan en ella”*. También la jurisprudencia ha destacado la importancia de la historia clínica en un gran número de sentencias, declarando que *“la historia es un dato de extraordinaria importancia en el ámbito médico, ya que en ella han de quedar reflejados todas o al menos las más importantes incidencias del tratamiento, seguimiento y control del paciente”* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 1998).

Pues bien, a estas exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales no da respuesta la historia clínica correspondiente a la asistencia sanitaria prestada al paciente por su médico de familia. En efecto, aunque la hoja de visitas (folio 319) recoge citas para los días 17, 24 y 29 de septiembre, lo que evidencia que el paciente siguió las instrucciones

que se le dieron en el Servicio de Urgencias de acudir a su médico de cabecera, no aparecen las anotaciones correspondientes a los resultados de las exploraciones y al tratamiento prescrito en esas visitas, ya que en ningún caso pueden considerarse como tal las anotaciones manuscritas de contenido parcialmente ininteligible, sin fecha ni firma, que obran al folio 321. Estas omisiones sobre el tratamiento prescrito no pueden interpretarse, como se pretende en el informe de la Inspección Médica, en el sentido de que la ingesta de AINES (dato no cuestionado en el expediente) se debiese a una decisión personal del paciente. La ausencia o defectos en el historial clínico operan, según abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 2 de diciembre de 1996 y de 20 de marzo de 1997), en una inversión de la carga de la prueba, que se desplaza desde el paciente al facultativo que incumple o, al menos, no cumple adecuadamente con su obligación de reflejar en la historia todos los detalles de la asistencia por él prestada. Así, el Alto Tribunal, en su Sentencia núm. 450/1999 (Sala de lo Civil), de 24 de mayo, considera que *“la ausencia del historial clínico constituye una negligencia adicional de carácter burocrático, y es motivo de inversión de la carga de la prueba”*.

A falta de elemento de prueba por excelencia (historial clínico) sobre el tratamiento farmacológico prescrito al paciente; la ausencia a su vez de prueba por parte de la Administración de una posible automedicación, y a la vista del resto de indicios que sí obran en el expediente, como es la afirmación por parte del médico de familia sobre el hecho de que el día 29 de septiembre estaba en tratamiento con AINES (folios 32 y 322), se puede concluir -siguiendo la doctrina jurisprudencial antes expuesta- que al Sr. A. se le instauró un tratamiento antiinflamatorio sin esteroides y, al parecer, sin protección gastrointestinal, circunstancia esta última que de haberse producido habría que considerar como especialmente grave debido a que en la historia constan dos antecedentes del paciente (haber padecido con anterioridad un episodio de diarrea melénica -folios 33 y 314- y ser fumador y bebedor habitual -folios 34 y 315-) que agravan el riesgo que este tipo de medicamentos tienen de provocar úlceras, hemorragias o perforaciones en el estómago.

Establecido de este modo el hecho de que el Sr. A. estaba tomando AINES por prescripción de su médico de cabecera, se hace necesario ahora entrar a valorar la conexión entre esta circunstancia y la aparición de la HDA, así como la que pueda existir con el posterior empeoramiento del estado de salud del paciente y con el fatal desenlace de su muerte.

De conformidad con los informes médicos que obran en el expediente, puede afirmarse que en la prestación asistencial del paciente se produjeron los siguientes hitos:

- Las asistencias recibidas en los Servicios de Urgencias, tanto del Centro de Salud de Águilas como del Hospital Rafael Méndez, se ajustaron estrictamente a la *lex artis ad hoc*, sin que fuera posible detectar antes del momento en que se hizo que el paciente presentaba una HDA.

- Al Sr. A. se le instauró un tratamiento de AINES sin que, al parecer, se asociara con protectores gástricos.

- El paciente, pese a que desde el día 26 de septiembre defeca con sangre, tardó cuatro días en acudir de nuevo al Servicio de Urgencias, haciéndolo cuando ya se encontraba en una situación crítica.

- A pesar del pésimo estado de salud en el que se encontraba no cesó en la ingesta de alcohol: el mismo día de su ingreso en el Hospital Rafael Méndez refiere haber bebido de medio a un litro de alcohol (folio 83).

- Una vez ingresado se le diagnostica una gran úlcera de cara posterior de bulbo duodenal, lo que, a juicio de los médicos que han dictaminado en el expediente, no es compatible con el tipo de úlceras que se producen tras la toma de AINES, que suelen ser úlceras agudas y gastritis erosivas, “*lo que hace pensar en una reactivación de una lesión ulcerosa antigua*” (folio 305).

- En los antecedentes del paciente figuran graves enfermedades asociadas entre las que destacan: ACV (accidente cerebro vascular); EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica); IAM (infarto agudo de miocardio); hepatopatía no filiada y etilismo crónico.

- El tratamiento que se dispensó al Sr. A. en el Hospital Rafael Méndez desde su ingreso el día 30 de septiembre de 2003, hasta su posterior fallecimiento el siguiente día 23 de octubre, fue adecuado a la *lex artis ad hoc*. Así se afirma tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, sin que tampoco los reclamantes lo hayan puesto en duda en ninguno de los momentos en los que han comparecido en el expediente.

- En el fatal desenlace coadyuvaron de forma relevante las patologías crónicas padecidas por el paciente (folio 289).

Con esta base fáctica no se puede extraer la conclusión jurídica sobre la existencia de relación de causalidad exclusiva entre la actuación de los servicios sanitarios regionales y el daño alegado por los reclamantes, ya que al óbito del Sr. A. coadyuvaron otras circunstancias ajenas a dicha actuación. En efecto, la actitud de la propia víctima, que no deja de consumir alcohol durante el tratamiento médico, y que deja transcurrir varios días en una situación típica de urgencia, como es la defecación con sangre, sin acudir al médico, es lo suficientemente concluyente para negar la existencia de ese nexo causal exclusivo. Por otro lado, en el lamentable fallecimiento del paciente también influyó la propia evolución de las graves enfermedades asociadas que padecía. Así lo especifica la Inspección Médica en su informe al afirmar que “*en la evolución postoperatoria del paciente, incluyendo la causa de muerte, son factores determinantes las patologías crónicas padecidas por el Sr. A. previas a la intervención, en particular la EPOC (Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica) cuyo aumento de resistencias en vías aéreas dio lugar a la necesidad de ventilación mecánica y a la infección de secreciones respiratorias, al shock séptico y fracaso multiorgánico*”.

No obstante, el Consejo considera que ni siquiera con este planteamiento se puede declarar la absoluta irresponsabilidad de la Administración, ya que de los hechos se deduce que la prescripción de AINES a un paciente que, según su historia clínica, padecía etilismo crónico y tenía antecedentes de trastornos gástricos (diarreas y melenas) pudo, en términos de relación de causalidad, modificar la serie histórica de los acontecimientos posteriores, ya que por la propia Inspección Médica se señala la ingesta de AINES como origen de la HDA. En este sentido, la instauración del tratamiento con AINES funcionaría como un elemento del nexo.

A la vista de todo lo anterior, y de acuerdo con la consolidada orientación jurisprudencial de que sólo un hecho o una conducta del paciente determinantes de modo

decisivo en el acaecimiento del evento dañoso tendría virtualidad para excluir el nexo causal, cabe arbitrar una solución intermedia que, partiendo del hecho de que el daño puede predicarse tanto de la acción administrativa cuanto de la conducta del perjudicado e, incluso, de circunstancias ajenas a ambas conductas (la propia evolución de las patologías del paciente), declare la responsabilidad de la Administración, moderando de forma importante la cuantía de la indemnización a que hubiera lugar.

QUINTA.- Indemnización.

Resta, por último, examinar lo relativo a la indemnización que sea preciso reconocer a favor de los familiares del Sr. A., por los perjuicios derivados de su muerte, y para ello el Consejo, como en tantas otras ocasiones, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, considera razonable acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, según redacción dada por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (normas vigentes en el momento de ocurrir los hechos) y del baremo actualizado de las indemnizaciones por muerte (Tablas I y II de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2003, ya que el óbito se produjo en dicho año), pudiendo fijarse el importe de la indemnización en la cuantía global de 87.990,29 euros (65.992,722141 euros para la esposa y 7.332,523969 euros para cada uno de los hijos), correspondiente a los supuestos de muerte cuando existe cónyuge supérstite y tres hijos mayores de 25 años. No se han considerado factores de corrección puesto que la víctima no se encontraba en edad laboral, y los reclamantes no han alegado ni probado la concurrencia de cualquier otro elemento de los contemplados en la Tabla II.

Ahora bien, la cuantía señalada ha de moderarse considerando que el daño deriva no sólo de la acción administrativa, sino también de la concurrencia de causas que se concretan en la conducta del interesado, y en la influencia de las propias enfermedades que éste padecía y que coadyuvaron de forma relevante en el fatal desenlace. De esta forma, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso, el *quantum* indemnizatorio resultante debe reducirse en un porcentaje del 80%, de tal forma que la indemnización a satisfacer a los reclamantes será de 17.598,05 (13.198,55 euros para la esposa y 1.466,50 euros para cada uno de los hijos). Cuantía que habrá de ser actualizada en el momento de dictar resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración, procediendo la estimación parcial de aquélla.

SEGUNDA.- La determinación de la cuantía de la indemnización habrá de atender a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 184/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. T. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 13/12/06

Extracto de Doctrina

A la vista de la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, ha de concluirse a favor de la no extinción “mortis causa” de los derechos indemnizatorios generados por los daños que el anormal funcionamiento administrativo pudo causar a la reclamante, así como la aptitud de tales derechos (reclamados, pero no reconocidos al momento del fallecimiento de la víctima) para ingresar en su herencia, a favor de la comunidad hereditaria resultante.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de noviembre de 2004 D. M. T. C. presentó un escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en solicitud de indemnización por daños y perjuicios causados a su persona por la deficiente asistencia sanitaria dispensada por dicho Ente. En síntesis, manifiesta que en fecha 18 de julio de 2003 acudió a su Médico de Familia por presentar tumoración a nivel de región pretibial derecha, refiriendo traumatismo de unos meses de evolución, tratado con Varidasa y Trombocid, habiendo observado un progresivo en la zona descrita. Dicho Médico la remite al Traumatólogo de Zona que, con fecha 30 de julio de 2003, le diagnostica hematoma pretibial organizado y procede en la consulta a su drenaje quirúrgico y mechado, prescribiéndole tratamiento antibiótico y analgésico. Ante la evolución tórpida de su dolencia a pesar de las curas locales, se decide su ingreso en el Hospital de Molina el 14 de octubre de 2003 para evacuación de hematoma organizado, lo que se efectúa, dejándose drenaje y manteniendo curas periódicas.

Al no desaparecer el problema, con fecha 26 de diciembre de 2003 acude el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde se le diagnostica “*bultoma pretibial derecho*” y, tras aplicar vendaje compresivo, se le recomienda revisión por su Traumatólogo de Zona.

En fecha 5 de febrero de 2004 vuelve al citado Servicio de Urgencias (es un error, pues acudió al Servicio de Traumatología de dicho Hospital), donde, sigue diciendo, se hace referencia a la ausencia de estudio anatomopatológico de la tumoración con ocasión de la intervención de 14 de octubre de 2003 en el Hospital de Molina, a su crecimiento progresivo, la ausencia en TAC de afectación ósea y la necesidad de Punción y Aspiración con Aguja Fina (PAAF) para su correcto diagnóstico. El estudio anatomopatológico, de fecha 10 de febrero de 2004, resulta positivo para sarcoma sugestivo de corresponder a fibrohistiocitoma maligno mixoide, por lo que es intervenida en dicho Hospital el 16 de febrero de 2004, procediéndose a exéresis de piel y tumor en una sola pieza y de región anterior de tibia, por posible infiltración, remitiéndose los fragmentos para estudio anatomopatológico, que confirma el citado diagnóstico (16 de febrero de 2004

y 25 de febrero de 2004). Ante esta patología, y con estudio gammagráfico (4 de marzo de 2004) positivo para acúmulos focales en 1/3 inferior de fémur y superior de tibia, con ausencia de otros focos sugestivos de metástasis, y TAC dudoso (5 de marzo de 2004), se decide tratamiento con amputación y quimioterapia. En este mismo sentido se pronunció el Servicio de Traumatología de la Clínica Universitaria de Navarra (al que acudió autorizada por el SMS), aunque con el matiz de la posibilidad de tratamiento de quimioterapia anterior a la valoración del quirúrgico.

Con fecha 22 de marzo de 2004 se procedió a la amputación de la pierna a nivel 1/3 distal de fémur derecho.

En fecha 12 de junio de 2004 consultó por tumoración inguinal, programándose para resección, con TAC de 24 de junio de 2004 positivo para masa, que comprime vasos femorales y flemón en muñón. El 25 de junio de 2004 se procede a la resección. El estudio anatomopatológico de 30 de junio de 2004 confirmó metástasis. Manifestaba la reclamante en su escrito que en la actualidad presentaba amputación de su miembro inferior derecho a nivel de 1/3 medio distal de fémur y una tumoración inguinal derecha de unos 5 cm., compatible con recidiva (la segunda) de metástasis de fibrohistiocitoma maligno, lo que achaca a una demora innecesaria en el diagnóstico, motivada por no haber realizado las elementales pruebas complementarias (estudio anatomopatológico) imprescindibles para el adecuado tratamiento de la patología. Dicho retraso en el diagnóstico retrasa a su vez el tratamiento y ensombrece el pronóstico. Para obtener el diagnóstico definitivo de una lesión tumoral se ha de partir de la sospecha de la misma por anamnesis y exploración, se continúa con pruebas de laboratorio y radiología convencional, puede ser necesario TAC y RNM, y se finaliza con la biopsia, prueba ésta que no se realizó y que fue la causa de un resultado que se podía haber evitado.

Finalmente, la reclamante cuantifica así la indemnización que solicita (206.893'66 euros):

“-Amputación de M.I. derecho 60 puntos.

-Perjuicio estético importante 24 puntos.

84 puntos a razón de 1.875,352 euros/punto 157.529,97 euros.

Factor de corrección que supone un incremento del 10% por encontrarse la lesionada en edad laboral 15.752,96 euros.

-Días hospitalarios (de 14/10/03 a 15/10/03; de 15/2/04 a 5/3/04; de 21/3/04 a 29/3/04; de 24/6/04 a 28/6/04; de 25/10/04 a 2/11/04): 40 días a razón de 56,384 euros/día 2.255,36 euros.

-Días improductivos (de 15/10/03 a 8/11/04): 356 días a razón de 45,813 euros/día 16.046,339 euros.

Factor de corrección por Incapacidad Permanente Total: 15.046, 339 euros”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, el 22 de noviembre de 2004 la instructora requiere de la Gerencia de Atención Primaria del SMS, del Centro de Especialidades “ Doctor Quesada Sanz”, de Murcia, del Hospital de Molina y del Hospital “Virgen de la Arrixaca” las correspondientes historias clínicas e informes de los facultativos que en cada centro atendieron a la paciente.

TERCERO.- Remitidas las historias clínicas, los informes requeridos que fueron evacuados son los siguientes:

-Informe de diciembre de 2004 del Dr. S. C., que expone así los hechos: *“esta paciente acudió a consulta por primera vez el 30-7-03 por traumatismo en región pretibial derecha ocurrida el 19-6-03 según indica su médico de cabecera en el recuadro de episodios activos.*

Fue atendida por mi Ayudante, la Dra. S. L., quien diagnosticó hematoma pretibial organizado y procedió a su drenaje en la misma consulta y tratamiento antibiótico profiláctico.

El día 1-8-03 es revisada y la Doctora reseña su buena evolución.

El día 26-8-03 se drena sangre por segunda vez y es realizado estudio radiográfico que no muestra lesión. En siguientes curas los días 27, 28 y 29 de agosto se indica la buena evolución.

El día 1 de septiembre de 2003 la veo por primera vez tras mi regreso de vacaciones, y ante la mejoría le suspendo el tratamiento antibiótico profiláctico.

Dado que se producen nuevos rellenos del hematoma, que en ningún caso sobrepasó el tamaño de una nuez, se opta por la apertura total del mismo y su evacuación en quirófano, intervención que practicamos la Dra. S. L. y yo el 14 de octubre de 2003 en el Hospital de Molina. En el acto quirúrgico se extrajeron únicamente coágulos de sangre, no encontrándose ninguna lesión subyacente.

En el postoperatorio y ante la recidiva se comienza tratamiento con Caprofides Hemostático, que se mantuvo durante unos días y fue suspendido el 14 de noviembre de 2003 ante la buena evolución y disminución del mismo. Tras esta fecha no volvimos a tratar a la paciente dado que no volvió a acudir, lo que nos hizo pensar que había curado”.

Finaliza su informe concluyendo que *“el diagnóstico inicial de hematoma y en consecuencia el tratamiento aplicado fue a mí parecer correcto. Es imposible sospechar la presencia de una lesión tumoral cuando tras un traumatismo aparece un bultoma fluctuante sobre el lugar de la lesión cuyo drenaje da por resultado la presencia de sangre líquida y coágulos. (...) A nivel ambulatorio no realizamos biopsias y si lo hubiéramos creído necesario lo habríamos hecho a nivel hospitalario, aunque como ya he referido con anterioridad cuando procedimos a la limpieza quirúrgica del hematoma no encontramos ninguna lesión susceptible de ser biopsada”.*

-Informe del Dr. C. M., de fecha 5 de enero de 2005, que señala lo siguiente:

“Paciente de 61 años, que acude a consulta de Traumatología del Hospital U. “Virgen de la Arrixaca” el día 5-2-04, por una tumoración blanda del tamaño de una manzana en cara anterior de la parte proximal de la pierna dcha., con cicatriz de intervención anterior. Refiere como antecedente una contusión en dicha zona de la pierna en Junio-03, y tratada en Octubre-03 con diagnóstico de hematoma pretibial, mediante drenaje quirúrgico, con posterior crecimiento progresivo. Adjunto estudio de TAC, que informa de tumoración de partes blandas sin afectación ósea. Solicito estudio de biopsia por punción y Rx. de pierna. El día 12 de Febrero-04 vuelva a Consulta. El informe de la biopsia es de “Fibrohistiocitoma maligno”. Propongo tratamiento quirúrgico de resección tumoral. La

paciente es intervenida el 16 de Febrero mediante resección de la tumoración, incluyendo la piel que la recubre y la cicatriz anterior. El tumor está muy adherido a la cara anterior de la tibia, reseca una lámina de tejido óseo. El defecto cutáneo se cierra mediante incisión lateral de descarga e injerto libre de piel, por parte de cirugía plástica. El informe posterior de Anatomía Patológica es de "Fibrohistiocitoma maligno variedad mixoide, que afecta a piel, dista 1mm de límite quirúrgico de resección, e infiltra los fragmentos óseos remitidos". Con esta situación de afectación ósea por el tumor, y previa valoración con el Servicio de Oncología, se decide tratamiento radical mediante amputación por muslo y posterior quimioterapia. Se realiza estudio de extensión con gammagrafía ósea y TAC de tórax y abdomen y Ecografía hepática, no encontrando metástasis a distancia. El día 22 de Marzo-04 es intervenida realizando amputación por muslo dcho., siguiendo posteriormente tratamiento de Quimioterapia y revisión en Consultas. El día 10 de Junio-04, en una revisión de consulta, se descubre una adenopatía inguinal dcha., solicito biopsia por punción, que informa de "ganglio linfático positivo para metástasis de fibrohistiocitoma maligno". Propongo tratamiento de resección, siendo intervenida el día 25-6-04, encontrando una masa de 7 cm. de tamaño adherida a la arteria femoral, realizando extirpación de la masa tumoral. El estudio anatomopatológico confirma metástasis de fibrohistiocitoma maligno. El 16 de Septiembre-04 en una revisión de consulta presenta nueva recidiva inguinal dcha. Solicito estudio con biopsia, TAC abdominal, Resonancia nuclear magnética y arteriografía, que confirman la existencia de recidiva metastásica sin infiltración vascular. La biopsia confirma la recidiva tumoral. Consultado el caso con radiología, cirugía general y cirugía vascular, Oncología y Radioterapia, se decide nueva intervención para resección, siendo intervenida el día 25 de Octubre-04 conjuntamente con cirugía general (Dr. R.) y posterior tratamiento de quimioterapia y radioterapia.

El día 15 de Diciembre-04 acude a urgencias del Hospital "Virgen de la Arrixaca" por caída hace 3 días, siendo diagnosticada de fractura patológica de húmero dcho., e intervenida el día siguiente (16 de Diciembre) con mechado de agujas centromedular. Durante su estancia hospitalaria se hace estudio con TAC de tórax y abdomen con informe de "Nódulo pulmonar paracardíaco dcho., masa de partes blandas con afectación vertebral D 10 y costilla adyacente. Masa inguinal dcha. de 8 cm. Nódulo subcutáneo inguinal dcho.". Actualmente se encuentra pendiente de tratamiento de radioterapia".

CUARTO.- Otorgado a los interesados (reclamante y compañía aseguradora del SMS) un trámite para proposición y práctica de pruebas, el 3 de marzo de 2005 la reclamante presenta escrito adjuntando informe de los Dres. A. C. y G. H. de 15 de octubre de 2004 en el que, tras exponer los antecedentes, concluye lo siguiente:

"-La paciente consultó por primera vez (documentada) con Médico de Familia el 18-VII-03, que la remitió a Traumatólogo de zona.

-El 30-VII-03 se procedió por parte de Traumatólogo a drenaje y mechado, no constando que se realizara estudio radiológico ni anatomopatológico.

-Fue reintervenida en Hospital de Molina el 14-XI-04, no constando tampoco que se realizaran los estudios complementarios referidos anteriormente.

-Con fecha 5-11-04 es reconocida por el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca". En dicho reconocimiento se especifica que no ha habido examen histológico con anterioridad, solicitándose TAC y PAAF que diagnostica la patología.

-Tras una primera intervención el 16-11-04 (extirpación en una sola pieza y curetaje), se decide amputación (22-11-04). Posteriormente es intervenida de metástasis a nivel inguinal (25-VI-04). En la actualidad pendiente de reintervención.

Entendemos que existió una demora innecesaria en el diagnóstico de la paciente, motivada por no haber realizado las elementales pruebas complementarias (estudio anatomopatológico) imprescindibles para el adecuado tratamiento de su patología. Dicho retraso en el diagnóstico, retrasa a su vez el tratamiento y ensombrece el pronóstico.

En la actualidad la paciente presenta como secuela la amputación de M.I. derecho (50-60 puntos) y perjuicio estético importante (19-24 puntos), estando además incapacitada para la realización de actividades que requieran bipedestación o deambulación”.

QUINTO.- Con fecha 11 de abril de 2005, D. J. J. S. T., hijo de la reclamante, presenta escrito manifestando que, ante el fallecimiento de la misma el 5 de marzo anterior, se persona en el procedimiento “*como perjudicado y subrogado en la posición de mi madre*”, para lo cual aporta certificado de su nacimiento, del matrimonio de sus padres y de defunción de su madre.

SEXTO.-Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS el 21 de marzo de 2005, es remitido con fecha 15 de diciembre de 2005, el cual concluye:

“1. La paciente Dña. M. T. C., desde que consulta en atención primaria, padece una “lesión” que produce aumento de partes blandas objetivado radiológicamente.

2. Existió un retraso en la realización de exploraciones complementarias para llegar al diagnóstico definitivo, ante la ausencia de la “sospecha clínica” necesaria para iniciar el estudio.

3. El factor tiempo (la no realización de un diagnóstico precoz) pudo condicionar la evolución y el desarrollo del proceso causado por el fibrohistiocitoma maligno, tumor muy agresivo, de mal pronóstico y que metastatiza con frecuencia.

PROPUESTA

Por todo lo anteriormente expuesto, y salvo mejor criterio se propone la estimación de la presente reclamación indemnizatoria”.

SÉPTIMO.- Otorgado a los interesados el preceptivo trámite de audiencia, el señor S. T. presenta alegaciones en las que se limita a mostrar su conformidad con el informe de Inspección Médica, solicitando que se dicte acuerdo indemnizatorio de conformidad con dichas alegaciones.

OCTAVO.- Mediante oficio de 18 de mayo de 2006, la instructora requiere al interesado que acredite documentalmente la supervivencia del cónyuge de la fallecida, atendándose dicho requerimiento mediante escrito presentado el 31 de mayo de 2006, adjuntando fe de vida de D. F. S. C. y un Acta de Notoriedad y Declaración de Herederos de la fallecida otorgada el 7 de abril de 2005 ante la Notaria Doña A. M. A. P. a instancia del citado cónyuge viudo, en la que se declaran herederos legales “*ab intestato*” a los hijos de la fallecida allí consignados, a saber, el interesado y sus hermanos F.-J., A.-M. y M. S. T., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente al citado cónyuge viudo.

NOVENO.-El 6 de junio de 2006 se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, acogiendo el parecer del informe emitido por la Inspección

Médica, considerando procedente indemnizar en la cantidad de 7.332'52 euros, conforme a lo establecido en el baremo aprobado por la Ley 30/1995, de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos a Motor, para el fallecimiento de víctima con cónyuge e hijo mayor de 25 años, atendida la edad de aquélla, en la cuantía correspondiente al año 2003, por ser el *“año en que se produjo la deficiente asistencia sanitaria al no haber realizado las pruebas complementarias que hubieran permitido un diagnóstico precoz”*, cantidad *“a pagar al único hijo que se ha subrogado en la posición de su madre y que ha actuado en su propio nombre”*.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 27 de junio de 2006, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicita 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 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 producción de las lesiones por las que se reclama (la secuela consistente en la amputación de una pierna y el periodo de incapacidad temporal a que se refiere el escrito de reclamación), conforme con lo establecido en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Legitimación.

En lo que se refiere a la legitimación de quien reclama, es necesario realizar una detallada Consideración, dadas las peculiaridades del caso (reclamante inicial fallecida en el curso del procedimiento y posterior comparecencia de uno de sus hijos), a la vista especialmente de que, en lo que se refiere al fondo de la reclamación, tanto la Inspección Médica del SMS como la propuesta de resolución consideran que la misma ha de estimarse (a salvo lo relativo al *“quantum”* indemnizatorio).

I. Según se desprende del expediente remitido, la reclamación es interpuesta por la persona lesionada directamente por la actuación administrativa, es decir, por la víctima, que reclama por las lesiones que en aquel momento estima consolidadas e imputables a dicha actuación, a saber, un determinado período de incapacidad temporal (por estancias hospitalarias y días improductivos, incluyendo en estos últimos todos los hospitalarios, en

una duplicidad en todo caso improcedente) y una secuela que considera ya estabilizada a la fecha de dicha reclamación (amputación de una pierna a nivel del muslo). Posteriormente a dicha reclamación, uno de sus hijos presenta escrito en el que manifiesta literalmente lo siguiente:

“Que con fecha 5-3-05, se produjo el desgraciado fallecimiento de mi madre M. T. C., cuya solicitud inicial de Indemnización por daños y perjuicios, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, por deficiente asistencia sanitaria, sigue su tramitación, con el número de expediente más arriba referenciado 431/04, por lo que mediante el presente escrito, vengo a personarme como perjudicado y subrogándome en la posición de mi madre, acreditando los extremos relatados con anterioridad, con la aportación de los siguientes documentos:

- 1.- Certificado de defunción de mi madre, M. T. C. (Documento nº 1).*
- 2.- Certificado de matrimonio de mis padres, M. T. C. y F. S. C. (Documento nº 2).*
- 3.- Certificado de nacimiento propio, J. J. S. T. (Documento nº 3).*

Por lo expuesto,

SOLICITO: Que tenga por presentado este escrito y documentos que se acompañan, lo admita y así mismo se me tenga por personado como perjudicado y subrogado como parte en el presente procedimiento, por los hechos alegados con anterioridad”.

En concordancia con dichas manifestaciones, en su posterior escrito final de alegaciones, evacuado previo otorgamiento del preceptivo trámite de audiencia, el compareciente se limita a mostrarse de acuerdo con el parecer de la Inspección Médica (que dictaminó en su día sobre los hechos alegados por la reclamante en su escrito inicial, sin consideración alguna, pues, sobre el fallecimiento posterior de la misma, que dicha Inspección parece que no conocía) y a solicitar que se dicte resolución o acuerdo indemnizatorio de acuerdo con tales alegaciones.

Estas circunstancias, es decir, la simple comparecencia de una persona en un procedimiento ya iniciado, sin modificar en nada la causa de pedir que sustenta la reclamación de que se trata, antes al contrario, habiéndose remitido en su escrito de comparecencia a los *“hechos alegados con anterioridad”*, no imputando el fallecimiento de la inicial reclamante al funcionamiento de los servicios públicos (y, en consecuencia, no reclamando indemnización alguna por tal hecho, como sí se hizo, por contra, en el caso objeto de nuestro Dictamen 148/2006, vid. su Antecedente Noveno y Consideración Segunda), imponen considerar que, mediante su comparecencia y solicitud subrogatoria, el interesado no está reclamando otra cosa que lo que le era debido a su madre, es decir, que reclama a título sucesorio *“mortis causa”* y no como perjudicado, a pesar de emplear también dicha expresión, que por sí misma no conforma una pretensión resarcitoria si no se anuda a un hecho o sustrato material que la sustente (aquí, la imputación del fallecimiento). De este modo, al mantenerse como únicos hechos imputables al funcionamiento administrativo los que constituían causa de pedir para la reclamante inicial, sólo puede aceptarse del compareciente una legitimación activa *“iure hereditatis”*, lo que significa que continúa con la reclamación de la madre a título de heredero y causahabiente de la misma, pretendiendo hacer efectivos los derechos indemnizatorios de aquélla, para lo cual la sucesión procesal (aquí procedimental, dada la índole administrativa de las actuaciones) es una técnica instrumental de la sucesión o

transmisión del derecho sustantivo subyacente, como se desprende del artículo 31.3 LPAC al disponer que *“cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”*. Más adelante se abordará el hecho y las consecuencias de que, al no constar la aceptación de la herencia, pero sí una declaración notarial de herederos *“ab intestato”* (junto a sus hermanos), la legitimación del interesado sólo es admisible si su pretensión resarcitoria se considera ejercitada en beneficio de la comunidad hereditaria resultante.

II. Planteada así la cuestión, es claro que la admisión de la legitimación activa *“iure hereditatis”* del señor S. T., como acreditado heredero legítimo *“ab intestato”* de la reclamante inicial, pasa por determinar si el derecho indemnizatorio que presuntamente ostentaba su causante y que fue reclamado por la misma se extinguió con el fallecimiento de ésta, o si, por el contrario, pervive y es transmisible *“mortis causa”* a sus herederos, ello sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que puedan tener éstos no ya como herederos, sino, como se dijo al principio, como perjudicados y reclamantes *“iure proprio”* por el fallecimiento de su madre, y que no consta que hayan reclamado.

A la vista de la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, ha de concluirse a favor de la no extinción *“mortis causa”* de los derechos indemnizatorios generados por los daños que el anormal funcionamiento administrativo pudo causar a la reclamante, así como la aptitud de tales derechos (reclamados, pero no reconocidos al momento del fallecimiento de la víctima) para ingresar en su herencia, a favor de la comunidad hereditaria resultante.

En efecto, el Dictamen del Consejo de Estado de 20 de junio de 2002 señala primeramente que *“la presente solicitud de responsabilidad patrimonial no responde a la muerte del causante por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, supuesto en el que la figura del heredero es sustituida por la del perjudicado, heredero o no, ya que la indemnización -o el derecho a la misma- no habría podido ingresar en el patrimonio del fallecido”*. Al tratarse, en cambio, de una reclamación del heredero de la víctima por los quebrantos sufridos por ésta en vida, aborda la cuestión planteada afirmando que *“aceptada como punto de partida la transmisión hereditaria de cuantos derechos de carácter obligacional no sean personalísimos, no hay razón alguna para exceptuar los nacidos al amparo de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que carecen de aquellas connotaciones, al igual que sucede con la responsabilidad extracontractual en términos exclusivamente civiles. Por lo demás, estamos en presencia de verdaderos derechos y, en cualquier supuesto, la distinción entre éstos y las simples expectativas no varía con el cambio de titularidad -si se permite la expresión-, de forma que el éxito o fracaso de la reclamación no depende de la legitimidad formal para el ejercicio de la acción”*.

En el mismo sentido se viene pronunciando la doctrina de otros órganos consultivos análogos (Dictámenes nº 97/01, 223, 238 y 291/03 y 321/04 del Consejo Consultivo Andaluz, y 359/01 y 173/03 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, entre otros).

De igual modo se viene pronunciando la Jurisprudencia. Así, en el orden civil, la SAP de Asturias de 9 de abril de 2002 señala que se trata de una rancia polémica no resuelta

definitivamente por la doctrina, cual es qué deben entenderse por derechos personalísimos y si el derecho al resarcimiento del daño sufrido en el propio cuerpo lo es, y que *“si bien puede afirmarse que el derecho a la integridad física es un derecho inherente a la personalidad, la cuestión que aquí se debate no es ésta, sino la de si el derecho al resarcimiento derivado del daño causado por la conducta negligente de otro y de la contravención del principio del deber de no dañar, es derecho de contenido patrimonial o no cuando de daños personales se trata”*, llegando a una conclusión afirmativa, entre otras razones, por disposiciones como la del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, que reconoce legitimación para ejercitar la acción directa tanto al perjudicado como a sus herederos, considerando la Sala que *“ninguna necesidad habría de referirse a los herederos si no es que se da por supuesto la patrimonialidad del derecho al resarcimiento”*. A la misma conclusión llega la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de junio de 2004 con simple invocación de los artículos 657 y siguientes del Código Civil, considerando que la reclamación indemnizatoria *“comprende el concepto de heredera de la actora respecto a su hija fallecida, a su vez perjudicada por la muerte de su marido”* (siendo este último el hecho culposo que generaba indemnización).

Por su parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, respecto de una pretendida responsabilidad civil *“ex delicto”*, afirma lo siguiente en su sentencia de 7 de diciembre de 1998:

“Es cierto que en este caso el derecho a percibir la indemnización acordada se le asignó a la madre política de la víctima del delito, no en razón de su cualidad de perjudicada, sino de su titulación como heredera del patrimonio de su hija, ésta sí perjudicada. De ahí que la doctrina jurisprudencial que distingue entre heredero y perjudicado no sea aplicable al presente supuesto, pues su peculiar situación -producto de la mera cronología de los acontecimientos sucesorios desencadenados a raíz del fallecimiento que genera el perjuicio- no puede, en razón de la naturaleza del daño o del cauce procesal utilizado para reclamarlo, favorecer un pronunciamiento acorde con la tesis de quien recurre en casación una vez que, demostrado el perjuicio, el derecho a ser indemnizado nació desde el momento en que se produjo el daño generador de aquél y tal derecho, en cuanto incorporado al patrimonio de su titular, era susceptible de ser transmitido a los herederos de acuerdo con los términos del artículo 105 CP vigente en el momento de los hechos y, a cuya virtud, se prolongaba a los herederos del perjudicado la obligación de indemnizar y la acción para reclamarla en su caso dentro de la vía penal. Con el reconocimiento del daño moral y la cualidad de perjudicada a la esposa de la víctima del delito quedó constituido un derecho que, con independencia del momento de su cuantificación, poseía aptitud para ser integrado en el patrimonio de la persona concreta que sufrió o padeció aquel perjuicio”.

Por último, en la jurisdicción contencioso-administrativa destaca la STSJ de Navarra de 17 de octubre de 2003, que aborda un supuesto análogo al que nos ocupa, manteniendo la misma doctrina ya expresada, con argumentos que, por su grado de detalle, conviene reproducir, no obstante su extensión:

“A) Si bien es cierto que con la jurisprudencia citada en el escrito de apelación del Letrado de la Administración foral la indemnización en caso de fallecimiento a favor de los perjudicados por el fallecimiento de una persona, se fijan “iure proprio”, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con un lazo de parentesco, afectivo o de convivencia con la fallecida y que precisamente por la muerte de aquella

persona sufre un daño susceptible de indemnización, la existencia de tal perjuicio no es incompatible con la existencia de un derecho hereditario a obtener, conforme a las normas hereditarias generales, artículo 659 del Código Civil, los derechos que hubieran correspondido a la fallecida, en este caso como causante hereditario de los perjudicados. Es decir, que conceptualmente pueden existir unas mismas personas con una doble condición: la de perjudicados y la de herederos, no existiendo incompatibilidad alguna entre ambos supuestos.

B) En el caso analizado existió un daño personal a la fallecida, que le ocasionó un importante sufrimiento por la no detección por los servicios sanitarios del cáncer que culminó con su muerte. Tal derecho era resarcible a la propia perjudicada, la fallecida, la cual había solicitado el reconocimiento del derecho de forma personal, habiendo fallecido antes de que la Administración dictara resolución al respecto. Es obvio que de haberse reconocido por la Administración la existencia del derecho de indemnización, el mismo hubiera sido transmisible, hereditariamente, a los ahora actores, por lo que no se ve una diferencia conceptual con la hipótesis analizada, pues el derecho al resarcimiento puede existir, aun no reconocido en la vía administrativa. Tal derecho existe o no, más el devengo del mismo ya se habría generado una vez que se ha producido el supuesto de hecho que genera el mismo, no teniendo carácter constitutivo la resolución administrativa que pueda reconocer tal derecho al resarcimiento.

C) No puede entenderse que el derecho al resarcimiento de la fallecida sea un derecho personalísimo no transmisible a sus herederos, su sufrimiento sí fue personalísimo mas es resarcible, compensable pecuniariamente, y tal resarcimiento constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión a sus herederos. No puede compartirse la idea expresada por la Administración de que se trataba de una mera expectativa de derecho que se extinguió con la muerte de la perjudicada, pues el daño moral ha provocado un derecho de resarcimiento pecuniario superior a una mera expectativa, constituyendo un derecho ya perfeccionado, susceptible de transmisión, así piénsese que si tal derecho ya hubiera sido reconocido en vía administrativa, el mismo hubiera por sucesión hereditaria ingresado en el patrimonio de los herederos, por lo que la muerte no puede alterar las consecuencias que se hubieran producido de no mediar la misma, y ello sin perjuicio de que a causa de la muerte se produjera, suceso entonces incierto, un perjuicio personal para los actores, susceptible de indemnización independiente, iure proprio, del que corresponde a la fallecida, ello con independencia de que de no haber mediado dicha muerte ya se hubieran podido producir perjuicios personales a los herederos”.

III. A partir de lo anterior, esto es, de la admisibilidad de la legitimación activa del señor S. T. a título hereditario, y obrando en el expediente una declaración notarial de herederos “*ab intestato*” de la víctima que comprende a más personas que la del citado compareciente, y no constando renuncia o aceptación hereditaria de los mismos (ni, por tanto, la división de la herencia), resulta obligado considerar que el compareciente sólo puede actuar en beneficio de la comunidad hereditaria correspondiente, tal y como permite la jurisprudencia a cualquiera de los herederos (STS, Sala 1ª, de 16 de septiembre de 1985, y SAP Cuenca de 29 de enero de 2004, citando la anterior).

Lo anterior justificaría que, en el supuesto de estimarse total o parcialmente la reclamación, el beneficiario de la misma haya de ser precisamente la citada comunidad hereditaria, pero no el compareciente a título propio, y todo ello sin perjuicio de lo que

resultara de la adjudicación y división de la herencia (salvedad que debería hacerse constar expresamente en la resolución). Por tal motivo, procedería en todo caso la notificación de esta última a los citados coherederos.

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 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).

Aplicadas tales consideraciones al caso que nos ocupa, se advierte que la Inspección Médica concluye que no se aplicaron en su momento las técnicas diagnósticas precisas para determinar el alcance de la lesión tumoral que aquejaba a la reclamante. A pesar de que el citado informe es excesivamente escueto, del relato de antecedentes que contiene y de sus conclusiones se desprende el parecer del informante de que, tras la intervención quirúrgica efectuada el 14 de octubre de 2003 en el Hospital de Molina de Segura para la evacuación de lo que se había considerado previamente como “*hematoma organizado en 1/3 superior de pierna derecha*” (intervención realizada por la recidiva del bultoma a pesar de unos anteriores drenajes y radiografía), debió haberse procedido a emplear otras técnicas diagnósticas, señaladamente la biopsia del tejido afectado, para llegar a un diagnóstico definitivo (el facultativo actuante aduce en su informe ciertas razones para no sospechar del tumor, pero no ofrece su explicación y diagnóstico para las recidivas del bultoma). Diagnóstico definitivo que sólo fue obtenido cuando la paciente, tras acudir primero infructuosamente el 26 de diciembre de 2003 al Servicio de Urgencias del Hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, acude el 5 de febrero de 2004 a consulta de Traumatología del citado Hospital, en la que se prescribe la realización de la biopsia por punción (PAAF), cuyo informe de 10 de febrero siguiente indica haber advertido en el tejido un fibrohistiocitoma maligno variedad mixoide. Considera la Inspección Médica que “*el factor tiempo (la no realización de un diagnóstico precoz) pudo condicionar la evolución y el desarrollo del proceso causado por el fibrohistiocitoma maligno, tumor muy agresivo, de mal pronóstico y que metastatiza con frecuencia*”.

Lo anterior, así como la propuesta de la Inspección estimatoria de la reclamación, llevan a considerar que tras la intervención quirúrgica del 14 de octubre de 2003, en que no se indicó la biopsia (o tras el postoperatorio, al advertir la recidiva que tuvo que ser nuevamente tratada farmacológicamente por el facultativo actuante), y hasta el 10 de

febrero de 2004, fecha en que, tras ser prescrita la biopsia, se obtiene el diagnóstico antes mencionado, existió un retraso imputable a los servicios sanitarios públicos, aun cuando ello no necesariamente implicase culpa grave de los facultativos actuantes. Siendo así, y como expresamos en nuestro Dictamen 71/2006, ello generó *“una pérdida de posibilidad u oportunidades terapéuticas, que nos conduce a la conocida doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria (STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998), que afecta esencialmente a los supuestos de error de diagnóstico y/o diagnóstico tardío, y a los de tratamiento y asistencia tardía. En el campo médico se habla de la pérdida de oportunidad de vida o curación para significar aquellos casos en que por la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más completo, etc. se ha privado al paciente de una posibilidad de curación (...). La consecuencia de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidad, como sostiene la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de octubre de 2003: “Por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de la oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la lex artis se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente; el hecho de que se valore, exclusivamente, esta circunstancia obliga a que el importe de la indemnización deba acomodarse a esta circunstancia y que se modere proporcionalmente con el fin de que la cantidad en la que se fije la indemnización valore en exclusiva este concepto indemnizatorio”; también como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de abril de 2002: “pérdida de oportunidades o expectativas de curación, lo que significa que no es pertinente condenar a la Administración sanitaria como si el daño íntegro fuera atribuible a la misma, sino en una proporción resultante de una valoración aproximativa de las probabilidades de éxito que se hubiesen derivado del tratamiento correspondiente a un diagnóstico acertado”.*

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

A la hora de determinar la indemnización, el presente caso presenta unas singularidades que motivan que la tradicional dificultad inherente a estos casos se vea notablemente aumentada. Estas circunstancias son de doble orden:

A) Por un lado, la ausencia en el Informe de la Inspección Médica de un análisis de la incidencia del retraso diagnóstico en la evolución de la dolencia de la paciente. Aun tratándose de cuestiones médicas de evidente dificultad, la determinación del *“quantum”* indemnizatorio debe basarse, según se dijo en la Consideración anterior, en un estudio sobre los perjuicios que haya podido ocasionar al enfermo el retraso diagnóstico imputable a la Administración, lo que requiere de un análisis detallado de las características de la enfermedad y de su evolución, atendiendo a datos estadísticos y en consideración a las circunstancias del caso concreto (período de tiempo del retraso, estudios obrantes en la historia clínica que permitan analizar la evolución del tumor, fallecimiento final, etc.). Así, en un caso como el presente, en que por el servicio inspector competente *“en ningún momento se analiza concienzudamente la influencia del tiempo en el hecho lesivo”*, el Dictamen 67/2003 del Consejo Consultivo Andaluz concluye en la necesidad de realizar actos de instrucción complementarios como los mencionados, para que, con la debida contradicción, puedan obtenerse suficientes elementos de juicio que orienten con mayor concreción (en nuestro caso, con alguna concreción) sobre las consecuencias

lesivas del retraso diagnóstico, y ello como requisito indispensable para proceder a una cuantificación motivada y no arbitraria de la indemnización.

B) Por otra parte, de la propuesta de resolución se desprende que se ha considerado indemnizable el hecho mismo del fallecimiento, pues se establece como indemnización la prevista por el baremo de la ya citada Ley 30/1995 en favor de hijo mayor de 25 años por el fallecimiento de uno de sus padres (si bien con la aparente contradicción de utilizar como fecha de valoración el año en que se consideró producida la deficiente asistencia sanitaria -que entiende que fue en el año 2003- y no el del fallecimiento, acaecido en 2005). Con ello, la propuesta estima que el hijo de la víctima reclama “*iure proprio*” y en exclusiva para sí, es decir, que reclama como perjudicado por el fallecimiento de su madre (por los daños morales que le causa tal hecho) y a título propio (sin reclamar para otros familiares).

Sin embargo, en la Consideración Segunda hemos razonado que el interesado continúa “*iure hereditatis*” con la pretensión de la reclamante inicial, hasta el punto de que, aun con posterioridad al fallecimiento de la víctima del daño, no varía en absoluto los hechos y daños por los que reclama ni la causa de pedir, sin que le sea dado a la Administración variar unilateralmente la pretensión del interesado, que ha de deducirse necesariamente de las circunstancias expresadas.

Así pues, tanto las actuaciones de la reclamante inicial como las de su sucesor en el procedimiento, imponen que deba resolverse sobre la indemnización que era debida a aquélla por los daños reclamados que, causados a la misma, se estimen imputables al funcionamiento anormal del servicio público sanitario.

A tal efecto, el órgano consultante, previo informe de la Inspección Médica que contemple la globalidad del proceso patológico de la paciente y la final audiencia del interesado, debe determinar en qué medida los daños alegados en la reclamación (la amputación de la pierna y las recidivas tumorales inguinales, causantes de las estancias hospitalarias e incapacidad por las que se reclama), pueden razonablemente imputarse al retraso diagnóstico objetivado en el periodo de tiempo a que antes se hizo referencia. La cuantificación de los conceptos que, a la vista del mencionado informe e historia clínica, hubiesen de considerarse indemnizables, habría de atenerse al baremo de referencia con un carácter meramente orientativo, conforme con lo establecido en casos análogos por la doctrina consultiva y la jurisprudencia, ponderando aquí muy señaladamente el lapso de tiempo en que la víctima pudo sufrir las secuelas e incapacidad correspondiente. De no poderse determinar aproximativa y razonablemente la incidencia del mencionado retraso diagnóstico en el proceso patológico de la paciente, habría que convenir en la existencia de una concurrencia de causas (existencia del tumor maligno, no imputable a la Administración, y retraso diagnóstico, sí imputable) de incidencia indeterminada en la producción de los daños en cuestión, lo que llevaría a imputar el 50% de relevancia a cada una de dichas causas y, por tanto, trasladándose dicho porcentaje a la cuantificación de la indemnización final, de forma análoga a lo que vino a concluir este Consejo Jurídico en los Dictámenes 4 y 71 de 2006.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La reclamación inicial objeto de Dictamen, deducida por la víctima del presunto funcionamiento anormal de los servicios sanitarios regionales, ha de considerarse continuada a título de sucesión “*mortis causa*” por uno de sus herederos en beneficio de la comunidad hereditaria correspondiente, a la que debe considerarse beneficiaria de la indemnización que, en su caso, se reconociese por los hechos a que se contrae la citada reclamación, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Segunda de este Dictamen. En este aspecto, la propuesta de resolución se informa desfavorablemente.

SEGUNDA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, procediendo su indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen. En este extremo, la propuesta de resolución se informa favorablemente.

TERCERA.- La cuantía del resarcimiento debe ser determinada conforme a los criterios expresados en la Consideración Cuarta de este Dictamen, por lo que, en este punto, la propuesta de resolución objeto de informe se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 185/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a G. M. L., en nombre y representación de su hija menor de edad G. G. M., debida a accidente escolar.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 13/12/06

Extracto de Doctrina

No admite duda la imputabilidad del daño a la Administración y el funcionamiento anormal del servicio público que supone la existencia de una deficiente instalación, impropia no ya para servir a alumnos con necesidades educativas especiales, sino para cualquier usuario infantil, siendo también perceptible el nexo causal entre el daño y la prestación del servicio público educativo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 3 de mayo de 2006, D. M. G. M. L., en nombre y representación de su hija menor de edad G. G. M., presentó reclamación por accidente escolar ocurrido el 7

de abril anterior, a consecuencia del cual su hija, de 3 años de edad, afectada de Síndrome de Dow, sufrió la rotura de un incisivo, accidente que describe del siguiente modo: *“Al salir del lavabo (habiendo pedido permiso previamente a su profesor) sufrió una caída como consecuencia de la cual se produjo la rotura de un incisivo y hemorragia de nariz y labio. Este accidente ha producido daños valorados en 60 euros, tal y como se acredita en la factura que se adjunta y a la que el facultativo acompaña informe en el sentido de que no siendo definitiva la cura realizada, más adelante se tendrán que realizar otras intervenciones. La niña es Síndrome Down y sujeto de educación especial”*.

El accidente es confirmado por el parte escolar suscrito por el Director del centro el día 26 de abril de 2006.

SEGUNDO.- El informe del centro escolar, emitido el día 5 de junio de 2006, se expresa de la siguiente manera:

“G. G. M., nacida el 17 de mayo de 1999, está matriculada en este colegio desde el primer curso del Segundo Ciclo de Educación Infantil-infantil 3 años-. Actualmente está cursando las enseñanzas del 1º Curso de Primaria. El aula que ocupa no tiene aseos y para su uso necesita atravesar el patio de recreo y subir 3 escalones sin barandilla.

G. pidió permiso a su maestro-tutor para ir al aseo, cosa que hace habitualmente sin ningún tipo de problema. A pesar de ser Síndrome de Down viene mostrando la suficiente autonomía en la vida normal del colegio. Por tanto, se puede asegurar suficientemente capacitada para este hábito.

La niña está en un buen nivel de lecto-escritura y se expresa con claridad y coherencia.

Recibe apoyos de la especialidad de PT y ha sido dada de alta en Logopedia.

Sí es cierto que donde presenta dificultades no exageradas es en la psicomotricidad, sin llegar a la torpeza. El hecho de subir escalones sí puede considerarse una actividad a mejorar. La escalera es corta, 3 peldaños altos, sin barandilla. Los escalones son antideslizantes pero algo desgastados. Se puede considerar que su estado no es el más idóneo, como otras partes del edificio.

Después del accidente, G. se quedó quieta y dolorida en el lugar del mismo, siendo un compañero que salió después el que se dio cuenta y se lo comunicó al tutor. Posteriormente la niña narró que se resbaló en la escalera se dio el golpe en la boca”.

TERCERO.- Por su parte, la Unidad Técnica de centros escolares, tras girar visita y documentar su informe con fotografías, expone que *“los escalones de acceso al aseo de las niñas son de terrazo lavado ejecutados con material antideslizante, tienen una dimensión de huella y tabica irregulares (...) El inicio de los peldaños se efectúa desde la acera del patio del colegio, que está a una cota de 7cm sobre el nivel del suelo del mismo, lo que le convierte en un peldaño más de acceso a los aseos. Al pie de la acera y pegada al bordillo de la misma hay un pequeño canal de desagüe del patio que tiene salida de aguas a través de la pared de cerramiento del recinto.*

No son estas condiciones las más apropiadas para el acceso a los aseos, tanto por sus dimensiones como por su configuración, sobre todo para el acceso a minusválidos (...)”.

CUARTO.- Formulada propuesta de resolución, concluye ésta en estimar la reclamación, tras lo cual se remitió el expediente a este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el día 11 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.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La acción de reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por la representación legal de la menor.

En lo que respecta 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 CEIP “Escultor González Moreno” de Aljucer, Murcia.

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, a excepción del plazo máximo para resolver (artículo 13.3 RRP).

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, el Consejo Jurídico viene reiterando la constante doctrina de los órganos consultivos y del Tribunal Supremo según la cual la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática a la Administración, con independencia de su actuación, de cuantos hechos dañosos sucedan como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos, de tal modo que la producción de un accidente dentro del centro escolar no es suficiente para atribuir sus consecuencias maquinalemente a la Administración educativa, puesto que es imprescindible la relación de causalidad directa e inmediata entre dicho daño y

el funcionamiento del servicio público, al menos en proporción suficiente como para constituirse éste en causa exclusiva o concurrente del daño, para lo cual es necesario 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 (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3582/2001).

Cuando se trata de daños sufridos por alumnos en Centros de Educación Especial, la tradicional obligación de custodia de todo centro se ha de verificar de forma más exigente, afirmando el Consejo de Estado que las características de esos centros obligan a la Administración a extremar su celo en la custodia de los alumnos (Dictámenes núms. 4060/1996, de 19 de diciembre, y 1077/1996, de 9 de marzo, entre otros). En esta misma línea se manifiesta la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos y de este Consejo Jurídico (Dictámenes núms. 30/2002, 107/2002, 31/2003 y 65/2003, 15 y 17 de 2005).

El relato de los hechos contenido en el expediente sometido a consulta acredita que la alumna del CEIP “Escultor González Moreno”, G. G. M. se dirigía a los cuartos de aseo accediendo a los mismos a través de unos peldaños que tienen dimensiones irregulares de huella y tabica, y a continuación de los mismos hay una acera que está a una cota inferior de 7 centímetros (constituyendo un nuevo escalón irregular) y tras la cual hay una canal de desagüe del patio. La fotografía que figura al folio 19 del expediente revela con suficiente expresión gráfica la falta de idoneidad de la instalación, circunstancia ésta reconocida por la Unidad Técnica de centros y por la propuesta de resolución, cuyo sentido estimatorio comparte este Consejo Jurídico al apreciar, además, que la alumna accidentada presentaba dificultades motoras no exageradas, propias de su estado de Síndrome de Down.

No admite duda ello sobre la imputabilidad del daño a la Administración y el funcionamiento anormal del servicio público que supone la existencia de una deficiente instalación, impropia no ya para servir a alumnos con necesidades educativas especiales, sino para cualquier usuario infantil, siendo también perceptible el nexo causal entre el daño y la prestación del servicio público educativo, por lo que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de la reclamante a ser indemnizada en la cantidad que solicita.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, por ser el daño imputable a la Administración regional, al existir relación de causalidad entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 186/06.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil I. O. S. A., S.L., por las obras de cimentación del pabellón polideportivo de Zeneta (Murcia).

Consultante : Alcalde del Ayuntamiento de Murcia

Fecha: 18/12/06

Extracto de Doctrina

1. Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005 y 165/2005), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria y del avalista, en su caso.

2. La inexistencia del libro de órdenes, con ser una evidente irregularidad, no impide que la Administración ejerza su labor de dirección e inspección de las obras, pues aunque la constancia en el libro de órdenes sea una condición para que adquieran fuerza vinculante las verbales, si el contratista las acepta y acata, obrando en consecuencia, no puede luego ampararse en el defecto de forma para afirmar que la Administración no ha desplegado la actividad de dirección, supervisión e inspección de las obras a que venía obligada, máxime cuando es la mercantil la que viene obligada por el pliego de condiciones jurídicas y económico-administrativas a entregar el libro al Director de la obra, “en el plazo máximo de cinco días desde la formalización del acto de replanteo” (cláusula 15.9).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de octubre de 2005, el Ayuntamiento de Murcia y la mercantil “I. y O. S. A., S.L.” (I. S.L.), formalizan un contrato administrativo de obras para la ejecución de las de “Cimentación del Pabellón Polideportivo en Zeneta (Murcia)”.

El procedimiento de adjudicación es abierto y mediante subasta. La referida mercantil resulta adjudicataria del contrato, con un precio de 91.602,46 euros (el presupuesto base de licitación era de 111.710,32 euros).

El plazo máximo de ejecución se fija en dos meses, contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo.

Consta en el expediente de contratación un informe justificativo que, por su interés, se transcribe a continuación:

“La Escuela Taller “Pabellón Polideportivo de Zeneta” tiene una duración de 2 años (iniciándose el proyecto el 22 de diciembre de 2005), en los que el objetivo es la ejecución de las obras de construcción de un pabellón polideportivo en la pedanía de Zeneta, por los alumnos trabajadores de las diferentes especialidades formativas del proyecto (albañilería general, soldador alicatador, fontanería, electricidad, cerrajería y carpintería de aluminio y carpintería de madera). Este proyecto está financiado por el Servicio Regional de Empleo y Formación con una subvención condicionada al

cumplimiento del objetivo del proyecto en el tiempo establecido y que se reintegra al SEF íntegramente si no se cumple.

Los alumnos trabajadores a lo largo de los 6 primeros meses del proyecto reciben formación profesional ocupacional en los talleres correspondientes y, superada esta primera etapa formativa, son contratados por el Excmo. Ayuntamiento de Murcia (de manera que hasta que los alumnos trabajadores no son contratados no pueden trabajar en la obra).

Con objeto de poder finalizar el proyecto en el periodo de duración del mismo y sobre todo para que en el momento en que se formalizaran los contratos a los alumnos pudieran ejecutar sus trabajos en la obra todas las especialidades, se planificó la contratación mediante subasta de la ejecución del movimiento de tierras, la realización de cimientos y muros en la zona del pabellón y la realización de saneamiento en la zona de los vestuarios”.

SEGUNDO.- El acta de comprobación del replanteo se firma el 9 de enero de 2006.

El 15 de marzo siguiente tiene entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Murcia una solicitud del contratista para ampliar el plazo de ejecución en 30 días. Afirma que, debido a las lluvias caídas durante los meses de enero y febrero y “*por las características del terreno donde han de llevarse a cabo las obras y dado que el concurso de camiones de gran tonelaje es indispensable para la ejecución de las mismas en las condiciones mínimas de seguridad*”, la fecha prevista para la finalización de las obras, el 9 de marzo de 2006, ha sido de imposible cumplimiento.

TERCERO.- El 12 de abril, la Directora de la Escuela Taller comunica a la Oficina Técnica de Arquitectura del Ayuntamiento la imposibilidad de ampliar el plazo, dado el compromiso adquirido frente al Servicio Regional de Empleo y Formación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (SEF), de que la primera semana de abril de 2006 los alumnos trabajadores de la Escuela Taller estarían trabajando en la obra. Asimismo indica que, atendidas las peculiaridades de tales alumnos, no puede haber trabajando ninguna otra empresa en la obra cuando la Escuela Taller inicie su actividad. Si se ampliara el plazo según lo solicitado por la contratista, se incumpliría la programación comprometida con el SEF, lo que generaría consecuencias económicas desfavorables para el proyecto de la Escuela. En cualquier caso, afirma que habiendo transcurrido ya la prórroga solicitada, las obras no sólo no están terminadas, sino que ni siquiera existe un “*planning*” “*por el que nos podamos orientar, coordinar y saber cuándo podrían concluir*”.

CUARTO.- El 17 de abril la empresa remite un nuevo escrito al Ayuntamiento para indicarle que, tras la solicitud anterior de prórroga hasta el 9 de abril, “*el posterior desarrollo de los trabajos han puesto de manifiesto la imposibilidad de cumplimiento de dicho plazo, puesto que éstos están supeditados a la ejecución por parte de la Escuela Taller de diversas unidades de obra desconocidas por nuestra parte, necesarias para la correcta ejecución del Proyecto, que la Dirección Facultativa ya conoce y que condicionan el ritmo de ejecución del resto de obra*”. Considera que, dada la incidencia en los trabajos de factores externos a la empresa, no puede precisar una fecha de terminación de las obras.

QUINTO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, de 10 de mayo de 2006, se desestima la solicitud de prórroga en el plazo de ejecución, con fundamento

en el informe emitido por la Dirección de las obras, que manifiesta la imposibilidad de ampliar el plazo de ejecución, de acuerdo a su vez con el informe de la Directora de la Escuela Taller, estimando aquélla que el contratista ha tenido tiempo suficiente para la ejecución de los trabajos en el plazo establecido en su día.

El Acuerdo es notificado el 24 de mayo de 2006.

SEXTO.- El 31 de mayo de 2006 la empresa remite al Ayuntamiento un escrito en el que pone de manifiesto los siguientes hechos:

- La intervención, como ayudante de la Dirección Facultativa de la obra, de una persona que no cuenta con el nombramiento expreso del órgano de contratación.

- Ausencia de Libro de Órdenes y de la asistencia continuada y obligada de la verdadera Dirección Facultativa, que no ha efectuado por el medio adecuado orden alguna.

- La obra se ha ejecutado conforme a Proyecto, con las incidencias conocidas por la Dirección Facultativa.

- Ha habido modificaciones significativas en la obra, como el aumento en la altura de los muros de hormigón, sin que se haya aprobado formalmente dicha modificación, ni su precio, ni se hayan ajustado los plazos de ejecución.

- Ausencia de motivación en la desestimación de la solicitud de prórroga del plazo.

- Incumplimiento, por el Ayuntamiento, de su obligación de certificar mensualmente la obra ejecutada.

- Imposibilidad de acceder a la obra personal que no forme parte de la empresa contratista, conforme pone de manifiesto el Coordinador de Seguridad y Salud. Por ello, para poder permitir el acceso al personal de la Escuela Taller es necesario un Plan de Seguridad complementario, sin que se haya sometido a aprobación dicho documento.

En consecuencia, solicita:

a) Que se paralice el acceso a la obra de personal ajeno a la contratista, por ser contrario a la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

b) Que se dicten órdenes precisas con la formalidad adecuada, y el ajuste de los plazos a la realidad de lo que se ejecuta.

c) Que se proceda a certificar mensualmente.

SÉPTIMO.- El 26 de junio de 2006, la Escuela Taller solicita al Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros del Ayuntamiento que inicie el procedimiento de resolución contractual, remitiéndole los siguientes informes:

1. La Directora de la Escuela informa que el SEF concedió una subvención de 1.113.504,48 euros, destinada a gastos de formación, funcionamiento y salarios de los alumnos trabajadores. Como consecuencia del retraso en la entrega de las obras por parte de la contratista, es muy probable que el SEF paralice el proyecto, lo que supondría dejar a 60 personas sin trabajo y la pérdida de la subvención.

2. La Arquitecta Técnica de la Escuela Taller a la que la contratista se refiere como “*supuesta ayudante de la Dirección Facultativa*”, emite informe con el visto bueno del Jefe de Sección de Empleo, para relatar las circunstancias en que se ha desarrollado la

ejecución del contrato y las incidencias que la han jalonado. Este informe alcanza las siguientes conclusiones:

- La empresa no cumple los plazos parciales ni finales para la ejecución de los trabajos. No presenta “planning” parciales ni finales adecuados a la ejecución.+

- Los operarios no disponen de la capacidad adecuada, ni aptitud profesional ni técnica para la realización de dichos trabajos.

- No se aporta la documentación de seguridad requerida ni cumple sus obligaciones con la Seguridad Social.

- Ausencia de planificación a la hora de realizar los trabajos. No utiliza los materiales especificados en el Pliego de Condiciones y cuando lo hace no los utiliza adecuadamente.

- Los acabados que se han ejecutado en obra no son los requeridos en el Pliego de Condiciones del contrato.

- Incumple las medidas de seguridad, así como la de facilitar la documentación necesaria para la comprobación de la aptitud de los trabajadores.

- No colabora con el resto de empresas designadas.

- Incumple el punto 16.10 del Pliego de Condiciones, por el cual debería dar toda clase de facilidades al resto de empresas que hubiera designado el Ayuntamiento para la realización de otros trabajos.

- Se ha incumplido el punto 16.14 del Pliego de Condiciones, sobre la interrupción de las obras.

3. La misma Arquitecta Técnica relata las incidencias que, ya antes de comenzar la ejecución de la obra, incidieron en su retraso. Así, en informe de 1 de diciembre de 2005, pone de manifiesto las insuficiencias del Plan de Seguridad y Salud inicialmente presentado por el contratista en septiembre de 2005, los sucesivos requerimientos formulados desde el Ayuntamiento para que subsanara las deficiencias técnicas que presentaba, la omisión de medidas de cumplimiento de tales indicaciones, y cómo, finalmente, el 28 de noviembre de 2005, la contratista decide comenzar las obras de desbroce del terreno, sin haber sido aprobado el Plan y sin haber realizado, por tanto, el acta de replanteo.

OCTAVO.- El 29 de junio de 2006, el Arquitecto Municipal Director de las obras remite al Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros del Ayuntamiento un informe que relata las incidencias en la ejecución de las obras. Por su interés para resolver las cuestiones planteadas en el procedimiento resolutorio del contrato, se transcribe literalmente:

“Las obras de referencia fueron contratadas con la empresa I Y O. S. A. S.L., el 25 de octubre de 2005 con un plazo de ejecución de DOS MESES y dieron comienzo el 9 de enero de 2006. El motivo de este retraso en iniciar las obras se debió al incumplimiento por parte del contratista en la entrega del Plan de Seguridad y Salud, que demoró hasta el 16 de diciembre pese a los continuos requerimientos escritos y verbales (la primera comunicación exigiéndolo se envió por fax el 21 de septiembre de 2005) realizados desde la Oficina Técnica de Arquitectura y la Escuela Taller Municipal.

Una vez iniciadas las obras, el ritmo de ejecución fue muy lento durante las primeras semanas, puesto que el contratista dispuso únicamente a dos operarios trabajando y muchos días no acudían, aduciendo que las lluvias y el barro les impedían el acceso a la obra. Se ordenó al contratista la disposición de más medios materiales y humanos y que extendiese grava en la entrada de la obra para garantizar el acceso, órdenes a las que hizo caso omiso. A esto se añadía que los trabajos que iba realizando eran incompletos o presentaban errores que los operarios tenían que rectificar, por lo que el ritmo de trabajo se ralentizaba todavía más. Estas circunstancias motivaron que el importe de las certificaciones de enero (n.º 1) y febrero (n.º 2) fuese respectivamente de 15.345,74 euros y 13.731,37 euros, es decir, que en el plazo que contaba para la total ejecución de las obras el contratista había realizado únicamente el 31,74%.

En el mes de febrero se ordenó al contratista que agilizase los trabajos disponiendo mayores y más cualificados medios materiales y humanos, dado que el plazo de ejecución estaba próximo a finalizar y la Escuela Taller Municipal necesitaba que las obras finalizasen lo antes posible de cara al inicio de sus programas de trabajo y cumplimiento de los compromisos adquiridos con el Servicio Regional de Empleo y Formación. La respuesta del contratista fue incorporar a la obra a un nuevo operario pero manteniendo la misma pobreza de medios materiales con lo que no se obtuvo agilización alguna.

Desde finales del mes de febrero se comenzaron a observar deficiencias en la calidad de ejecución de las obras, producto de la inexperiencia de los trabajadores (comentaron que eran albañiles no especializados en obras de cimentación) y la pobreza de medios dispuestos. Incluso algunas unidades de obra no se estaban realizando conforme a especificaciones de proyecto (encofrados de chapa metálica en vez de paneles fenólicos y hormigón de cimentación no SR como se prescribe en proyecto, realización de juntas de hormigonado incorrectas, encofrados y berengenos no alineados ni nivelados, etc.). Todo ello dio lugar a continuas rectificaciones de los trabajos que se realizaban y a que los acabados que no se podían rectificar presentasen una imagen muy pobre y deficiente.

El 15 de marzo de 2006 el contratista presentó escrito solicitando ampliación del plazo de ejecución de las obras en TREINTA DÍAS, solicitud que le fue desestimada dado que la Dirección Técnica de las obras estimaba que el plazo inicial había sido suficiente para ejecutar las obras y que el contratista no había presentado programa alternativo de finalización de las obras que justificase la demora. Además el aplazamiento no contaba con la conformidad del Servicio promotor de las obras, la Escuela Taller Municipal, por los perjuicios que causaba a este Ayuntamiento según informaron en X de la Escuela Taller.

En diversas reuniones mantenidas con el contratista, se le ordenó la finalización de las obras y fijó día concreto para ello, orden que nunca ha cumplido. Se comprometió a terminar el 10 de abril (antes de las fiestas de Pascua) y no lo cumplió. También se le ordenó la realización de las obras con procedimientos constructivos adecuados (Hormigonado por piezas completas, regado anterior y curado continuado del hormigón, juntas de hormigonado en ángulo 45º, encofrados alineados y nivelados, etc.) y tampoco lo ha cumplido, no se sabe si por incapacidad o por falta de voluntad.

En una última reunión tenida el 29 de mayo, se ordenó al contratista terminar el 2 de junio, fecha a la que verbalmente accedió, pero que no cumplió.

Finalmente el 31 de mayo de 2006 el contratista presentó un escrito en que solicitaba que no accediese a la obra personal que no perteneciese a su empresa, que se le permitiera la finalización de las obras reajustando los plazos a la realidad ejecutada y que se certificase mensualmente. Pretendía el contratista que una funcionaria interina de este Ayuntamiento adscrita a la Escuela Taller, D. M. A. B., Arquitecto Técnico, integrada desde el inicio de las obras en la Dirección tal como se le comunicó, no ejerciese sus labores de control y supervisión de la ejecución (en contra también de las estipulaciones del pliego de Condiciones del contrato). Pretendía el contratista que se ampliase el plazo de ejecución cuando la demora es únicamente achacable a la carencia de medios que él ha dispuesto para la ejecución de las obras. Pretendía el contratista que se certificasen obras que no cumplen las condiciones del proyecto.

El resultado de todo ello es que las obras están sin terminar pese a la necesidad de la Escuela Taller de que hubiesen terminado en plazo, que el contratista ha abandonado la obra sin comunicación a la dirección, que el contratista ha incumplido sistemáticamente las órdenes e instrucciones que se le han dado desde la dirección referentes a la correcta ejecución constructiva de las obras conforme a especificaciones de proyecto y que la parte de obra que ha realizado el contratista presenta un aspecto muy pobre y deficiente.

Lo que se informa para que a la vista de este cúmulo de incumplimientos de sus compromisos, obligaciones y estipulaciones de proyecto, se valore si el contrato de obras de referencia se encuentra en situación de rescisión y se obre en consecuencia, dados los perjuicios que está ocasionando a este Ayuntamiento por los informes que ha emitido la Escuela Taller Municipal”.

NOVENO.- El 12 de julio de 2006, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia acuerda iniciar el procedimiento de resolución, atendido el incumplimiento contractual y al amparo de las cláusulas 20 y 21 del Pliego de Condiciones Jurídicas y Económico-Administrativas, y del artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP). El incumplimiento se califica como culpable y se propone la incautación de la garantía.

Asimismo se dispone que por el Arquitecto Municipal Director de las obras se proceda a la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas, fijando los saldos pertinentes.

En el mismo acto, notificado el 17 de julio, se confiere trámite de audiencia a la contratista por plazo de 10 días.

DÉCIMO.- El 27 de julio, el Arquitecto Técnico Municipal integrado en la Dirección de obra, remite al Jefe de Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros una comunicación interior para informar que:

- Hasta ese momento se había certificado a la mercantil por importe de 61.470,28 euros, restando por ejecutar y certificar la cantidad de 30.132,18 euros.

- Dada la pésima ejecución de las unidades de obra realizadas, y ante la disyuntiva de demoler lo ejecutado o bien aceptarlo minusvalorando el precio de las unidades ejecutadas (pues no acarrea riesgo estructural, al ser los defectos de acabado y estéticos), se opta por esta última alternativa, de acuerdo con la empresa.

- Se ha utilizado un hormigón diferente al contemplado en proyecto.

- En consecuencia, “*se fijan unas cantidades que engloban el resto de obra que queda pendiente de ejecutar, el importe de las unidades nuevas que hay que realizar para tapar la pésima terminación de los muros del futuro pabellón (que en proyecto eran de hormigón visto y a la vista de las fotografías adjuntas se puede apreciar que su aspecto defectuoso lo inutiliza para este fin), los gastos ocasionados a la Escuela Taller por el incumplimiento de los plazos de ejecución, minusvaloración por el empleo de hormigón no sulfuresistente, protección betún para evitar humedades en el muro...*”. El total a reclamar por tales conceptos es de 25.727,63 euros.

El informe se acompaña con medición de las unidades pendientes de ejecutar, informe valorado de los daños ocasionados a la Escuela Taller y fotografías de las obras.

UNDÉCIMO.- Con fecha 3 de agosto, la contratista presenta escrito de alegaciones en el que, tras reiterar las manifestaciones ya realizadas con ocasión de su escrito de fecha 31 de mayo (Antecedente Sexto de este Dictamen), afirma que la obra se encuentra ejecutada en un 80%, con una parte importante de obra no acreditada y ordenada de forma verbal por parte de “*la aparejadora oficiosa*”. Asimismo indica que:

- Existe un funcionamiento anormal del servicio cuando los técnicos directores informan, en 26 y 29 de junio, acerca del incumplimiento de los plazos, tres meses y quince días después de su vencimiento, y eso que dicha circunstancia ya había sido comunicada por la empresa. Considera ésta que dicho proceder demuestra la falta de asistencia y control de la obra, no habiéndose dictado orden de obra alguna y no habiendo advertido la Dirección de la obra el retraso para prever sus consecuencias, como era su obligación.

- La resolución del contrato carece de motivación. “*Amén de las discrepancias entre la obra proyectada, la realmente ejecutada y la realmente ordenada*”; si la extinción pretende fundamentarse en el incumplimiento de los plazos, este hecho ya lo advierte la propia empresa el 15 de marzo y lo reitera el 17 de abril, mientras que la Administración sólo lo pone de manifiesto el 26 de junio.

- No procede liquidar las obras sin antes acreditar su realidad material y su ajuste al proyecto.

- El incumplimiento no es culpable.

- La empresa está sometida a una “*extremada indefensión jurídica*” por el no sometimiento de la Administración a la legalidad.

En su virtud, solicita: a) la no incoación de procedimiento resolutorio; b) aprobar las actas de precios contradictorios de las partidas ejecutadas y no acreditadas; c) el auxilio de la administración para impedir el acceso a la obra a personas no autorizadas; y d) la no incautación de la garantía.

DUODÉCIMO.- El 18 de agosto de 2006, el Arquitecto Municipal Director de las obras emite informe en el que reproduce en buena medida los términos del realizado el 29 de junio (Antecedente Octavo de este Dictamen). Añade ahora que el escrito de alegaciones de la contratista no aporta argumento nuevo ni justificación alguna a la demora y baja calidad en la ejecución de las obras. Insiste la contratista en sus descalificaciones a D. M. A., quien fue presentada a la mercantil como representante del Ayuntamiento, integrada en la Dirección, y

que en ejercicio de sus funciones de vigilancia, era la persona que diariamente le controlaba, le advertía ante sus numerosos incumplimientos y le instaba a ejecutar las obras conforme a las especificaciones de proyecto y las normas de la buena construcción y de la seguridad. Presenta la contratista como arbitrariedades las exigencias que se le han realizado desde la Dirección Técnica para realizar las obras conforme a proyecto y como discrecionalidades los acuerdos del Ayuntamiento para obligarle al cumplimiento del contrato y correcta ejecución del proyecto. Y en cuanto a la alusión a los precios de las nuevas unidades de obra (consecuencia éstas de la mala ejecución), se le fijaron en cuanto se conocieron las circunstancias, no habiéndose formalizado por su abandono de las obras.

En relación con la propuesta de liquidación de las obras, afirma que se realiza sobre la base de las obras de proyecto que se han ejecutado y están pendientes de certificar, las nuevas obras no incluidas en proyecto que resulta necesario realizar como resultado de la mala ejecución (reparaciones, rectificaciones y nuevos acabados) y los gastos extraordinarios ocasionados a la Escuela Taller según escrito aportado.

DECIMOTERCERO.- La Escuela Taller elabora informe detallado acerca de los gastos ocasionados por la demora en la ejecución de las obras y por su realización al margen de las características especificadas en proyecto, lo que motiva que sea la Escuela Taller la que lleve a efecto las actuaciones necesarias para poder aprovechar las unidades defectuosamente ejecutadas y poder continuar la construcción del pabellón.

Desglosa tales gastos en las siguientes partidas:

1. El muro del vestuario estaba desnivelado y no se podían colocar las viguetas: 344,3 euros.
2. En los vestuarios había hierros en “U” que impedían introducir las viguetas, por lo que hubo que prepararlos: 1.360 euros.
3. El muro del vestuario estaba defectuoso y hubo que meter 10 viguetas más: 52,2 euros.
4. No se ejecutó el dibujo con berenjeno que tenía que llevar el muro del vestuario, por lo que hubo que hacerlo: 300 euros.
5. Devolución de materiales (10 camiones de zavorra) y pérdida de horas de trabajo de maquinaria alquilada, por impedir la entrada a la obra el 26 de mayo de 2006: 2.774,44 euros.
6. Préstamo de “bobcat” a la contratista para poder aplicar la capa de betún impermeabilizante en los muros: 62,28 euros.

DECIMOCUARTO.- El 16 de octubre, se levanta acta de comprobación, medición y liquidación de las obras, que es firmada por el Director y el Director Técnico de las obras, sin que conste la presencia ni la previa citación de la contratista a dicho acto.

De la liquidación resultan las siguientes cantidades:

- A favor del contratista: 3.981,39 euros.
- Nuevas obras (recubrimiento de muro con hormigón impreso y formación de berenjeno en unión de muro y viga perimetral), necesarias por deficiente ejecución de las previstas en proyecto: 21.097,65 euros

En consecuencia, el resultado de la liquidación es favorable al Ayuntamiento en la cantidad de 17.206,26 euros.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 19 de octubre, se da traslado a la mercantil tanto del acta de liquidación como del informe de la Escuela Taller a que se refiere el Antecedente Decimotercero de este Dictamen, concediendo un plazo de 10 días para formular alegaciones.

DECIMOSEXTO.- El 30 de octubre la empresa formula alegaciones que reproducen sustancialmente los escritos presentados con anterioridad. En relación con la liquidación de las obras, considera que todas aquellas realizadas por decisión de la Escuela Taller han de correr a cargo de ésta; que no ha utilizado materiales ajenos a la empresa y muestra su oposición a la liquidación efectuada, pues considera que la obra ha sido ejecutada conforme a proyecto y con la ausencia de las correspondientes instrucciones de obra. Termina el escrito solicitando la anulación de la liquidación *“por ser contraria a derecho en la medida en que el contrato administrativo no se ha desarrollado con la normalidad oportuna”*.

DECIMOSÉPTIMO.- El 3 de noviembre de 2006, el Jefe de Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros del Ayuntamiento de Murcia, de conformidad con la Concejal-Delegada de Contratación, Patrimonio, Vivienda y Régimen Interior, propone a la Junta de Gobierno Municipal la resolución del contrato, al amparo de lo establecido en los artículos 95 y 96 TRLCAP y al incumplir los requisitos, condiciones y plazos establecidos en el Pliego de Condiciones base de la contratación y en el mismo contrato, con incautación de la garantía.

Asimismo, informa de la procedencia de la vía de apremio para hacer efectivo el cobro de la cantidad que, tras la liquidación de las obras, la contratista adeuda al Ayuntamiento y propone que se acuerde dar traslado a la Junta Consultiva de Contratación a los efectos previstos en el artículo 33.2, letra b) TRLCAP.

En tal estado de tramitación y tras incorporar el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 17 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Cuestiones procedimentales.

a) De conformidad con el artículo 96.1 TRLCAP, si la Administración opta por la resolución del contrato como consecuencia del incumplimiento de su plazo de realización, el órgano de contratación la acordará sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, como es el caso, el dictamen

del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

El expediente acredita el cumplimiento del primer trámite, constituyendo la emisión de este Dictamen el segundo de los requisitos.

b) No consta que la contratista fuera citada al acto de comprobación y medición que sirvió de base para la liquidación de las obras, en clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 151.1 TRLCAP, que no resulta subsanable por el posterior traslado y comunicación del acta resultante de dicho acto. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene declarado que la Administración no puede unilateralmente y por sí proceder a efectuar la constatación, es decir, la comprobación y medición de las obras efectuadas sin la asistencia del contratista, pues de hacerlo supondría la indefensión de éste (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de abril de 1997).

Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005 y 165/2005), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria y del avalista, en su caso. 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 participación de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización. Como se ha dicho, en el supuesto sometido a consulta, no puede considerarse cumplido dicho requisito, al no constar la asistencia de la contratista al acto de comprobación y medición en que se basa tanto la liquidación de las obras como la exigencia de daños y perjuicios, máxime cuando aquél exige que previamente a cualquier liquidación se *“haya procedido a acreditar la realidad material de las obras, así como su ajuste al proyecto”*, fin a que se dirige el referido acto.

En cualquier caso, la preceptiva citación de la contratista a la medición y comprobación de las obras se inserta en el procedimiento de liquidación del contrato y exigencia de responsabilidad, que puede configurarse como procedimiento diferente y posterior al de resolución contractual. Ello, a su vez, nos permite entrar a conocer sobre el fondo del asunto, si bien el Dictamen quedará limitado a la extinción contractual *stricto sensu*, sin efectuar consideración alguna acerca de una eventual indemnización a la Administración ni sobre liquidación de las obras, la cual sólo podrá efectuarla el Ayuntamiento una vez haya citado a la contratista a la medición y comprobación de aquéllas. En cualquier caso, como las discrepancias que puedan surgir entre contratista y Ayuntamiento con ocasión de dichas actuaciones son cuestiones puramente técnicas que integrarán un procedimiento diferente al de la resolución contractual, no será ya obligado el Dictamen de este Consejo Jurídico.

c) Carece el expediente del preceptivo 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.

TERCERA.- De la relación entre Administración y contratista.

Antes de entrar en la determinación de si existen o no causas de resolución del contrato parece oportuno realizar una consideración previa acerca de la relación y la

comunicación entre las partes contratantes, pues ello permitirá despejar ciertas incógnitas necesarias para resolver la cuestión esencial que debe abordar este Dictamen.

Bueno será comenzar esta consideración con aquella doctrina jurisprudencial, ya clásica, según la cual *“la forma, por muy importante que sea, no constituye en sí misma un fin, sino que es un instrumento de control de la actividad administrativa establecido en previsión de que sean satisfechas las exigencias concretas de los objetivos que dicha actividad persigue en realización de los intereses colectivos que le está encomendada a la Administración actuante, y por ello, la consecuencia anulativa que por regla general puede derivarse del incumplimiento de las formalidades impuestas a la contratación administrativa debe evitarse en aquellos supuestos en que la infracción formal es meramente ritualaria por aparecer acreditada en el expediente, de manera notoria e incuestionable (como en el caso enjuiciado sucede), que la específica finalidad de la forma incumplida ha sido realmente satisfecha”* (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de enero de 1980, entre otras) .

La relación nacida de un contrato de obras se extiende en el tiempo, obligando a las partes a mantener una comunicación constante y fluida en aras al adecuado desarrollo de la prestación objeto del contrato y a la satisfacción del interés general a que aquélla se ordena. Manifestaciones legales de esta relación dialogística son tanto las obligaciones que se establecen para ambas partes (dirección, inspección y supervisión constantes de la obra por parte de la Administración y obligado acatamiento por el contratista de las instrucciones que aquélla le dé en relación a la ejecución de las obras), como los instrumentos y formas que la propia normativa reguladora de los contratos prevé para encauzar y promover dicha diálogo (comunicación de órdenes por escrito, libro de órdenes y libro de incidencias, etc.).

Del análisis del expediente sometido a consulta, surge una primera apreciación cual es la ausencia de formalidades en la relación *inter partes*, de donde la contratista pretende extraer ciertas excusas de cumplimiento de las obligaciones contractuales por ella asumidas.

En efecto, en los diversos escritos y comunicaciones remitidos por la mercantil al Ayuntamiento (el primero que consta en el expediente es de 30 de mayo de 2006, aunque se reiterarán tales argumentos con ocasión del trámite de audiencia, una vez iniciado ya el procedimiento de resolución contractual) pone de manifiesto diversas irregularidades tales como la ausencia del preceptivo Libro de Órdenes y la actuación como Directora facultativa de quien no ha sido nombrada en forma, de donde concluye la empresa que la Administración ha hecho dejación de sus funciones de inspección y dirección de la obra.

Ambos hechos no son controvertidos en el expediente, pues ni consta la existencia del referido Libro, ni la ratificación por escrito de las órdenes verbales formuladas por la Dirección de obra, ni la comunicación a la contratista, también por escrito, de la designación de las personas que se integran como colaboradores en la Dirección Facultativa, vulnerando de esta forma diversas obligaciones formales impuestas por la normativa de contratos de la Administración.

Y es que, de conformidad con el artículo 143.1 TRLCAP las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas y al proyecto que sirve de base al contrato, y conforme a las instrucciones que, en interpretación técnica de éste, diere al contratista el director facultativo de las obras.

Cuando dichas instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el plazo más breve posible, para que sean vinculantes para las partes. La constancia de tales órdenes es lo que persigue el libro de órdenes, así como la de la recepción de éstas por parte del contratista, ya que está obligado a firmar el acuse de recibo de cada una de ellas (Cláusula 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 diciembre, en adelante PCAG). Ello convierte al referido documento en un medio de prueba de primer orden.

Ahora bien, la inexistencia del libro de órdenes, con ser una evidente irregularidad, no impide que la Administración ejerza su labor de dirección e inspección de las obras, pues aunque la constancia en el libro de órdenes sea una condición para que adquieran fuerza vinculante las verbales, si el contratista las acepta y acata, obrando en consecuencia, no puede luego ampararse en el defecto de forma para afirmar que la Administración no ha desplegado la actividad de dirección, supervisión e inspección de las obras a que venía obligada, máxime cuando es la mercantil la que viene obligada por el pliego de condiciones jurídicas y económico-administrativas a entregar el libro al Director de la obra, *“en el plazo máximo de cinco días desde la formalización del acto de replanteo”* (cláusula 15.9). En cualquier caso, el desempeño efectivo de las labores de dirección y asistencia técnica a la obra cabe considerarlo acreditado, no sólo en atención a los informes de la Dirección Facultativa, sino a las propias manifestaciones de la contratista, la cual afirma haber aumentado la altura de los muros de hormigón como consecuencia de una orden de la Dirección Facultativa, si bien dicha orden se habría dictado *“sin la formalidad que dispone la legislación”* (folio 281 del expediente).

Adviértase que toda la argumentación de la contratista parte de la constatación de una irregularidad formal, para extraer de ella una consecuencia material como es la ausencia de dirección de las obras.

A esa misma línea argumentativa responde la alegación sobre la actuación, como directora de las obras, de la Arquitecta Técnica de la Escuela Taller quien, según el contratista, no habría sido nombrada por el órgano de contratación. Indica el Director de las Obras que esta funcionaria fue presentada al contratista como representante del Ayuntamiento, comunicándole que quedaba integrada en la Dirección, siendo ella, de hecho, quien diariamente supervisaba la ejecución de las obras, como así se desprende del completo y detallado informe que obra en los folios 285 y ss. del expediente y del informe del Director Facultativo (folio 293 y 294).

No obstante, de conformidad con la cláusula 4 PCAG, el Director Facultativo, cuya designación no ha sido puesta en duda por el contratista y que es el directamente responsable de la comprobación y vigilancia de la correcta realización de la obra contratada, para el desempeño de sus funciones podrá contar con colaboradores a sus órdenes, que integrarán la Dirección de la obra. El Director designado será comunicado al contratista por la Administración, y dicho Director procederá en igual forma respecto de su personal colaborador. En consecuencia, la funcionaria en cuestión no precisaba de nombramiento expreso por el órgano de contratación, sino que su elección corresponde al Director, quien debe así mismo comunicarlo al contratista, como afirma el Director de la obra que hizo y no niega el contratista.

Corolario de lo hasta aquí dicho es que si bien se aprecian ciertas irregularidades formales en la comunicación contratista-Administración, no cabe deducir de ellas, en

contra del parecer de la mercantil adjudicataria, que la Administración haya hecho dejación de su obligación de continua supervisión y dirección de la obra, si bien no queda constancia de todas las concretas órdenes impartidas al contratista, por lo que su falta de acatamiento no podría ser considerada como causa de resolución contractual, al quedar muchas de aquéllas huérfanas de prueba.

CUARTA.- Sobre el incumplimiento del contrato por parte del contratista: existencia.

La expresa mención a los artículos 95 y 96 TRLCAP sitúa la causa de resolución invocada en el incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato. En efecto, el artículo 95.1 dispone que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución progresiva. El apartado 2 del mismo artículo, por su parte, señala que la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

De conformidad con el contrato y el PCAP (Cláusula 14.2), el plazo de ejecución total de la obra es de dos meses, a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo (artículo 142 TRLCAP); los plazos parciales serán los fijados para cada tipo de obra que componen el proyecto. Como quiera que el acta de comprobación del replanteo se formalizó el 9 de enero de 2006, el plazo para la ejecución total del contrato feneció el pasado 9 de marzo de 2006, fecha en la que únicamente se había realizado el 31,74% de las obras proyectadas, según informa el Director Facultativo, en función de las certificaciones de obra correspondientes a los meses de enero y febrero. Esta afirmación no es combatida por el contratista, quien llega a manifestar de forma expresa que a 30 de octubre de 2006 la obra sólo se encuentra ejecutada en un 80%, lo que constituye un claro reconocimiento de incumplimiento del plazo.

Ahora bien, la incontrovertida y objetiva superación del plazo y los efectos que sobre la resolución del contrato haya de tener, deben ser considerados a la luz de las alegaciones del contratista que intentan justificar el retraso en la materialización de las obras. En efecto, según la mercantil, aquél se debió a las siguientes incidencias:

1. Las inclemencias meteorológicas y las lluvias producidas durante el mes de enero, que impidieron el acceso a las obras de camiones de gran tonelaje, cuyo concurso resultaba imprescindible (folio 210 del expediente). Como consecuencia de tal retraso, con fecha 15 de marzo de 2006, solicita una prórroga de 30 días, que será reiterada el 17 de abril siguiente, aunque ahora la solicitud tiene por objeto una prórroga indefinida motivada por la incidencia en las obras proyectadas de los trabajos de la Escuela Taller, que eran desconocidos por el contratista.

En primer lugar, si la mercantil considera que la demora no le es imputable, debe justificar suficientemente las causas de tal retraso, correspondiéndole a ella la carga de la prueba. En el supuesto sometido a consulta, no se prueba la existencia misma de las aludidas precipitaciones, ni mucho menos su intensidad, su duración, ni en qué medida afectaron al desarrollo de las obras, máxime cuando, según afirma la Dirección Facultativa, se le ofrecieron alternativas técnicas para evitar el retraso.

Del mismo modo, queda huérfana de prueba la alegación relativa a la incidencia en las obras proyectadas de las nuevas unidades que estaba realizando la Escuela Taller,

influencia que, por otra parte, niega la Dirección Facultativa, para la que las actuaciones del referido servicio municipal venían impuestas por la defectuosa ejecución de las unidades realizadas por la mercantil. De hecho, según informe de la Arquitecta Técnica de la Escuela Taller (folio 286 del expediente), los trabajos de los alumnos comenzaron el 4 de abril de 2006, es decir, casi dos meses después de haber vencido el plazo de ejecución, por lo que difícilmente podían influir en el cumplimiento del mismo. Además, según parece, dichos trabajos debían haber sido realizados por la adjudicataria, siendo sin embargo asumidos y ejecutados por la Escuela Taller en un intento de adelantar la finalización de las obras contratadas para poder iniciar los trabajos que verdaderamente correspondían al proyecto formativo de los alumnos-trabajadores.

Ha de considerarse, así mismo, la extemporaneidad de la inicial solicitud de prórroga, que no se presenta de forma inmediata tras producirse las lluvias (enero y febrero), sino cuando ya había vencido el plazo que se pretendía ampliar, en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Según éste, tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate, siendo tajante, además, al indicar que *“en ningún caso, podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido”*.

Dicho razonamiento cabe hacerlo extensivo a la segunda solicitud, formulada cuando ya habría vencido la hipotética primera ampliación del plazo, si es que aquélla se hubiera producido, pues el acuerdo expreso de desestimación niega esa prórroga tácita. Sobre la posibilidad de ésta, si bien viene siendo aceptada por la jurisprudencia, atendido el interés general presente en la terminación de las obras contratadas, cuando se advierte que con dicha ampliación aquéllas pueden llegar a buen término, lo cierto es que el artículo 67.1 TRLCAP proscribía que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes, sin que se advierta en el supuesto sometido a consulta que con la concesión de las ampliaciones pedidas pudieran haber sido completadas las obras.

2. La segunda de las alegaciones formuladas por el contratista que puede incidir sobre el plazo de ejecución de las obras es la existencia de una modificación del contrato, realizada sin las formalidades exigidas por la normativa aplicable, que identifica con el incremento de la altura de los muros de hormigón, lo que debería haber conllevado un reajuste del plazo total de ejecución de las obras.

Una vez más, las afirmaciones de la mercantil no tienen el respaldo de una prueba que las confirme, constituyendo meras manifestaciones de parte. Ello no obstante, y al margen de las consecuencias que sobre la pretensión del contratista haya de tener la omisión de cualquier actividad probatoria, el expediente sí desvela un exceso de obra ejecutada respecto de la proyectada en la partida 2.3.1 (cimentación, muros y soleras de vestuarios), pues frente a los 12,480 metros cúbicos de hormigón en masa proyectados, se ejecutaron 13,420 (folio 406 del expediente), es decir, 0,94 metros cúbicos más, según la liquidación de las obras efectuada por la Dirección Facultativa. La escasa entidad de dicha diferencia y su nula incidencia sobre el plazo de ejecución de las obras resulta de la comprobación del precio unitario del metro cúbico de hormigón en masa (54,46 euros) y de la existencia de otras partidas similares, que muestran una obra ejecutada cuantitativamente inferior en decenas de metros cúbicos de hormigón a la contemplada en proyecto.

Constatado el vencimiento del plazo de ejecución de las obras sin haberse culminado éstas, y sin haber acreditado el contratista que las causas de tal incumplimiento no le son imputables, lo que hubiera posibilitado la concesión de la prórroga solicitada (artículo 96.2 TRLCAP), procede declarar el contrato incurso en la causa de resolución prevista en el artículo 95.3 del mismo Texto Refundido.

QUINTA.- Sobre la garantía.

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 ya se ha dicho en la Consideración Cuarta, el retraso en la ejecución de las obras, culminado con el efectivo abandono de las mismas por parte de la contratista, resulta imputable a ésta, toda vez que no ha logrado -de hecho ni tan siquiera lo ha intentado- probar la incidencia de las circunstancias por ella puestas de manifiesto en el ritmo de la construcción. Conclusión obligada es, por tanto, declarar la existencia de un incumplimiento culpable del contratista, procediendo la incautación de la garantía prestada.

Respecto de la liquidación del contrato y la eventual indemnización de daños, debe actuarse conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la resolución del contrato que pretende llevar a efecto el Ayuntamiento de Murcia, en los términos de la Consideración Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- Procede la incautación de la fianza, de conformidad con lo indicado en la Consideración Quinta del Dictamen.

TERCERA.- Respecto de la liquidación del contrato y la eventual indemnización de daños, debe actuarse conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 187/06.- Reconocimiento de obligaciones sin fiscalización previa derivadas de 14 convenios de colaboración celebrados con diversos Ayuntamientos de la Región para la realización de proyectos en materia de medio ambiente.

Consultante : Consejero de Industria y Medio Ambiente (2005)

Fecha: 18/12/06

Extracto de Doctrina

El asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental, con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según resulta del expediente remitido, entre el 9 de agosto y el 10 de noviembre de 2004 el Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, autorizado por el Consejo de Gobierno, suscribió 14 convenios con diversos Ayuntamientos para realización de proyectos de medio ambiente, entorno natural y recursos hídricos financiados por el FEDER dentro del Programa Operativo Integrado 2000-2006; se especificaban en los mismos las obligaciones económicas de la hacienda regional, así como que su vigencia alcanzaría hasta el 30 de noviembre 2004, sin que se admitiesen prórrogas; no obstante, el 29 de noviembre se suscribieron sendos protocolos prorrogando la vigencia de los convenios con diversas fechas comprendidas entre los meses de febrero y julio de 2005.

SEGUNDO.- El 26 de octubre de 2005 el Consejero de Industria y Medio Ambiente suscribió las 14 órdenes de propuesta de pago correspondientes a las liquidaciones de los indicados convenios, respecto a las cuales el Interventor-delegado observó -en correlativos informes emitidos entre el 29 y 30 de diciembre de 2005- que los compromisos de gasto que suponen los protocolos mediante los que se prorrogó la vigencia de los convenios suponían compromisos de gasto no fiscalizados, contraídos, además, por órgano carente de competencia, ya que debieran haberse sometido a la aprobación del Consejo de Gobierno, al ser modificaciones esenciales de los primitivos convenios con reajuste de anualidades presupuestarias; se indica que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente y que no se recomienda la revisión de los actos adoptados con infracción del ordenamiento. Dicho informe surte los efectos previstos en el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCIM).

TERCERO.- El 1 de marzo de 2006 el asesor económico de la Secretaría sectorial de Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente remitió los 14 expedientes al Jefe de Servicio de Coordinación Administrativa de Calidad Ambiental, a los efectos previstos en el citado RCIM.

A continuación consta una memoria de 26 de julio de 2006, justificativa de la omisión de la preceptiva fiscalización, emitida por el Jefe de Servicio de Vigilancia e Inspección Ambiental en la que, tras exponer los antecedentes que llevaron a la firma de

los convenios y a la suscripción de las prórrogas, expone que la reorganización parcial de la Administración regional realizada por el Decreto del Presidente 9/2005, de 7 de mayo, al crear la Consejería de Industria y Medio Ambiente con la consiguiente incorporación de nuevos órganos directivos y responsables, dificultó la tramitación de los expedientes; justifica la omisión de fiscalización en que no se consideró esencial la modificación de los convenios (Decreto 56/1996, art. 9); finalmente indica que para el cumplimiento de la normativa reguladora del FEDER, es necesario que los pagos derivados de los convenios se realicen antes del 31 de diciembre de 2006. En igual sentido suscribe nueva memoria el Director General de Calidad Ambiental el 4 de diciembre de 2006.

CUARTO.- Tras formularse la oportuna propuesta, el Director General citado, el 23 de noviembre de 2006, ordenó, por delegación del Consejero, la reserva de crédito necesaria para proceder al pago de las obligaciones derivadas de los convenios, y que se emitiesen los documentos contables, resultando la siguiente distribución

Ayuntamiento	Fecha Convenio	Fecha Renovación	Informe Interventor	Cantidad Convenio	Cantidad propuesta
Albudeíte	9-9-04	29-11-04	29-12-05	18.000,00 euros	17.976,55 euros
Aledo	1-9-04	29-11-04	29-12-05	15.000,00 euros	6.858,44 euros
Alcantarilla	9-9-04	29-11-04	29-12-05	36.000,00 euros	21.924,00 euros
Alguazas	9-9-04	29-11-04	29-12-05	11.169,04 euros	5.473,82 euros
Archena	10-11-04	29-11-04	30-12-05	51.690,32 euros	25.845,16 euros
Blanca	8-9-04	29-11-04	29-12-05	3.808,50 euros	1.896,60 euros
Cartagena	1-9-04	29-11-04	29-12-05	54.936,00 euros	27.426,75 euros
La Unión	8-9-04	29-11-04	30-12-05	36.000,00 euros	35.999,90 euros
Mazarrón	14-10-04	29-11-04	30-12-05	36.000,00 euros	36.000,00 euros
Mula	9-9-04	29-11-04	29-12-05	8.550,00 euros	8.550,00 euros
Puerto Lumbreras	14-10-04	29-11-04	29-12-05	24.354,00 euros	11.962,78 euros
Ricote	9-8-04	29-11-04	30-12-05	18.648,75 euros	9.324,38 euros
S. Javier	2-9-04	29-11-04	29-12-05	37.500,00 euros	17.437,50 euros
Totana	9-8-04	29-11-04	30-12-05	101.205,00 euros	48.000,01 euros

La Jefe del Servicio Económico (Consejería de Industria y Medio Ambiente) informa de la existencia de crédito adecuado y suficiente para atender al gasto (27 de noviembre de 2006).

QUINTO.- Con fecha 5 de diciembre de 2006, el Consejero de Industria y Medio Ambiente diligenció la propuesta que pretende elevar a Consejo de Gobierno con el fin de que se le autorice a reconocer las obligaciones pendientes en los 14 convenios, por un importe total de 274.240,65 euros.

Conformado el expediente fue remitido a este Consejo, en cuyo registro tuvo entrada el 11 de diciembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La consulta formulada a este Consejo Jurídico lo es para que se emita el Dictamen exigido por el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, esto es, el que procede sobre las propuestas que se pretende elevar al Consejo de Gobierno sobre reconocimiento de obligaciones o gastos fundamentados en la omisión de la intervención previa de los mismos. Se emite, pues, con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre la delimitación de las cuestiones planteadas en las actuaciones remitidas, los incumplimientos normativos y sobre el reconocimiento de las obligaciones de pago que se proponen.

I. Tal como ha señalado en diversas ocasiones este Consejo Jurídico, el asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental, con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional, procedimiento incidental que se inicia con la comunicación que el Interventor realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario, de que se ha observado en este último la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación. Este procedimiento incidental viene regulado en el artículo 33 RCIM, cuya lectura permite afirmar que, en lo esencial, se ha dado cumplimiento al mismo, si bien la Intervención no concreta los preceptos en los que figuran las infracciones del ordenamiento jurídico que se han producido en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización previa.

No obstante, sea cual sea la naturaleza y finalidad del procedimiento, carece de justificación bastante que la resolución del incidente se haya demorado una anualidad, ya que, iniciado en diciembre de 2005, los trámites reglamentarios habrían podido consumirse con la celeridad necesaria como para no agrandar la desatención institucional que un retraso tan notable supone.

II. Parece cierto que la prórroga del Convenio suscrita por el Consejero el 29 de noviembre de 2004 no se acomodó a lo que disponía el entonces vigente artículo 21.18 de la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración regional, según el cual corresponde al Consejo de Gobierno autorizar los convenios de colaboración con otras entidades públicas o privadas; además, la prórroga dio lugar a un gasto plurianual sin que se diera la tramitación prevista en el artículo 37 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; tampoco se procedió a su fiscalización previa, cuando es evidente que el acto modificaba una obligación con cargo al presupuesto, siendo aquí la infracción al artículo 90 del mencionado Texto Refundido. A ello hay que añadir el incumplimiento en bloque del Decreto 56/1996, de 24 de julio, por el que se regula el registro general de convenios y se dictan normas para la tramitación de éstos en el ámbito de la administración regional de Murcia.

III. El Interventor aconseja que se autorice al Consejero de Industria y Medio Ambiente para reconocer la obligación, conclusión sobre la que no se advierte objeción alguna, a la vista de los términos de los convenios suscritos con las entidades locales interesadas. En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- El Consejo de Gobierno puede autorizar a la Consejería de Industria y Medio Ambiente a reconocer la obligación derivada de los actos objeto de consulta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 188/06.- Anteproyecto de Ley de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia.

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 19/12/06

Extracto de Doctrina

1. Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura son concurrentes, ya que, desde un punto de vista material, el concepto de patrimonio histórico y cultural se integra en la noción más amplia de cultura, la cual, como se dijo en la STC 49/1984, “es algo de la competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas y aún podríamos añadir de otras Comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura». Esta es la razón a que obedece el artículo 149, 2, de la CE, en el que después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica en el sentido de que más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente.

2. Es pacíficamente aceptado que la competencia estatal contemplada en el artículo 149.1.8 CE no limita las competencias autonómicas sectoriales, ya que sólo alcanza a la regulación general y abstracta del derecho de los particulares, desvinculada de sectores materiales concretos y, finalmente, en relación con la limitación a la legislación autonómica que podría derivarse del artículo 149.1.1 CE, el propio Tribunal Constitucional ha

dicho que éste “no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los derechos y deberes garantizados por la misma” (STC 37/1987).

3. En cuanto a los paisajes protegido y cultural, puede aceptarse una dualidad de figuras de protección que no son incompatibles (las finalidades y el ámbito territorial es más amplio en la primera), pero en todo caso se requiere arbitrar las oportunas medidas de coordinación con la legislación ambiental y urbanística.

4. La función social de la propiedad urbana se delimita por la legislación urbanística (STC 61/1997) y la de la propiedad rústica por las normas agrarias (STC 37/1987) y, análogamente, el estatuto de la propiedad cultural debe ser regulado por las leyes que protegen ese interés social y, con tal fundamento, imponen una delimitación específica de su contenido. Aceptado ello y teniendo en cuenta los títulos competenciales autonómicos antes citados, especialmente el del artículo 10.Uno.14^ª, la Comunidad Autónoma puede establecer una regulación sobre la propiedad y demás derechos relativos a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región, dada la función social que a través de tales títulos competenciales se cumple.

5. Pese a la dimensión social de la propiedad privada como institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, que se materializa en la vertiente cultural en restricciones a las facultades de uso, disfrute y disposición, o a la imposición de deberes positivos al propietario, no puede desconocerse el contenido esencial o mínimo que haga reconocible el estatuto propietario, y se rebasa el contenido esencial, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, o lo dificultan más allá de lo razonable (STC 11/1981, de 8 de abril).

6. Como en otras ocasiones ha destacado este Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen 45/2000), en relación con el estudio de leyes sectoriales, deben preverse las relaciones entre la planificación de esa clase y la ordenación del territorio y urbanismo, normativas que deben conectarse bajo el criterio de coordinación y cooperación entre ellas (STC 227/1988).

7. Para determinar la naturaleza de un instrumento no basta con acudir a la forma, sino que ha de acudirse a su contenido, como ha sostenido el Consejo Jurídico (Dictámenes núms. 46 y 53 del año 2004), de acuerdo con doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias números 27/1983 y 2491/1988). Los POC, por sus funciones y naturaleza, han de ser asimilados a los Planes de Ordenación Territorial (artículo 24 TRLSRM), creados también 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), y que tienen, entre sus contenidos, la delimitación de las zonas a proteger por su interés natural, paisajístico, histórico, cultural, etc.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El procedimiento de elaboración del Anteproyecto de Ley de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia se inició en la Consejería proponente, a través de la Dirección General de Cultura, que elaboró un primer borrador (doc.

núm. 1), que fue objeto de consulta a los siguientes organismos: Academia Alfonso X El Sabio, Universidad, Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia, Federación de Municipios de la Región de Murcia, Real Academia de Bellas Artes de Santa María de la Arrixaca, y Diócesis de Cartagena. Asimismo se remitió a las Consejerías de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, e Industria y Medio Ambiente, de la Administración regional.

SEGUNDO.- El precitado trámite de audiencia fue cumplimentado por los siguientes organismos e instituciones:

1) El Vicario General, en nombre y representación de la Diócesis de Cartagena, por escrito de 19 de octubre de 2005, tras relatar los acuerdos suscritos entre el Estado Español y la Santa Sede, y los adoptados con la Administración regional, propone la redacción de un artículo sobre la colaboración de la Iglesia Católica, realizando consideraciones particulares acerca de la enajenación de los bienes eclesiásticos y el patrimonio de las cofradías y hermandades eclesiásticas.

2) El Rector de la Universidad de Murcia, por escrito de 4 de julio de 2005, realiza las siguientes sugerencias:

a) Necesidad de incluir al patrimonio documental y bibliográfico, dado que el borrador hace referencia de modo genérico al patrimonio cultural.

b) Ampliar lo concerniente a museos, o bien excluirlo del texto, si estuviera pendiente de desarrollar a través de una nueva Ley.

c) Deberían recuperarse los consejos asesores formados por expertos que aporten sus conocimientos.

3) Por parte de la Real Academia Alfonso X El Sabio se acompañan sugerencias de sus académicos (5 aparecen suscritas y 2 innominadas), obrantes en los folios 94 a 111 del expediente, que hacen referencia, entre otros aspectos, a los siguientes:

a) Deberían recogerse entre los valores del patrimonio cultural el documental y bibliográfico.

b) El contenido del borrador se aproxima más a una ley-reglamento.

c) Se deberían establecer compensaciones a los titulares de bienes, pues corresponde a la colectividad mantener el patrimonio cultural.

d) Debería aclararse el procedimiento de valoración de los bienes orientado a las expropiaciones.

e) Los conjuntos históricos han sido tratados de pasada y desvinculados del problema de la ordenación urbana.

f) El borrador dedica escasas líneas a la financiación de las intervenciones olvidando el principio de subsidiaridad.

g) Se omite el control de los objetos muebles y su relación con las galerías de arte.

h) El conocimiento, valoración, uso y gestión del territorio es fundamental para la conservación y el mantenimiento de paisaje de la Región de Murcia como patrimonio natural y cultural.

i) La clasificación en las tres categorías (bienes de interés cultural, catalogados e inventariados) es más que discutible, teniendo en cuenta que los bienes de interés cultural también van a ser catalogados o inventariados, sin que exista una jerarquía entre dichos conceptos.

j) Se reproducen determinados párrafos de la Ley de Patrimonio Histórico Español, sin que se mencione, en ningún momento, la misma.

Además se realizan una serie de sugerencias orientadas a la perfección gramatical y de sintaxis del texto elaborado.

4) El Secretario General de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, por escrito de 23 de septiembre de 2005, muestra su conformidad con los términos del borrador (sic).

5) La Comisión de Patrimonio de la Real Academia de Bellas Artes de Santa María de la Arrixaca realiza una serie de propuestas y observaciones al borrador. Entre las primeras destacan las que hacen referencia a que sean considerados monumentos aquellos elementos ligados a la cultura del agua, como los aljibes, y a que el patrimonio industrial (factorías, minas, etc.) tenga un reflejo más individualizado y comprometido; entre las segundas destacan las que sugieren que se motive la decisión de la declaración de un bien de interés cultural por la repercusión en el estatuto básico de la propiedad, que se contemple la dialéctica entre las arquitecturas históricas y nuevas en la conformación de los crecimiento de las ciudades históricas o con centros históricos, y que las diversas categorías de bienes - definidas por el borrador con perfiles casi exclusivamente historicistas y arqueológicos- olvidan la revalorización por la acción social que cumplen, de acuerdo con la normativa estatal. Asimismo figuran las observaciones realizadas por un miembro de la Comisión, a título personal, que considera que el borrador modifica las legislaciones sectoriales de urbanismo y de medio ambiente, el estatuto de la propiedad, y la legislación básica del Estado (Ley de Ordenación de la Edificación), generando inseguridad jurídica y dejando en precario las competencias de los Ayuntamientos en materia de licencias; además propone que se supriman los silencios administrativos negativos, llamando también la atención al hecho de que no se concrete la financiación de las actuaciones en los bienes de interés cultural, catalogados e inventariados; por último incide en que el concepto de paisaje cultural abarca cualquier porción del territorio, e invade competencias de otros organismos, sin que tampoco se hayan evaluado las repercusiones, a partir de su entrada en vigor, en la estructura de la Dirección General de Cultura.

6) El Decano del Colegio de Arquitectos remite un informe de 23 de septiembre de 2005, en el que tras indicar que el borrador supone claramente una mayor defensa del patrimonio cultural de la Región de Murcia, echa en falta una mayor autoafirmación regional, proponiendo la inclusión de un párrafo en la Exposición de Motivos. Además realizan observaciones particulares a los artículos 1, 4, 15, 17, 24, 35, 36, 38, 40, 43, 45, 46, 63, 74, 77, 79, 84, y Disposición Adicional Décima, en el sentido de que el patrimonio documental y bibliográfico, ligado a un bien de interés cultural, debería ser incluido en el ámbito de aplicación de la Ley.

TERCERO.- Asimismo emiten informes los siguientes departamentos de la Administración regional:

1) El Servicio Jurídico de la Consejería de Industria y Medio Ambiente emite informe el 30 de agosto de 2005, centrándose básicamente en tres cuestiones:

- Debe suprimirse el informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Cultura a las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA), por cuanto se modifica un procedimiento previsto en la normativa ambiental, sin que tenga sentido extender la intervención del centro directivo competente en materia de cultura a todas las EIA, lo que implica, además, retrasar un procedimiento ya de por sí complejo, siendo de dudosa legalidad el carácter vinculante del informe.

- Los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural deben encajarse dentro de la figura de los Planes de Ordenación Territorial, y para evitar equívocos debe dejarse expresa constancia del rango privilegiado de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales (PORN).

- Debería excluirse expresamente las vías pecuarias, y remitirse a su legislación específica.

2) La Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas emite informe el 7 de septiembre de 2005, en el que se resalta que la ordenación del territorio es considerada por la Exposición de Motivos (en lo sucesivo EM) como una política sectorial más, cuando su papel es integrador, e incluye la protección del patrimonio cultural. En relación con los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural destaca que dicho instrumento es perfectamente subsumible en la figura de los Planes de Ordenación Territorial, de carácter sectorial, sin que tenga sentido duplicar la figura de los Planes Especiales de Protección con la creación de este nuevo instrumento. Sobre la protección del paisaje considera que si tiene entidad cultural debería declararse bien de interés cultural para que prevaleciera sobre cualquier instrumento de ordenación territorial o urbanístico. Por último resalta la escasa autonomía que se concede a los Ayuntamientos para autorizar intervenciones en los bienes inventariados.

3) El Servicio Jurídico de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes emite informe el 29 de septiembre de 2005, en el que pone de manifiesto la antinomia entre las previsiones del Anteproyecto y los instrumentos previstos en la Ley del Suelo regional sobre la prevalencia de los planes, que convendría solventar por razones de seguridad jurídica. Asimismo manifiesta que debe compatibilizarse la regulación de los hallazgos por azar con las previsiones del Código Civil.

CUARTO.- Las observaciones presentadas por las instituciones, organismos y departamentos precitados fueron objeto de estudio y consideración en el informe conjunto suscrito por la Subdirectora General de Cultura, el Jefe de Servicio de Patrimonio Histórico y la Asesora de Apoyo, de 30 de diciembre de 2005 (folios 112 a 143), razonando cuáles debieran ser incorporadas al texto dando lugar al segundo borrador fechado en diciembre de 2005 (documento núm. 11).

QUINTO.- Consta el informe justificativo de 31 de enero de 2006, sobre la necesidad y oportunidad de elaborar la Ley de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, en el que se razona, entre otros aspectos, que tras veinte años de aplicación de la Ley de Patrimonio Histórico Español, aprobada por la Ley 16/1985, de 25 de junio (LPHE), se han puesto de manifiesto las insuficiencias de la citada norma, y la necesidad de su adecuación a las necesidades que presenta la protección de los bienes del patrimonio

cultural en la Región, adaptando su régimen jurídico a las mismas, por las razones que se detallan seguidamente.

1) La definición de patrimonio histórico contenida en la normativa estatal no tiene en cuenta el patrimonio inmaterial ya recogido en la normativa internacional.

2) La necesidad de añadir nuevas figuras de protección como zonas paleontológicas y de interés etnográfico.

3) La creación de nuevas figuras intermedias de protección frente a la normativa estatal que sólo contempla la declaración de bien de interés cultural para los inmuebles y muebles, y la inclusión en el Inventario General de Bienes Muebles para estos últimos.

4) La integración de la tutela ambiental en las restantes políticas públicas, en especial en materia educativa, ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, etc.

5) La dotación de relevancia jurídica a la Carta Arqueológica y Paleontológica con la finalidad de proteger efectivamente los bienes incluidos en ellas.

6) La necesidad de regular la planificación cultural para proteger elementos entrelazados o zonas amplias, creando la figura de los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural con la finalidad de proteger los valores culturales de los parques arqueológicos, de los paleontológicos y de los paisajes culturales, y cuyo rasgo distinto es su prevalencia sobre los instrumentos de ordenación territorial.

7) La necesidad de establecer y regular la autorización para intervenir en los bienes muebles que forman parte del patrimonio cultural de la Región.

8) Adecuación de los procedimientos de declaración a la Ley 30/1992, de 26 de junio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), así como actualizar el régimen sancionador.

SEXTO.- También obran el estudio económico de la norma (doc. núm. 13), de 31 de marzo de 2006, con referencia al coste y financiación de la aplicación de la futura ley, la memoria que incluye la motivación técnica y jurídica de la futura ley suscrita por el titular del centro directivo competente el 6 de abril de 2006 (doc. núm. 14), y el informe sobre impacto de género (doc. núm. 15), que concluye que el texto mantiene una posición basada en la igualdad entre las mujeres y los hombres como exigencia legal.

SÉPTIMO.- Por parte del Servicio de Coordinación Jurídico Administrativa de la Dirección General de Cultura se emitieron sendos informes; el primero de 14 de febrero de 2006, contiene una serie de observaciones al articulado, y el segundo de 7 de abril siguiente, informa favorablemente el Anteproyecto, al considerar que el articulado no contraviene el ordenamiento jurídico, y el expediente reúne los documentos preceptivos. De esta fase resulta el tercer borrador (doc. núm. 17).

OCTAVO.- Tras el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, el de Patrimonio Histórico emite informe en contestación a las observaciones formuladas por el órgano preinformante, algunas de las cuales se incorporan al texto que integra el cuarto borrador (doc. núm. 22), fechado el 7 de julio de 2006, que constituye el Anteproyecto sometido a consulta.

NOVENO.- El 6 de julio de 2006 emite informe la Vicesecretaría, tras lo cual se recabó el Dictamen del Consejo Jurídico, y por Acuerdo núm. 11/2006, de 19 de julio,

se solicitó a la Consejería consultante que completara el expediente con la siguiente documentación:

“1º) En relación con el párrafo 4 de dicho artículo, no constan ni el Acuerdo del Consejo de Gobierno sobre ulteriores trámites ni la propuesta que a tal efecto ha de elevar la Comisión de Secretarios Generales.

2º) En relación con los mencionados ulteriores trámites, y dado el contenido de los artículos 44 y 45 y 61 a 64 del Anteproyecto, se advierte la preceptividad del informe de la Comisión de Coordinación de Política Territorial, previsto por el artículo 12.e) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio.

3º) A la vista de los artículos 67, 68 y 69 del Anteproyecto, parece que debiera consultarse al Consejo Asesor de Museos, dadas las funciones que le atribuye el artículo 33 de la Ley 5/1996, de 30 de julio, de Museos de la Región de Murcia, especialmente en su apartado g).

4º) El Decreto 98/2005, de 29 de julio, suprimió el Consejo Asesor de Cultura, teniendo en cuenta, según dice su Exposición de Motivos, que se ha iniciado la tramitación para la creación de los Consejos Regionales de Arqueología; de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico y el de Bienes Inmuebles del Patrimonio Histórico. A la vista de tales afirmaciones debiera informarse en el expediente sobre la existencia de tales Consejos o de otros que pudieran tener competencias al respecto”.

DÉCIMO.- Con fecha 17 de octubre de 2006 (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:

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de septiembre de 2006, sobre ulteriores trámites.

- Informe favorable de la Comisión de Coordinación de Política Territorial, de 20 de septiembre de 2006.

- Informe favorable del Consejo Regional de Cooperación Local, de 10 de octubre de 2006.

- Informe del Director General de Cultura, de 21 de septiembre de 2006, en el que se detallan las razones por las que no se ha recabado el parecer del Consejo de Museos, ni de otros órganos consultivos específicos en las materias reguladas.

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 12.2 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, que tiene por objeto la protección, conservación, acrecentamiento, investigación, conocimiento, difusión y fomento del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia (artículo 1), conjuntamente con su incidencia en el contenido de la propiedad monumental, y sus interacciones con la legislación urbanística y medioambiental autonómica, hace inviable que se pueda aceptar el trámite de urgencia solicitado por el órgano consultante (15 días desde la entrada de la consulta), ni las razones que se invocan pueden sustentar “la reconocida urgencia” en los términos previstos por nuestra norma reguladora, en lo que coincide también el Servicio de Coordinación Jurídico Administrativa del centro directivo competente, al señalar que “no concurren razones de urgencia a que alude el 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” (doc. núm. 18). A mayor abundamiento conviene reiterar la doctrina de este Consejo en cuanto a la necesidad de habilitar el tiempo suficiente para realizar el estudio del Anteproyecto que se somete a consulta (por todos, nuestro Dictamen núm. 72/99).

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento de elaboración, el contenido y la técnica normativa.

I. En cuanto a la participación, cabe destacar que se ha otorgado audiencia a las denominadas instituciones consultivas (las Reales Academias, Universidad y Colegio de Arquitectos), a departamentos de la Administración regional con competencias sectoriales afectadas (departamentos competentes en materia de urbanismo, ordenación del territorio y medio ambiente), y a los Ayuntamientos, a través de la Federación de Municipios y del Consejo de Cooperación Local; sin embargo se echa en falta el parecer de órganos colegiados consultivos de la Administración regional de asesoramiento específico de algunas de las materias reguladas, llamando poderosamente la atención que aquellos que podían haber intervenido durante el procedimiento de elaboración no lo han hecho, bien porque no se han constituido (Consejo Asesor de Museos), bien porque se han suprimido (Consejo Asesor de Cultura) antes de la aprobación de otros órganos sustitutivos (de arqueología, de bienes muebles y de bienes inmuebles del patrimonio histórico), que tampoco se han constituido a tiempo para que fueran oídos, cuando la aprobación de una norma como la propuesta justifica que se hubiera adecuado el proceso de reorganización interna de órganos consultivos al tempus de elaboración del Anteproyecto. En todo caso conviene aclarar, frente a alguna opinión vertida en el expediente, que la audiencia individualizada a algunos miembros tampoco enerva la necesidad de consulta al órgano colegiado específico, como ha tenido ocasión de indicar el Consejo Jurídico (por todos, el Dictamen núm. 8/2005).

Tampoco la documentación complementaria remitida ha despejado las dudas expresadas en nuestro acuerdo 11/2006, sobre la vigencia actualmente de órganos consultivos que pudieran tener competencias para informar el Anteproyecto, a la vista del informe emitido por el Servicio de Coordinación Jurídico-Administrativa (folio 324), que sostiene que actualmente están vigentes el Consejo Asesor de Arqueología y el Consejo Asesor Regional de Patrimonio Histórico de Murcia, en el entendimiento, se presume, de que el Decreto 98/2005, de 29 de julio, sólo derogó expresamente el Decreto 90/2001 (y su ulterior modificación), por el que se creaba el Consejo Asesor Regional de Cultura, que asumió el ejercicio de las competencias atribuidas a los Consejos Asesores Regionales de Patrimonio Histórico de Murcia y de Arqueología, en su condición de instituciones consultivas, según su Disposición Adicional Primera; desde este razonamiento, derogado

el Decreto 90/2001, continuarían vigentes las funciones de los Consejos Asesores de Arqueología y de Patrimonio Histórico, creados por Decretos núms. 124/1984, de 15 de noviembre, y 82/1986, de 20 de noviembre, respectivamente, que no han sido derogados expresamente. Tal interpretación del citado Servicio contradice la postura mantenida hasta ahora por la Consejería consultante a la hora de establecer los informes que se consideran precisos, porque el argumento esgrimido de que su convocatoria en estos momentos resulta inoperante y dificultosa, cedería de lleno si su intervención fuera exigible en virtud de los citados reglamentos, siempre y cuando estuvieran en vigor.

Por otra parte tampoco se sustenta la justificación dada para no someter el texto al Consejo de Museos, en su condición de órgano de asesoramiento y consulta en todo lo referente al desarrollo de las competencias autonómicas en esta materia, aun cuando la incidencia del Anteproyecto pueda ser puntual, que no es sinónimo de intrascendente, a la vista de las funciones atribuidas a dicho órgano por el artículo 33, apartado g) de la Ley de Museos (LM). En este sentido 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.

Cabe concluir que se aprecia un déficit en la participación de los órganos consultivos que hubieran sido llamados a informar si la mencionada reorganización administrativa que les afecta hubiera sido aprobada durante el procedimiento de elaboración, lo que hubiera permitido recomendar o sugerir a las Administraciones Públicas extremos conducentes a la mejor conservación del patrimonio, o la adopción de medidas conducentes a su defensa o enriquecimiento.

Por último, se ha comprobado en el procedimiento de elaboración del Anteproyecto la falta de dictamen del Consejo Económico y Social (CES) -al que corresponde emitirlo con carácter preceptivo, según la Ley 3/1993, de 16 de julio, respecto a los Anteproyectos de Ley en materia económica, social y laboral-, sin que se haya justificado la no necesidad

de su petición, que requiere un juicio concreto de relevancia en las citadas materias (social en este caso) del que se deduzca si el Anteproyecto encaja o no en aquél. Por lo tanto debería motivarse dicho extremo de acuerdo con nuestra doctrina (por todos nuestros Dictámenes núms. 73/00, 27/02, 34/02, 85/05), y a la vista de que la Consejería consultante sí recabó el dictamen del CES, por ejemplo, al entonces Anteproyecto de Ley de Academias de la Región de Murcia (Dictamen núm. 6/2004).

II. La conformación del Anteproyecto puede considerarse adecuada a las pautas habituales y formales de técnica normativa, ya que está correcta y homogéneamente dividido, ello sin perjuicio de las observaciones concretas que puedan resultar del examen particularizado de los preceptos.

El Anteproyecto remitido consta de ochenta y cinco artículos, nueve disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una única disposición derogatoria y tres disposiciones finales, dividiéndose su articulado en los siguientes títulos:

-Título Preliminar.

-Título I: Procedimiento de declaración de bienes de interés cultural y de bienes catalogados por su relevancia cultural y de inclusión en el Inventario de Bienes Culturales de la Región de Murcia.

-Título II: Régimen Jurídico de protección de los bienes que integran el Patrimonio Cultural de la Región de Murcia.

-Título III: Patrimonio arqueológico y paleontológico.

-Título IV: Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural.

-Título V: Patrimonio etnográfico.

-Título VI: Museos.

-Título VII: Defensa de la legalidad.

Ahora bien, como aspecto de técnica que afecta al fondo de la regulación, se destaca que concretos artículos del Anteproyecto reproducen el contenido de la LPHE, y como ya ha tenido ocasión de indicar el Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes (por todos, los núms. 151/04 y 171/2006), el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 150/1998, ha advertido que la reproducción del derecho estatal en los ordenamientos autonómicos “además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma”. Esa ausencia de competencia puede salvarse bien mediante las expresiones “de acuerdo con”, “de conformidad”, u otra similar referida al precepto que se reproduzca; o bien, de forma excepcional y como última solución, acudiendo al recurso de citar claramente en el precepto autonómico que su contenido es reproducción de la norma estatal, evitando así una eventual confusión acerca del rango u origen del precepto, debiendo en tal caso efectuar una mera transcripción literal de aquélla. En el mismo sentido, aunque en referencia a disposiciones de rango reglamentario, se expresa el Consejo de Estado en los Dictámenes 44.119, de 25 de marzo de 1982, y 50.261, de 10 de marzo de 1988.

Así ocurre, a modo de ejemplo, con el artículos 11, apartado 4, sobre las limitaciones a las transmisiones de bienes de las instituciones eclesiásticas (artículo 28.1 LPHE), que

corresponde al ejercicio de competencias estatales en relaciones internacionales, o el apartado 5 del mismo artículo (también el 13.6 y concordantes) sobre las condiciones para la formalización de escrituras públicas e inscripción de bienes integrantes del patrimonio cultural, que se corresponden con el ejercicio de competencias exclusivas estatales en materia de ordenación de registros e instrumentos públicos; o en la determinación del dominio público (artículo 54.3 del Anteproyecto), como excepción a lo dispuesto en el artículo 350 del Código Civil (competencias en legislación civil).

Deberían, pues, en tales casos eliminarse los referidos supuestos de eventual incompetencia, generados por la inclusión de preceptos legales de origen estatal sin reflejar su origen, en los términos expresados con anterioridad.

III. Especialmente significativa es la ausencia de apelaciones del texto a su ulterior desarrollo reglamentario (salvo en lo que concierne a los órganos consultivos y documentación relativa a actuaciones arqueológicas y paleontológicas), que no requiera del posterior complemento para tratar de evitar la demora en la entrada en vigor de sus regímenes de protección y procedimientos, a juicio de sus autores, lo que trae consigo un texto que, en ocasiones, resulta demasiado prolijo en la regulación de los procedimientos, aproximándose a un desarrollo reglamentario. Esta técnica normativa, que entra dentro de las distintas opciones de que dispone el legislador, sin embargo, presenta como inconveniente, como expresa el Consejo de Estado (por todos Dictamen núm. 805/2003), que la minuciosidad de la regulación contenida en el Anteproyecto podría poner en peligro, en el futuro, su deseable estabilidad y, cuando un cambio en las circunstancias obligue a introducir modificaciones en determinados procedimientos, sería preferible no tener que acometer para ello una reforma legal, con todo lo que implica. Por tanto, sería preferible que el texto otorgara una mayor habilitación al desarrollo reglamentario, que evitara que el cambio de cualquier trámite pormenorizado requiera la oportuna modificación legislativa, restándole de cierta operatividad; incluso podría habilitarse específicamente al Consejo de Gobierno para adecuar los procedimientos, de manera que no exigiera la mencionada modificación legislativa en el caso de una reforma puntual.

También podría contemplarse la habilitación al titular de la Consejería, por ejemplo, para el desarrollo, mediante Orden, del contenido de los registros previstos en el Anteproyecto, y de los distintos tipos de asientos (anotaciones e inscripciones).

TERCERA.- Sobre las competencias autonómicas.

1) El Anteproyecto de Ley sometido a consulta tiene por objeto, según su artículo 1.1, la protección, conservación, acrecentamiento, investigación, conocimiento, difusión y fomento del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, por lo que el título competencial que primordialmente le da cobertura es el recogido en el artículo 10.Uno, 14 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EA), que atribuye a ésta competencia exclusiva sobre “patrimonio cultural, histórico, arqueológico, monumental, artístico, paisajístico y científico de interés para la Región”, aunque también cabe considerar, como hace la EM del Anteproyecto, que ese mismo artículo, en la competencia 13^a, proporciona apoyo en cuanto a museos y demás centros de depósito cultural, no siendo ajena la materia, tampoco, al fomento de la cultura referido por la competencia 15^a del mismo artículo. A pesar de este reconocimiento estatutario de exclusividad, la Constitución española reserva al Estado, en el artículo 149.1, 28^a, la competencia, también exclusiva, para la “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación

y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”, a lo que añade el artículo 149.2, también de la Constitución, que, sin perjuicio de las competencias que puedan asumir las Comunidades Autónomas, “el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”.

A la vista de este marco competencial la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia está legitimada para normar todo lo relativo al patrimonio cultural e histórico de su territorio, sin más limitaciones, procedentes de esta materia, que las derivadas de la competencia estatal para defender el patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación, y sin perjuicio también del citado artículo 149.2 CE.

Esta aparente contradicción de términos competenciales ha sido interpretada por la doctrina constitucional concluyendo que las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura son concurrentes, ya que, desde un punto de vista material, el concepto de patrimonio histórico y cultural se integra en la noción más amplia de cultura, la cual, como se dijo en la STC 49/1984, “es algo de la competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas y aún podríamos añadir de otras Comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura». Esta es la razón a que obedece el artículo 149, 2, de la CE, en el que después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica en el sentido de que más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente. Que en materia cultural es destacada la acción autonómica es algo inherente a la Comunidad (art. 2.º CE). Que a su vez al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias, es algo que está en la línea de la proclamación que se hace en el indicado precepto constitucional”.

Así pues, hay margen para fundamentar una amplia competencia autonómica que propicia el despliegue de una acción legislativa sobre la materia capaz de convivir con una paralela acción estatal que, lejos de excluir a la primera, la complementa. En tal sentido, ha dicho el TC en la sentencia 17/1991, que el reconocimiento constitucional de la competencia del Estado no puede privar a las Comunidades Autónomas de la suya, porque “no cabe extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico-artístico en el término cultural, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del amplio espectro de la misma. Existe en la materia que nos ocupa un título de atribución al Estado definido en el art. 149.1.28 C.E. al que se contraponen el que atribuye competencias a las Comunidades fundado en los Estatutos de Autonomía. De

ahí que la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en cuanto al Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental haya de partir de aquel título estatal pero articulándolo con los preceptos estatutarios que definen competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en la materia. El Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes en lo restante, según sus respectivos Estatutos; sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá que ponderar en cada caso concreto (Así los títulos que resultan, v. gr. de los números 6 y 8 del art. 149.1.)”.

En función de lo expuesto puede afirmarse que la Comunidad Autónoma ostenta competencias para legislar sobre su Patrimonio Cultural; que esa competencia se fundamenta, principalmente, en el artículo 1.Uno, 13ª, del Estatuto, pero también en los títulos consignados como 14ª y 15ª, y que 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, como indica el TC en el inciso final de la anterior cita, otros títulos competenciales estatales puedan actuar como límites respecto de la competencia autonómica y, en tal sentido, deban ser ponderados con ocasión del examen de preceptos concretos.

2) Los posibles fundamentos constitucionales y estatutarios del Anteproyecto no se agotan con lo anterior, que debe completarse con lo previsto por el artículo 8 EA, según el cual la Comunidad Autónoma “protegerá y fomentará las peculiaridades culturales, así como el acervo de costumbres y tradiciones populares de la misma, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales”, mención que debiera recoger la Exposición de Motivos, especialmente a la vista de que el concepto de Patrimonio Cultural del artículo 1.2 comprende los usos, costumbres, comportamientos, conocimientos y otras manifestaciones de la vida tradicional relevantes desde este punto de vista. En efecto, como se ha señalado por la doctrina, el citado precepto establece la obligación de la Comunidad Autónoma de proteger y fomentar las peculiaridades culturales y el acervo de costumbres y tradiciones populares en sus diversas manifestaciones, ya sean de orden cívico, religioso, artesano, musical o histórico, posibilitando el acceso de las generaciones actuales a las mismas, y facilitando así la conservación de aquéllas. En esa acepción amplia de la cultura como valor jurídico, también el Anteproyecto motiva su existencia como una forma de facilitar el acceso de los ciudadanos de la Región a los bienes culturales, deber que incumbe a la Comunidad Autónoma como poder público a la vista del artículo 44.1 CE, cuya cita parece muy conveniente en el último párrafo de la EM.

3) Con carácter preferente al análisis pormenorizado de los diversos capítulos y artículos en los que se descompone el Anteproyecto, y para agotar el aspecto competencial, es necesario tener en cuenta que no pocos preceptos del mismo establecen obligaciones, cargas, o limitaciones al derecho de los propietarios y de los titulares de otros derechos reales sobre bienes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia. El núcleo de ese régimen está en el artículo 8, incluido en el Capítulo II, dedicado a “Normas generales de protección del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia”, que impone, entre otras, la obligación general de conservación de los bienes, cuyo incumplimiento puede servir de causa para un procedimiento expropiatorio (art. 10); pero, aunque quizás con menor intensidad, otro círculo de obligaciones afectan a la plenitud de facultades de dichos

titulares, como permitir en todo momento la inspección de obras e intervenciones (art. 73), comunicar hallazgos (art.58) y traslados (arts. 49 y 51) y solicitar autorización previa para obras e intervenciones (art. 40).

Con independencia de la adecuación objetiva de tales medidas, la cuestión a la que corresponde dar respuesta es si el Estatuto de Autonomía ofrece título competencial que las ampare, ya que las mismas, prima facie, se incluirían en la competencia que el artículo 149.1.8 de la Constitución reserva al Estado en materia de legislación civil, ya que se regulan, más o menos directamente, instituciones propias del Derecho Civil, como son la propiedad y los derechos de adquisición preferente.

La respuesta que cabe dar a tal interrogante, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es afirmativa. En primer lugar, el derecho mismo de propiedad no tiene el carácter individual absoluto y radicalmente excluyente que se deriva del artículo 348 del Código Civil, sino que ha adquirido una dimensión institucional señalada por la Constitución, en su artículo 33, que, después de reconocer el derecho a la propiedad privada en el apartado 1, añade que “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”, configurando así el derecho a la propiedad, además de como un conjunto de facultades individuales sobre las cosas, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos en atención a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir (SSTC 37/1987, y 168/1993). Esta finalidad social justifica en el sistema constitucional la determinación de un estatuto jurídico distinto para cada tipo de propiedad, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que recaiga y de su dimensión social. Ésta, en una lógica correspondencia, no puede desnaturalizar el derecho de propiedad haciéndolo irreconocible, por lo que debe permitir siempre su realización, aunque con cargas y limitaciones.

La definición de estas limitaciones incidentes sobre el derecho de propiedad se realiza en cumplimiento de otras finalidades públicas materialmente inscribibles en títulos competenciales distintos al de la legislación civil. Así, la función social de la propiedad urbana se delimita por la legislación urbanística (STC 61/1997) y la de la propiedad rústica por las normas agrarias (STC 37/1987) y, análogamente, el estatuto de la propiedad cultural debe ser regulado por las leyes que protegen ese interés social y, con tal fundamento, imponen una delimitación específica de su contenido. Aceptado ello y teniendo en cuenta los títulos competenciales autonómicos antes citados, especialmente el del artículo 10.Uno.14^a, la Comunidad Autónoma puede establecer una regulación sobre la propiedad y demás derechos relativos a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región, dada la función social que a través de tales títulos competenciales se cumple. En definitiva, como se ha señalado por la doctrina, corresponde a quien tenga atribuida la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido del derecho de propiedad establecer, en el marco de la Constitución, los derechos, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad (SSTC 37/1987, 159/1995 y 67/1997).

Así pues, es pacíficamente aceptado que la competencia estatal contemplada en el artículo 149.1.8 CE no limita las competencias autonómicas sectoriales, ya que sólo alcanza a la regulación general y abstracta del derecho de los particulares, desvinculada de sectores materiales concretos y, finalmente, en relación con la limitación a la legislación autonómica que podría derivarse del artículo 149.1.1 CE, el propio Tribunal Constitucional ha dicho que éste “no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar

el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas cuyo ejercicio incide, directa o indirectamente, sobre los derechos y deberes garantizados por la misma” (STC 37/1987). De entenderse de una manera distinta, tal precepto anularía las competencias que las Comunidades Autónomas tienen en todas las materias en las que entra en juego la propiedad.

En conclusión, el Anteproyecto sometido a consulta encuentra sólidos apoyos en el EA, ello sin perjuicio de que del examen particular de sus preceptos puedan resultar observaciones concretas al respecto.

CUARTA.- Consideraciones Generales.

I. Sobre el Patrimonio Cultural de la Región de Murcia y las distintas categorías de bienes que lo integran.

1) De acuerdo con la definición contenida en el artículo 1.2 del Anteproyecto, el Patrimonio Cultural de la Región de Murcia está constituido por los bienes muebles, inmuebles e inmateriales (formas relevantes de expresión de la cultura de la Región) que merecen una protección especial por su valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, etnográfico, técnico o industrial, o de cualquier otro de naturaleza cultural.

Con esta definición se superan ciertas insuficiencias del marco legal vigente, como detalla la Exposición de Motivos, con la utilización del término cultural, de mayor amplitud que el histórico o artístico, destacándose también la importancia del patrimonio etnográfico, en línea con su reconocimiento por la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, hecha en París el 29 de octubre de 2003, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Pese a esta vocación omnicompreensiva del Anteproyecto sobre el Patrimonio Cultural regional, que trata de abarcar todos los bienes que merecen una protección especial, se omiten partes integrantes del mismo como el patrimonio documental o bibliográfico, que convendría, al menos, citar entre los valores susceptibles de protección, aun cuando el Anteproyecto remita, en cuanto a su régimen de protección, a su regulación específica, más aun cuando se incluye en el ámbito de aplicación de la norma a los vinculados a un bien de interés cultural (Disposición Adicional Novena). También se aprecia la omisión del vocablo “científico”, que es citado por el EA (artículo 10.Uno.14) y utilizado por otros preceptos del Anteproyecto para la definición, por ejemplo, de monumento (artículo 4,a), por lo que también debería añadirse a los valores citados.

Dicha vocación también se proyecta sobre el patrimonio natural, según la Exposición de Motivos (“el vocablo cultural indica el carácter complementario de esta Ley con respecto a la normativa sobre patrimonio natural”), a través del concepto de paisaje cultural (porción del territorio rural, urbano o costero donde existen bienes con valor histórico, artístico, estético, etnográfico o antropológico e integración con los recursos naturales o culturales), al que el Anteproyecto trata de otorgar un régimen jurídico especial desde la perspectiva del patrimonio cultural. Y si bien no se explicita en el Título Preliminar, concretamente en las distintas figuras de protección, sí aparece por primera vez en el artículo 61.2,c del texto.

Esta vis expansiva suscita una serie de problemas de índole competencial y de coordinación entre los distintos instrumentos de protección y planificación regionales,

pues la protección del “paisaje” (parte del territorio cuyo carácter es el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos, según el Convenio Europeo del Paisaje) puede afrontarse desde varios títulos competenciales autonómicos, como los correspondientes a espacios naturales protegidos (artículo 11.2 EA), protección de medio ambiente (11.3 EA), y ordenación del territorio (10.Uno,2 EA), entre cuyas finalidades también se encuentran la protección del patrimonio cultural, porque conviene insistir en que su defensa ha de impregnar todas las actuaciones de las Administraciones Públicas por imperativo constitucional (artículo 46 CE), aun cuando órganos concretos puedan ostentar competencias específicas en la materia. Así, la legislación de espacios naturales protegidos (ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre) enumera, entre las finalidades de sus figuras de protección (artículo 10.2.b), proteger aquellas áreas y elementos naturales que ofrezcan un interés singular desde el punto de vista científico, cultural, educativo, estético, paisajístico o recreativo, y materializa dicha protección en la creación de dos figuras que entrelazan de forma intensa la normativa cultural y natural: los monumentos naturales, que incluyen las formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y demás elementos de la gea que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, cultural y paisajísticos (artículo 16.2 de la Ley 4/1989), y los paisajes protegidos definidos en el artículo 17 de la normativa básica citada. A dichas figuras se remite la Ley regional 4/1992, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia, vigente en el título relativo a espacios naturales protegidos. También el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (en lo sucesivo TRLSRM) recoge, entre sus objetivos, la protección del patrimonio cultural (artículo 1) y, entre las finalidades de la actividad administrativa en ordenación del territorio (artículo 3.2), la preservación y conservación del patrimonio histórico.

Ciertamente el patrimonio “paisajístico” está enunciado en el artículo 10.Uno.14 EA, precepto que sustenta esencialmente la competencia que se ejercita a través del Anteproyecto, pero en modo alguno puede entenderse que corresponde su ejercicio en exclusiva a la Consejería consultante, porque desde otros títulos competenciales autonómicos citados (espacios naturales protegidos y ordenación del territorio) también se puede acometer la protección del paisaje. Así el vigente artículo 48 la Ley 4/1992, ya citada, establece, dentro de la tipología de espacios naturales, a los paisajes protegidos, definidos por el artículo 17 de la Ley estatal 4/1989, como “aquellos lugares concretos del medio natural que, por sus valores estéticos y culturales, sean merecedores de una especial protección”, y el ejercicio de las competencias en materia de espacios naturales protegidos viene encomendado a la Consejería competente por razón de la materia (Consejería de Industria y Medio Ambiente).

Por tanto una primera conclusión que se alcanza es la existencia actualmente en el ordenamiento regional de figuras de protección específicas que integran la protección natural y cultural (monumentos y paisajes) previstas en la Ley 4/1992 citada, y, por tanto, la necesidad de coordinar las distintas protecciones que inciden en “el paisaje”, donde existe una interrelación entre diversas normas autonómicas, cuya perspectiva va estar presente en varias consideraciones del presente Dictamen.

Consecuentemente, en lo que concierne al tratamiento del “paisaje” desde la vertiente específica de protección cultural, si la Consejería proponente entendiera que las figuras previstas en la Ley 4/1992 son insuficientes para la protección de los

valores culturales -no desde el ejercicio de competencias de los órganos de cultura, pues pueden establecer mecanismos de coordinación a través del Anteproyecto, como se indicará posteriormente- y que “el paisaje cultural” debe ser objeto de protección específica cuando se presentan elementos entrelazados, susceptibles de ser declarados individualizadamente, e integrados con los recursos naturales, al considerar también insuficiente las otras figuras de bienes inmuebles previstas en el Anteproyecto, descritas algunas de ellas con enorme amplitud y cabida (jardín histórico, sitio histórico, zona arqueológica, zona paleontológica, lugar de interés etnográfico), debería plasmarse en una figura específica de protección de los bienes inmuebles (artículo 3.4), al igual que en alguna norma autonómica de contenido similar, utilizando la denominación de “paisaje cultural”, citado en la EM, e introducido de soslayo con posterioridad (artículo 61.2). En principio, la existencia de una dualidad de figuras de protección (“paisaje protegido” y “paisaje cultural”) no son incompatibles (las finalidades y el ámbito territorial es más amplio en la primera), pero en todo caso se requiere arbitrar las oportunas medidas de coordinación con la legislación ambiental y urbanística, aspectos a los que se hará referencia con posterioridad.

2) El Anteproyecto se fundamenta en una triple clasificación de los bienes del Patrimonio Cultural, en función de la relevancia de los valores que representan: los bienes de interés cultural, los bienes catalogados por su relevancia cultural y los bienes inventariados.

Sin embargo la diferenciación de las tres categorías no siempre es nítida si tenemos en cuenta que:

a) Con carácter general el artículo 2 acota que “los bienes más relevantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia” deben ser clasificados conforme a las categorías que cita. De dicha definición (los más relevantes) se desprende sensu contrario que pueden existir bienes del Patrimonio Cultural de la Región (los menos relevantes) que no son susceptibles de ser clasificados, lo que contradice otros preceptos del Anteproyecto. Por ello, se propone que se elimine del citado párrafo introductorio “más relevantes”, rasgo cuantitativo que, en realidad, es utilizado posteriormente para distinguir unas categorías de otras.

b) En el aspecto conceptual el Anteproyecto emplea dos criterios para encuadrar un bien en las diversas categorías: su relevancia (cuantitativo), y que no merezcan la protección de las restantes (negativo). Aun a sabiendas de la dificultad de positivizar criterios, y de las facultades de discrecionalidad técnica que ostentan los órganos encargados de su tutela, ha de reconocerse que, si se parte de la consideración de que todos estos bienes poseen algunos de los valores descritos en el artículo 1.2, el único criterio legal que se recoge para su clasificación en una u otra categoría es el de “más relevante por su notable valor” (bienes de interés cultural), “especial relevancia cultural” (bienes catalogados), y “relevancia cultural” (bienes inventariados). Por tanto, de acuerdo con la regulación propuesta, existe un amplísimo margen de discrecionalidad de la Administración a la hora de determinar si un bien queda subsumido en una u otra categoría.

c) Si se contrastan las obligaciones impuestas a los titulares para cada una de las categorías integrantes del patrimonio cultural (bienes de interés cultural, catalogados, e inventariados), se desprende que el régimen de protección que las diferencia es mínimo, sobre todo en relación con los últimos grados (catalogados e inventariados), respecto a

los que únicamente se destaca, como rasgo distintivo, que no merezcan la protección derivada de la otra categoría, como ya se ha indicado.

De modo que en el artículo 8.1 se relacionan los siguientes deberes en relación con los bienes de interés cultural:

- Conservar, custodiar, y proteger para asegurar su integridad y evitar su destrucción y deterioro. Comunicar el uso.

- Permitir su estudio, previa solicitud razonada del investigador.

- Permitir la visita pública al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados, salvo causa justificada y fundamentada en la vulneración de derechos fundamentales. En el caso de bienes muebles, se podrá igualmente acordar, como obligación sustitutoria, el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un plazo máximo de 5 meses cada dos años.

- Notificar toda pretensión de venta, y los traslados de bienes muebles de interés cultural.

- Permitir la inspección facilitando la información que resulte necesaria.

- Cumplir las órdenes de ejecución de obras y demás medidas necesarias para la conservación y custodia de estos bienes.

Si comparamos las obligaciones de los titulares de bienes de interés cultural con los correspondientes a los de los bienes catalogados, se observa que la única diferencia estriba en el régimen de visitas, que también es excepcional.

Pero de mayor interés es el contraste entre el régimen de protección de los bienes catalogados e inventariados, pues la única distinción aparente es la obligación de los propietarios de cumplir las órdenes de ejecución de las obras y demás medidas necesarias de conservación y custodia en el supuesto de los catalogados (artículo 8.2.f), pero tal diferenciación queda minimizada al establecer el artículo 9.1 del texto que la Administración puede suspender cualquier obra o intervención en un bien inventariado, lo que implica, recíprocamente, que los titulares deben cumplir las órdenes de ejecución de la Administración al igual que los catalogados; incluso, en la categoría de inventariados se pueden realizar de modo directo las obras necesarias si así lo requiere la más eficaz conservación de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, en la medida que el artículo 9.4 del Anteproyecto no diferencia los supuestos aplicables.

Las anteriores consideraciones tratan de evidenciar la difusa y nula diferenciación entre los bienes catalogados e inventariados que contiene el Anteproyecto, lo que motiva que se traslade al órgano consultante la conveniencia, o no, de mantener tal duplicidad de categorías, pudiendo refundirse en una única de bienes catalogados o inventariados (en la vertiente de muebles).

3) A la hora de definir determinadas figuras de bienes inmuebles de interés cultural, el Anteproyecto las acota tanto si se encuentran en su superficie como en el subsuelo, o bajo las aguas territoriales (zonas arqueológicas o paleontológicas).

La cita a las aguas territoriales introduce cierta ambigüedad y suscita la siguiente problemática:

El artículo 132.2 de la Constitución dispone que son bienes de dominio público estatal la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Sin embargo, la titularidad dominical, según razonamos en nuestro Dictamen núm. 171/2006, no es en sí misma un criterio de delimitación competencial, ni la naturaleza demanial la sustrae de las competencias que sobre este espacio correspondan a otros entes públicos, citando a este respecto la STC núm. 9/2001, de 18 de enero.

En este punto cabría plantearse si la Comunidad Autónoma ejerce competencias sobre el mar territorial, y debemos recordar que, conforme a nuestro Estatuto, dicho ejercicio se circunscribe a su ámbito territorial (artículo 3 EA), y en cuanto a lo que deba entenderse por territorio autonómico el Tribunal Constitucional ha señalado (sentencia núm. 38/2002) que “tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina del Consejo de Estado, han sostenido en forma inequívoca y, concretamente, respecto a los puertos y a la zona marítimo-terrestre, que uno y otra forman parte del territorio municipal en que están enclavados, basándose en que legalmente todo el territorio nacional se divide en términos municipales, de forma que no pueden quedar espacios territoriales excluidos de ellos (...) Parece claro que la misma doctrina hay que aplicar a la división del territorio nacional en Comunidades Autónomas (art. 137 de la Constitución), máxime cuando esa división del territorio nacional es ahora total”.

Pero el Tribunal Constitucional, en la sentencia precitada, señala que distinto es el caso del mar territorial (el cual no forma parte del ámbito espacial de las Comunidades Autónomas con litoral), aunque excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas, eventualidad ésta que dependerá, bien de un explícito reconocimiento estatutario, como tuvo ocasión de señalar el Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 171/2006, sobre el marisqueo y la acuicultura, bien de la naturaleza de la competencia tal como resulte de la interpretación del bloque de la constitucionalidad.

En materia de patrimonio cultural, a diferencia de otras competencias, el EA se refiere al que sea “de interés para la Región”, sin que dicho criterio sea muy relevante desde el momento que la LPHE los considera también partes integrantes del Patrimonio Histórico Español.

La LPHE tampoco deslinda claramente las competencias, limitándose a señalar que forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes arqueológicos que se encuentren en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial, o en la plataforma territorial (artículo 40.1). En cuanto a la Administración autorizante se remite a “la competente”, concretada por la misma Ley (artículo 6) en los órganos en que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico, o en los de la Administración del Estado, cuando resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes, en el plano de la concurrencia de competencias indicada en la Consideración Tercera. El Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, por el que se desarrolla parcialmente la LPHE, atribuye al Ministerio de Cultura la competencia para declarar de interés cultural los bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado, o que formen parte del Patrimonio Nacional.

En todo caso, de la aplicación de normas sectoriales específicas, puede deducirse la intensidad de la intervención del Estado en el mar territorial, teniendo en cuenta la

normativa básica en materia de protección medioambiental, la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 (cualquier actuación está sujeta a concesión o autorización de la Administración titular del demanio), la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de noviembre de 2003 (Disposición Adicional Decimocuarta), sin olvidar la competencia exclusiva estatal contra la exportación y expoliación.

En consecuencia, debería sustituirse la referencia “a las aguas territoriales” de las zonas arqueológicas y paleontológicas en los diversos artículos del Anteproyecto que la citan, por “bajo las aguas”, que no suscita la polémica referida y que, por otra parte, es una expresión más adecuada en el campo de las definiciones, sin entrar a considerar las competencias, habiendo sido utilizada, por otra parte, por la mayoría de las normas autonómicas de contenido similar, que no excluye en modo absoluto la competencia autonómica, pero tampoco la identifica con una de las pertenencias del dominio público estatal.

Por último, en lo que concierne a los bienes que integran el Patrimonio Cultural, según la definición del texto, restaría por considerar al patrimonio inmaterial o etnográfico, objeto específico de tratamiento en el siguiente epígrafe.

II. Patrimonio Inmaterial y Patrimonio Etnográfico.

1.- El artículo 1.2 del Anteproyecto establece que el Patrimonio Cultural de la Región de Murcia lo componen los bienes muebles, inmuebles e inmateriales, como instituciones, actividades, prácticas, usos, costumbres, comportamientos, conocimientos y otras manifestaciones propias de la vida tradicional, que constituyan formas relevantes de expresión de la cultura de la Región de Murcia que, independientemente de su titularidad pública o privada, o de cualquier otra circunstancia que incida sobre su régimen jurídico, merecen una protección especial para su disfrute por parte de las generaciones presentes y futuras por su valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, etnográfico, técnico o industrial o de cualquier otra naturaleza cultural.

La comparación de esta definición con la que del Patrimonio Etnográfico contiene el artículo 65 del mismo Anteproyecto, arroja una identidad casi absoluta, sólo rota por la omisión, en este precepto, del elenco de valores culturales que el artículo 1.2 incorpora como último inciso. En consecuencia, la definición legal del patrimonio etnográfico no añade nada sobre la del conjunto del Patrimonio Cultural, del que forma parte, sin llegar a ofrecer un criterio o pauta para diferenciar el género de la especie, pues ni tan siquiera vincula los bienes que constituyen el peculiar patrimonio de referencia al valor cultural característico, propio y específico de éste, como es el valor etnográfico. Sin embargo, el problema quizás no radique en una eventual insuficiencia de la definición del patrimonio etnográfico, sino en la caracterización que del Patrimonio Cultural efectúa el artículo 1.2 del Anteproyecto, en la medida en que otorga una especial atención a sus componentes inmateriales, sobre los materiales (bienes muebles e inmuebles).

En la raíz del problema, además, se encuentra la necesidad de responder a la siguiente pregunta: ¿Hay bienes culturales inmateriales que no pertenezcan al patrimonio etnográfico? La respuesta, en principio, y al margen de consideraciones técnicas necesariamente ajenas a este Consejo Jurídico, parece ser negativa, en atención a los siguientes razonamientos:

A) La definición de los bienes inmateriales contenida en el artículo 1.2 del Anteproyecto está transida de “tradición”, componente esencial de lo etnográfico. Prueba de ello es que

la enumeración de todos los elementos constitutivos del patrimonio inmaterial se cierra con la expresión “y otras manifestaciones propias de la vida tradicional”, extendiendo, por tanto, a todas esas instituciones, actividades, prácticas, usos, costumbres, comportamientos y conocimientos a que se refiere, la cualidad de manifestaciones de la vida tradicional.

B) El único régimen de protección específico de bienes inmateriales que establece el Anteproyecto es el del artículo 66.2, perteneciente al Título destinado a la regulación del Patrimonio Etnográfico.

C) La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, ya citada, define en su artículo 2.1 el patrimonio cultural inmaterial como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”.

El artículo 2.1 de la Convención, por su parte, precisa que dicho patrimonio inmaterial se manifiesta en particular, en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y e) técnicas artesanales tradicionales.

Lo etnográfico como valor preponderante en dichas manifestaciones culturales es innegable, máxime porque, como señala el artículo 2.1, este patrimonio inmaterial se transmite de generación en generación, infundiendo a las comunidades un sentimiento de unidad y continuidad.

D) El artículo 1 LPHE, al enumerar los elementos integrantes del mismo, omite cualquier referencia a bienes inmateriales, lo que no es óbice para integrar en aquél “los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales” (artículo 46), al regular el Patrimonio Etnográfico, al que dedica su Título VI, identificando de forma implícita bienes inmateriales y patrimonio etnográfico.

Por lo expuesto, no parece demasiado aventurado afirmar que patrimonio inmaterial y patrimonio etnográfico son dos formas de designar una misma realidad. De ser así, sería conveniente efectuar las siguientes actuaciones sobre el texto propuesto:

- Al definir el Patrimonio Cultural en el artículo 1.2, diferenciar entre la parte material e inmaterial del mismo. Para ello, y con el ánimo de introducir las menores variaciones posibles en la definición propuesta, debería dividirse en dos párrafos el apartado 2. El primero se destinaría al patrimonio material, tangible, es decir, a los bienes muebles e inmuebles que, independientemente de su titularidad pública o privada, o de cualquier otra circunstancia que incida sobre su régimen jurídico, merecen una protección especial para su disfrute por parte de las generaciones presentes y futuras por su valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, etnográfico, técnico o industrial o de cualquier otra naturaleza cultural.

El segundo párrafo, por su parte, definiría el patrimonio inmaterial como aquellas instituciones, actividades, prácticas, usos, costumbres, comportamientos, conocimientos y otras manifestaciones propias de la vida tradicional, que constituyan formas relevantes de expresión de la cultura de la Región de Murcia y que merecen la misma protección que los bienes del párrafo anterior.

- Hecha esta diferenciación, a la hora de definir el Patrimonio Etnográfico en el artículo 65 del Anteproyecto, bastaría con una remisión al Patrimonio Cultural Inmaterial definido en el artículo 1.2, al que habría que sumar los bienes muebles e inmuebles inherentes a aquél o que posean, por sí mismos, un valor etnográfico propio.

Con estas modificaciones entiende el Consejo Jurídico que se alcanzarían diversas ventajas. Entre ellas, las siguientes:

a) Evitar la innecesaria reiteración de contenidos que actualmente existe en los artículos 1 y 65 del Anteproyecto, sin que de tal redundancia se derive una mayor claridad de lo regulado. Con la redacción propuesta en este Dictamen, la definición del patrimonio inmaterial no se reproduce en dos artículos diferentes, sino que se efectúa en uno sólo, el que define el Patrimonio Cultural de la Región de Murcia.

b) Al igual que la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, la regulación del Patrimonio Etnográfico se centraría en lo que constituye su núcleo esencial, es decir, los bienes inmateriales, quedando los muebles e inmuebles de valor etnográfico como algo accesorio a las manifestaciones culturales de la vida tradicional a las que dan soporte. Esta especial relevancia de lo inmaterial no es ajena al Anteproyecto, cuyos artículos 17, letra a) y 24.2 establecen que para la declaración de un bien inmaterial como bien de interés cultural o catalogado por su relevancia cultural, respectivamente, además de sus aspectos intangibles, habrán de describirse y relacionarse los bienes muebles e inmuebles que, por su especial vinculación con el bien inmaterial, pasarán a ser considerados bienes del patrimonio cultural, de acuerdo con alguna de las categorías a que se refiere el artículo 2 del Anteproyecto.

2.- Como ya ha quedado expuesto, el único régimen específico de protección de los bienes inmateriales se establece en el artículo 66.2 del Anteproyecto, con ocasión de regular la protección del patrimonio etnográfico.

Este precepto reproduce el contenido del artículo 1.4 de la norma proyectada, que impone un mandato al órgano directivo competente en materia de cultura para que, ante situaciones que pongan en peligro los bienes del Patrimonio Cultural, adopte las medidas necesarias que garanticen su protección. De hecho, el artículo 66.2 únicamente añade un inciso final, en relación al patrimonio etnográfico, para que las medidas de protección, garanticen también la transmisión del patrimonio a las generaciones futuras.

Junto al artículo 1.4, el Anteproyecto establece normas generales de protección del Patrimonio Cultural (Capítulo II del Título Preliminar) y regímenes especiales de protección para bienes inmuebles de interés cultural (Sección 1ª, Capítulo I, Título II); bienes muebles de interés cultural (Sección 2ª de los mismos Capítulo y Título); bienes catalogados por su relevancia cultural (Capítulo II, Título II); y bienes inventariados (Capítulo III). De todos estos regímenes protectores, en principio, serían aplicables a los bienes inmateriales, los propios de las categorías en que pueden clasificarse, y el general del Capítulo II, Título Preliminar.

No obstante, de la lectura de esas normas protectoras, inmediatamente se advierte la dificultad de su aplicación práctica al patrimonio inmaterial, pues si bien éste puede ser clasificado en cualquiera de las categorías a que se refiere el artículo 2 del Anteproyecto (artículo 66.1) y, en consecuencia, recibir la protección que la Ley prevé para cada una de ellas, lo cierto es que tales mecanismos de defensa del patrimonio están dirigidos a la preservación de los bienes muebles e inmuebles, no a los inmateriales. Para comprender

esta afirmación basta con contemplar las medidas de salvaguarda establecidas en el Anteproyecto, en sus artículos 8 (deberes de los titulares de derechos reales sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia); 9 (suspensión y ejecución de intervenciones); 10 (expropiación); 11 (derechos de tanteo y retracto); 51 (traslados de bienes catalogados por su relevancia cultural); o 53 (traslados de bienes inventariados).

Por tanto, al margen de la protección que, de forma indirecta, el patrimonio inmaterial recibirá de la defensa de los bienes materiales e inmateriales vinculados a él, lo cierto es que su tutela se confía a unos mecanismos tan generales e inespecíficos como los establecidos en el artículo 66.2 del Anteproyecto, que, preciso es recordarlo, no son sino reproducción de las previsiones contenidas en su artículo 1.4 y que el propio legislador considera insuficientes para garantizar la preservación del patrimonio, como demuestra el hecho de que se vea obligado a establecer regímenes especiales de protección para cada categoría de bien cultural. Considera el Consejo Jurídico que, atendida la extrema vulnerabilidad del patrimonio inmaterial, sería muy conveniente la regulación en la futura Ley de medidas concretas de salvaguarda de los bienes que lo integran, que atiendan a las peculiares características de las manifestaciones culturales a proteger y que, al igual que ocurre con el resto de bienes culturales, la actuación protectora no se limite a una reacción frente a situaciones de peligro de desaparición o deterioro, sino que anticipe su intervención sobre el patrimonio inmaterial como prevención frente a dichos riesgos.

Así, la Convención antes citada incluye, entre las medidas de salvaguardia del patrimonio inmaterial, actuaciones de “promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos” (artículo 2.3), que son posteriormente desarrolladas y concretadas en los artículos 13, 14 y 15 de la Convención, donde se contienen medidas que van desde garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, hasta asociar activamente a la gestión del patrimonio a los individuos o grupos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio.

En el ámbito regional existen también normas que recogen medidas concretas de protección y fomento del patrimonio inmaterial, como el artículo 12, apartados 1 y 3, de la Ley 11/1988, de 30 de noviembre, de Artesanía de la Región de Murcia y el artículo 2 del Decreto 135/2002, de 22 de noviembre, por el que se crea el Museo Regional de Artes y Costumbres Populares y Centro de Investigaciones Etnológicas.

Del mismo modo, la legislación autonómica sobre Patrimonio Etnográfico también recoge actuaciones específicas de salvaguardia del mismo, tales como:

- Dotar a los bienes inmateriales de preferencia a efectos de su conocimiento, difusión y obtención de subvenciones y ayudas públicas (artículo 63 de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía).

- La dignificación de las manifestaciones de la cultura popular tradicional, introduciendo su estudio y conocimiento en el sistema educativo (artículo 71, Ley 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural de Asturias y artículo 64.4 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de la Rioja).

- Apoyar la labor de las asociaciones, instituciones y personas que trabajen en el mantenimiento y revitalización de las expresiones inmateriales del patrimonio etnográfico (artículo 72 de la Ley asturiana y 64.5 de la riojana).

- La colaboración entre las Administraciones Públicas y el sector privado para crear centros de investigación y museos etnográficos (artículo 64.5, Ley riojana 7/2004).

En suma, un régimen específico de salvaguardia del patrimonio inmaterial que atendiera tanto a su defensa frente a agresiones, como a su promoción y difusión, completaría las medidas de protección que, en la redacción actual del Anteproyecto, se quedan en inconcretas e inespecíficas actuaciones sólo contempladas para el supuesto de encontrarse los bienes “en previsible peligro de desaparición, pérdida o deterioro”.

III. Estatuto jurídico de los titulares de derechos sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia. Especial mención al deber de conservación.

Ya se ha expuesto con anterioridad, la doctrina constitucional que reconoce la posibilidad de que las leyes autonómicas incidan en el estatuto de la propiedad para acomodar la materia propia de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma, de manera que la delimitación de los poderes del propietario no se opera sólo en la legislación civil, sino también en aquellas leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad.

Pese a la clasificación propuesta en el Anteproyecto con las tres categorías de bienes que integran el patrimonio cultural regional, el régimen de deberes que conforman su estatuto jurídico (Capítulo II del Título Preliminar) responde a cierta uniformidad, aunque en una primera aproximación pueda parecer con cierta graduación en su intensidad según la categoría de que se trate, en coherencia con el planteamiento del Anteproyecto que prima, en definitiva, su pertenencia al Patrimonio Cultural de la Región. Los deberes citados no dejan de ser una explicitación de los previstos en la LPHE, aunque con ciertas peculiaridades que examinaremos posteriormente.

1) Inicialmente conviene realizar una observación sobre los sujetos obligados al cumplimiento de los deberes y obligaciones que se detallan en el artículo 8 puesto que, aun cuando la referencia a los titulares de derechos reales englobe también a los dominicales; sin embargo por el haz de facultades que integra el dominio, y que se extiende a todos los deberes relacionados, debería singularizarse como primer obligado a “los propietarios”, sugiriendo la siguiente redacción: “propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales”, fórmula generalmente adoptada por las distintas normas protectoras en esta materia (por ejemplo, artículos 36.1 LPHE o 24.1 de la Ley de Patrimonio Cultural de Castilla y León). De forma concordante deben modificarse los artículos relacionados.

2) Entre los deberes citados destaca por su preeminencia el deber de conservar, custodiar y proteger para asegurar la integridad y evitar la destrucción o deterioro del bien (artículo 8, apartados 1a, 2,a y 3,a). En relación con los inmuebles, con carácter general y en ejercicio de la competencia estatal en la regulación de las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad, el artículo 19 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, establece que los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos a los usos que no resulten incompatibles con el planeamiento y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. También que los propietarios quedan sujetos al cumplimiento de las normas sobre protección del medio ambiente, los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos, y sobre rehabilitación urbana.

Ciertamente, el deber de conservación del patrimonio cultural es más intenso que el previsto en la legislación urbanística -sin obviar que esta normativa también remite al cumplimiento de las normas sobre patrimonio cultural-, en tanto el titular ha de mantener el bien en condiciones de satisfacer la función social que cumple, la conservación de sus valores, como así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 1989: “alcanzado el objetivo de protección de los intereses culturales de la comunidad con el reconocimiento del mismo como Monumento Histórico-Artístico, queden desvirtuados los propios y privativos de su titular, porque la prevalencia está en función de los intereses mayoritarios de acuerdo con la doctrina establecida en la Sentencia apelada (...)”.

Sin embargo, pese a la dimensión social de la propiedad privada, como institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, que se materializa en la vertiente cultural, en restricciones a las facultades de uso, disfrute y disposición, o a la imposición de deberes positivos al propietario, no puede desconocerse el contenido esencial o mínimo de la propiedad que haga reconocible el estatuto propietario, y se rebasa el contenido esencial, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, o lo dificultan más allá de lo razonable (STC 11/1981, de 8 de abril). La anterior consideración conduce a suscitar algunas cuestiones en la vertiente de deberes:

a) En el epígrafe a) de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8 se señala que la Dirección General competente podrá requerir a los titulares de dichos bienes (interés cultural, catalogados e inventariados), cuando resulte aconsejable para el mantenimiento de los valores que motivaron su protección, para que opten por un aprovechamiento alternativo (o uso en el segundo apartado), o bien para que suspendan su aprovechamiento. Ciertamente, la utilización de los bienes integrantes del patrimonio cultural queda subordinada a que no se ponga en peligro los valores, teniendo pleno sentido que se destinen al uso que sea conforme con el instrumento de protección, y que cualquier cambio de dicho uso deba ser autorizado por los órganos competentes en materia de patrimonio cultural; pero ello no puede extenderse, sin la pertinente compensación, a que el bien no pueda tener ningún aprovechamiento, como podría inferirse del párrafo “suspendan su aprovechamiento”, sin mayor aclaración, pues no debe olvidarse que es causa justificativa de interés social para la expropiación un uso incompatible con sus valores (artículo 37.3 LPHE). Por otra parte, se utiliza en unos apartados el término “aprovechamiento” y, en otro, el de “uso”, indistintamente, debiendo unificarse la terminología, pues técnicamente no son equivalentes.

b) En el artículo 9 del Anteproyecto se establecen una serie de medidas de la Dirección General competente o, en general, de las Administraciones Públicas, según los casos, frente a la inactividad material del propietario o, en su caso, del titular de derechos reales, que se extienden desde la potestad de ordenar a los titulares de bienes de interés cultural y catalogados la adopción de medidas de depósito, restauración, rehabilitación, demolición u otras que resulten necesarias y, en su defecto, ejecutarlas a costa del obligado (apartados 2 y 3), hasta la posibilidad de poder realizarlas directamente en todo tipo de bienes integrantes del Patrimonio Cultural, aunque no se trate de obras de emergencia en un bien de interés cultural (apartados 4 y 5). El Consejo Jurídico realiza las siguientes observaciones a este respecto:

En relación con las órdenes de ejecución de obras en inmuebles por motivos culturales, el artículo 246.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación

Urbana de 1992, declarado básico y vigente por la Ley estatal 6/1998, establece que las obras se ejecutarán a cargo de los propietarios si se contuvieran en el límite del deber de conservación que les corresponda, y con cargo al fondo de la Entidad que lo ordene, cuando lo rebasare para obtener mejoras de interés general. Por ello debería completarse la regulación del Anteproyecto con la previsión de que cuando las obras excedieran de los límites del deber de conservación y no haya existido incumplimiento por parte de los obligados a realizarlas, los titulares podrán solicitar la colaboración de los poderes públicos con tal finalidad, en coherencia con lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta.

La anterior consideración también es extensible al supuesto de declaración de ruina de un bien de interés cultural protegido (artículo 35 del Anteproyecto), pues la jurisprudencia ha señalado que, aunque cese el deber de conservación de los propietarios, puede ocurrir que el objetivo de protección imponga la no demolición o desaparición física del inmueble, traduciéndose en una necesaria conservación. En el mismo sentido la STS, Sala 3ª, de 17 de julio de 1995: “Esta Sala tiene repetidamente sostenido que la declaración de ruina, no significa que pese a ella, la demolición pueda llevarse a cabo, cuando razones arquitectónicas de la finca impongan su conservación bien en su totalidad bien en parte de ella”. Consecuencia de lo anterior es que a partir de ese momento, en función de las medidas que se impongan y si excedieran del deber de conservación (STS, Sala 3ª, de 6 de febrero de 1990), la Administración debe contribuir a los gastos exigidos por la conservación del edificio de que se trate, lo que debe recogerse en el 35.3 del Anteproyecto.

En el artículo 9.2 se recogen el amplio abanico de actuaciones sobre los que pueden versar las órdenes de ejecución que pueden ser adoptadas por las Administraciones Públicas, pero sin que se concreten los presupuestos necesarios e imprescindibles para la validez y eficacia jurídica de las mismas, como los requisitos de la previa concreción de las obras a realizar y su valoración, en la medida de lo racionalmente posible y previsible, junto con el requerimiento al interesado (STS, Sala 3ª, de 18 de septiembre de 1989).

En el artículo 9.4 también debería aclararse en qué supuestos cabe la intervención directa de obras por la Administración, siendo insuficiente la razón dada de una mayor eficacia, que debería ser excepcional, pues el *modus operandi* aconsejable sería el de requerir al propietario para que ejecute las obras, y en su defecto, que se realicen subsidiariamente con cargo al obligado (artículo 9.3), salvo en los casos de emergencia. Además, en el caso de la ejecución directa de obras para lograr una mayor eficacia, sería exigible la comunicación previa al propietario y, en su caso, el consentimiento judicial para acceder al domicilio, si hubiera oposición por parte de su titular, pues corresponde 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 (artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Tampoco se especifica con cargo a quién se realizan las obras, salvo que se esté planteando la ejecución de obras directamente por la Administración con cargo al presupuesto público (STS, Sala 3ª, de 7 de junio de 2004).

3) En el artículo 10.1 se considera causa de utilidad pública o interés social para ser expropiado el incumplimiento de los deberes a que se refiere el artículo 8 del Anteproyecto. Sin embargo, el precitado artículo recoge un listado de deberes, cuyo incumplimiento

tiene una trascendencia muy diferente desde el punto de vista de la gravedad del daño, de manera que algunos de ellos han sido tipificados como leves en el régimen sancionador, por ejemplo, el incumplimiento de permitir el estudio a los investigadores, o la falta de notificación del traslado que afecte a bienes inventariados (artículo 76). En consecuencia, debería concretarse a qué deberes de los citados se refiere como causa expropiandi, por incumplimiento de la función social del derecho de propiedad, como causa de interés social, conforme al artículo 71 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) que, a juicio del Consejo Jurídico, se concretaría esencialmente en el incumplimiento del deber de conservación, custodia o protección que ponga en peligro al bien de destrucción o deterioro, o un uso incompatible con sus valores, además del supuesto contemplado en el apartado 2 del artículo objeto de comentario (los bienes inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia), citados por el artículo 82 LEF.

IV. Inserción en el ordenamiento regional e interrelación con las legislaciones sectoriales.

El Anteproyecto parte de una concepción, muy justificada desde el punto de vista constitucional, de que las exigencias de tutela del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia deben integrarse en la definición y en la realización de las restantes políticas públicas, en materia educativa, ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, agricultura, industria, y turismo (artículo 12).

Sin embargo no llega a plasmarse dicha coordinación en sus conexiones con diversos textos legales vigentes en el ordenamiento regional en los siguientes casos:

1) Las medidas de fomento del Patrimonio Cultural.

El texto sometido a Dictamen prevé en la Disposición Adicional Cuarta el establecimiento por el Consejo de Gobierno de un régimen de medidas y ayudas compensatorias de las limitaciones a derechos establecidas en la Ley, siendo beneficiarios los titulares de los bienes; también deja vigente de manera expresa a la Ley 4/1990, de 11 de abril, de medidas de fomento del Patrimonio Histórico de la Región de Murcia.

Por otra parte, la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tasas regionales, regula en su artículo 1.Dos una deducción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a favor de quienes realizaran donaciones a la Comunidad Autónoma o a fundaciones que tengan por fines primordiales el desarrollo de actuaciones de protección del patrimonio histórico de la Región de Murcia, siendo ésta una medida de fomento del patrimonio cultural inadvertida por el Anteproyecto.

Desde el punto de vista de la congruencia del objeto del Anteproyecto y su articulación, las escasas previsiones de la Disposición Adicional Cuarta pueden considerarse insuficientes, dada la configuración de tal objeto, que abarca el fomento del Patrimonio Cultural (artículo 1), ausente del texto articulado. Con los antecedentes normativos referidos considera el Consejo Jurídico que existen elementos bastantes como para configurar un Título específico del Anteproyecto dedicado a las medidas de fomento y difusión, en el que se acogiesen las medidas presupuestarias y tributarias y, junto a ellas, podrían figurar los criterios generales para la concesión de las ayudas a quienes vieran limitados sus derechos, en armonía con lo dispuesto en la Ley de Subvenciones, remitiendo su desarrollo al reglamento posterior que aprobase el Consejo de Gobierno.

2) La legislación medioambiental y de espacios naturales protegidos en relación con el Patrimonio Cultural.

Se ha sostenido en el sustrato de alguna alegación, la disociación entre los instrumentos de medio ambiente y del patrimonio cultural, postura no avalada por la jurisprudencia constitucional, en la medida que se ha decantado por un concepto amplio del medio ambiente, consagrado en el artículo 45 de la Constitución, según refiere la STC núm. 102/1995, de 26 de junio: “el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida”. Por tanto, desde una perspectiva amplia, que equipara el medio ambiente con el entorno de la vida humana, se interpreta que se extiende tanto al entorno natural, como al espacio humano o construido del que forma parte el cultural.

A su vez, la jurisprudencia constitucional ha destacado el carácter transversal de las competencias medioambientales, en tanto en cuanto inciden sobre otras materias que tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales), o ciertas actividades sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo y transportes).

a) Sentadas tales premisas, ha sido objeto de controversia la previsión contenida en el artículo 12.2 del Anteproyecto, sobre la exigencia de un informe del centro directivo competente en materia de cultura en los trámites de evaluación de impacto ambiental de las actividades, obras, proyectos, plan o programa, y cuyas consideraciones o condiciones incorporará la declaración o autorización correspondiente, este último caso referido a las integradas. El plazo para la emisión del citado informe se ha reducido, durante el procedimiento de elaboración del Anteproyecto, pasando de un mes a diez días por las alegaciones realizadas por la Consejería competente en materia de medio ambiente sobre la excesiva duración del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).

La regulación de la intervención del órgano cultural, a través de un informe, en el procedimiento de EIA se encuentra plenamente justificada como técnica de coordinación, por cuanto los estudios de impacto ambiental contienen, entre otras determinaciones, la evaluación de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre el paisaje y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico y el arqueológico (artículo 2.1.c del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental). De acuerdo con la normativa anterior, la intervención del órgano con competencias en el patrimonio cultural se produce si así lo decide el órgano ambiental y, al parecer, según el informe de contestación a las alegaciones (folio 138), se contrae a la remisión de una memoria-resumen, que no permite disponer de los elementos de juicio suficientes. Por otra parte, el carácter de “Administración afectada” de la Consejería competente en materia de patrimonio cultural ha sido expresamente reconocido por el artículo 9 de la ley 9/2006, de 28 de abril, sobre la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que también recoge como criterio para determinar la posible significación de los efectos sobre el medio ambiente (Anexo II) “el patrimonio cultural”.

Tampoco ha de objetarse al hecho de que se incorpore a la declaración (DIA) el condicionado que resulte del informe del centro directivo competente en materia de cultura, y que sea considerado por el órgano ambiental en orden a la adecuada protección

del medio ambiente, como refiere el artículo 4.1 del RDLegislativo citado, y dentro del concepto amplio del cual se ha partido como premisa. Desde tal perspectiva ha de ser interpretada la alusión a que “sus consideraciones o condiciones incorporará a la DIA o autorización correspondiente (referida a las integradas). Soluciones análogas se han previsto en normas similares a la que es objeto de estudio; por ejemplo, el artículo 11 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, por la que se regula el patrimonio cultural de la Comunidad Valenciana.

Sin embargo sí debería concretarse el ámbito de aplicación del artículo 12. 2, pues por su generalidad (actividad, obra, proyecto, plan o programa que requiera evaluación de impacto ambiental o autorización integrada) presupone que es aplicable a todas aquellas actuaciones aunque no tengan incidencia en el patrimonio cultural, por lo que habría que acotar a “los que puedan afectar a los bienes del patrimonio cultural”.

b) En cuanto a la coordinación con la normativa regional de espacios naturales protegidos, cuyas figuras de protección puedan abarcar, en su declaración y planificación, a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural, la ley regional 4/1992, ya citada, establece que el órgano competente en materia de cultura informará los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, los cuales son preceptivos para la declaración de Parques y Reservas Naturales. Puesto que no se establece la misma previsión para los monumentos y paisajes protegidos (no son obligatorios dichos Planes), donde la interrelación con el patrimonio cultural es muy intensa, a tenor de las consideraciones realizadas con anterioridad sobre el paisaje cultural (apartado I de esta Consideración), convendría, por tanto, establecer un informe preceptivo del órgano competente en materia de cultura en los procedimientos para la declaración de los monumentos y paisajes protegidos y, en su caso, en los planes rectores de uso y gestión u otros instrumentos que se aprueben en dichos espacios, con la finalidad de aunar las competencias que converjan en dichas figuras (artículos 48.5 y 49.4 de la Ley 4/1992).

3) La legislación del suelo y el Patrimonio Cultural.

Como en otras ocasiones ha destacado este Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen 45/2000), en relación con el estudio de leyes sectoriales, deben preverse las relaciones entre la planificación de esa clase y la ordenación del territorio y urbanismo, normativas que deben conectarse bajo el criterio de coordinación y cooperación entre ellas (STC 227/1988). Siguiendo tal criterio y atendiendo también a la estrecha interrelación entre políticas de suelo y el patrimonio cultural, se plantean a lo largo del texto una serie de conexiones entre ambas normas, cuya materialización por parte del Anteproyecto plantea ciertos reparos, que deben ser resueltos atendiendo a los principios de especialidad y coordinación.

a) Relación con el planeamiento urbanístico.

La utilización de los planes urbanísticos para la defensa del patrimonio inmueble cultural constituye una de las herramientas más eficaces, teniendo en cuenta que dichos planes delimitan el contenido de la propiedad inmobiliaria, por remisión de la Ley, a través de las técnicas de la clasificación y calificación, concretando los usos e intensidades de todas los inmuebles afectados. Dichos planes están obligados a la defensa del citado patrimonio, de acuerdo con los mandatos del TRLSRM; así se constata, por ejemplo, en los Planes Generales Municipales, que deben incorporar, entre sus determinaciones generales, los Catálogos con las medidas necesarias para la protección de espacios,

conjuntos, construcciones, o elementos que participen de valores históricos, culturales, etc., de conformidad con su legislación de patrimonio cultural (artículo 98,c). La misma invocación a la normativa cultural se reitera en la ordenación pormenorizada del suelo urbano (usos, volumen, características estéticas, entorno) por parte de los planes generales, pues el artículo 99.c del Texto Refundido establece: “Cuando se trate de conjuntos históricos y bienes de interés cultural se estará a lo establecido por la legislación de patrimonio histórico”. También como criterio reglado para clasificar como suelo no urbanizable de especial protección se recogen los valores paisajísticos, históricos y arqueológicos (artículo 65.1 del Texto Refundido).

Dicha finalidad también se encuentra explícita en los restantes escalones del planeamiento urbanístico, como en el caso de los Planes Parciales, que han de contener normas de protección de valores culturales (artículo 123,d).

Posición destacada, no obstante, es la de los Planes Especiales de protección, como figura de planeamiento urbanístico incorporada expresamente por la LPHE (artículo 20), dotándole de cierta autonomía y obligatoriedad, en tanto en cuanto establece que “la obligación de dicho plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general”. Dicha figura es desarrollada, para los conjuntos, sitios históricos, y zonas arqueológicas, por los artículos 115 y 124 (en cuanto a los requisitos documentales) del Texto Refundido, habiendo sido recogidos también por el Anteproyecto, en sus artículos 44 y 45, si bien amplía las figuras susceptibles de ordenar a través de este instrumento (zonas paleontológicas y lugares de interés etnográfico), adecuándola a la clasificación propuesta de bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural.

Pese al arsenal de herramientas urbanísticas y a las posibilidades que el TRLSRM otorga a la legislación del patrimonio cultural para implementarla, el Consejo Jurídico entiende que el Anteproyecto no las ha aprovechado en mayor medida, pudiendo decirse que la relación entre ambas normas queda algo minusvalorada en el texto. Podría, por ejemplo, haberse establecido prescripciones acerca de los catálogos, como partes integrantes de los instrumentos de planeamiento urbanístico, o haberse previsto un informe del centro directivo competente en materia de cultura a los instrumentos de ordenación del territorio; o se podría intensificar la relación con las Administraciones municipales a la hora de controlar el cumplimiento de las obligaciones de los propietarios (art. 92); se podría aprovechar para incentivar la elaboración de planes especiales de protección del patrimonio cultural (art. 109); e incluso se podría instrumentalizar la posibilidad de una consulta previa al órgano competente en materia cultural por parte de los Ayuntamientos sobre los avances de planeamiento que afecten a bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural (artículo 133)

Además se realizan las siguientes observaciones:

El artículo 37 del Anteproyecto recoge que la declaración de un bien de interés cultural como conjunto histórico, sitio histórico, zona arqueológica, zona paleontológica o lugar de interés etnográfico, contendrá las medidas urbanísticas que deban adoptarse para su mejor protección, y los regímenes específicos de protección prevalecerán sobre el planeamiento urbanístico vigente que, en su caso, deberá adaptarse a los mismos en el plazo de un año.

Sin embargo, tales previsiones no están coonestadas con otras medidas urbanísticas previstas por el Anteproyecto, concretamente con la señalada en el artículo 44, que

establece la obligación de redactar Planes Especiales de protección para los inmuebles citados, que deberá ser aprobado en el plazo de 2 años desde la declaración.

Es indudable que las atribuciones de los organismos protectores del Patrimonio Histórico-Artístico obedecen a la defensa del derecho a la cultura que obliga a aplicar la legislación protectora de dicho patrimonio en el sentido más favorable a la conservación del mismo, en virtud de lo expresamente dispuesto en el artículo 46 de la Constitución, y que en caso de conflicto con las normas urbanísticas prevalecen las primeras en función del aludido derecho a la cultura a cuya defensa responden (por todas, STS, Sala 3ª, de 3 de octubre de 1.986). Lógico corolario de lo expuesto es que la declaración prevalezca, en caso de contradicción, a las previsiones del planeamiento urbanístico, a partir de lo cual se detectan ciertas contradicciones internas en el texto que deben solventarse: por un lado, se dice en el artículo 44 que debe aprobarse un Plan Especial en el plazo de dos años, mientras que en el 37 se establece que el planeamiento deberá adaptarse en el plazo de un año ¿A qué planeamiento se refiere en este último caso? Si se refiere al planeamiento general podría carecer de sentido, a posteriori, desarrollar un Plan Especial, dado que los planes generales pueden ordenar pormenorizadamente el suelo urbano (artículo 99 TRLSRM), y determinar el régimen urbanístico aplicable, por tanto, a la figura de protección declarada por sus valores culturales. Por tanto, la respuesta sobre el instrumento urbanístico necesario debe venir dada por el grado de afectación de la declaración al planeamiento urbanístico municipal.

En consecuencia, una primera modificación que ha de introducirse en el texto, para salvar la contradicción expuesta, es que se unifiquen los plazos, estableciéndose en el artículo 37.2 que el planeamiento urbanístico deberá adaptarse en el plazo de dos años (también en la Disposición Adicional Sexta). Para dicha adecuación podría ser suficiente el Plan Especial citado en el artículo 44, pero también podría requerir que se modificara simultáneamente el Plan General cuando se afectara a los criterios de clasificación, usos globales o sistemas generales, por ejemplo. Al hilo de lo expuesto, en el artículo 44 se debería citar no sólo a los Planes Especiales, sino que debería añadirse “u otro instrumento de planeamiento”, dando cabida a las varias posibilidades que se han suscitado, en función del grado de afectación al planeamiento urbanístico vigente.

Se dice también que la declaración ha de contener las medidas urbanísticas que deben adoptarse para su mejor protección, si bien conviene introducir el matiz de que estas se desarrollarán a través del planeamiento especial.

Sobre el contenido de los Planes Especiales, la legislación de suelo regional, además de establecer unas determinaciones mínimas, remite a lo que establezca la legislación de patrimonio histórico (artículo 115.1), sin que el Anteproyecto desarrolle tal previsión, habiéndose circunscrito a los tres aspectos que contempla el 45, en parte reproducción de las previsiones de la legislación del suelo regional. Concretamente, con respecto al artículo 45.2 y a su consideración de que el Plan Especial declarará fuera de ordenación aquellas construcciones e instalaciones erigidas con anterioridad incompatibles con el régimen de protección derivado del mismo, conviene señalar que dicho régimen no tiene que ser declarado, sino que resulta legalmente de la disconformidad de las construcciones e instalaciones con la normativa que apruebe en el Plan Especial (artículo 94 TRLSRM); incluso el precitado artículo habilita al Plan Especial para que pueda establecer márgenes de tolerancia precisos para las edificaciones en tal régimen, lo que podría ser utilizado por estos planes especiales de protección en algún supuesto, sin que sea conveniente

que se descarte completamente a priori tal posibilidad. En consecuencia se sugiere la siguiente redacción:

“El Plan Especial señalará aquellos supuestos en que será de aplicación el régimen de fuera de ordenación de acuerdo con la Ley del Suelo regional”.

b) Respecto al procedimiento de otorgamiento de licencia municipal.

Mayor coordinación presenta el texto con el procedimiento de concesión de licencia municipal (por ejemplo, artículo 40.1) en la medida que establece la autorización del centro directivo competente en materia de patrimonio cultural es previa al otorgamiento de licencia municipal, previsión que concuerda con lo previsto en el artículo 217.4, segundo párrafo, del TRLSRM, así como el carácter desestimatorio del silencio administrativo (artículo 40.2), también previsto con el mismo carácter en el precitado Texto Refundido.

No obstante, el plazo para resolver el otorgamiento de la autorización en el caso de cambio de uso (tres meses), según el artículo 41 del Anteproyecto, parece excesivo, sumados a los tres meses ya establecidos en el artículo 217.4 del TRLSRM para el otorgamiento de la licencia municipal de actividad, y seis meses cuando sean preceptivas la urbanística y la de actividad (artículo 218)

c) En cuanto a la disciplina urbanística y el régimen de impugnación de acuerdos municipales contrarios a la legalidad.

El artículo 46.4 del Anteproyecto establece que las obras que se realicen al amparo de licencias contrarias al Plan Especial de protección serán ilegales, y la Dirección General ordenará su reconstrucción o demolición con cargo al Ayuntamiento que las hubiese otorgado, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa urbanística.

La declaración de ilegalidad no excluye el régimen general de impugnación previsto para las licencias que infrinjan de forma grave o muy grave el planeamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 232 TRLSRM, por lo que la orden de reconstrucción o demolición con cargo al Ayuntamiento se podrá ordenar cuando haya sido previamente anulada mediante el procedimiento de revisión de oficio, o por los órganos jurisdiccionales.

V. Los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural.

Una de las novedades que propone el Anteproyecto es la creación de la figura de los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural cuya finalidad, conforme a la EM, es la preservación de los parques arqueológicos y paleontológicos, y de los paisajes culturales, con la pretensión de dotar a las zonas indicadas de una protección jurídica adecuada, a través de la creación de un instrumento planificador más flexible que si se aplicara a las citadas zonas el régimen de protección específico de bienes de interés cultural. Para cumplir tal finalidad se dota a dicho instrumento de un efecto especial: la prevalecencia sobre cualquier otro instrumento de ordenación del territorio. A lo largo del procedimiento de elaboración se ha suscitado y discutido la naturaleza de este Plan por parte de algunas alegaciones (informes del Servicio Jurídico de la Consejería de Industria y Medio Ambiente, y de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas perteneciente a la misma, citados en el Antecedente Tercero), y se ha defendido a ultranza la regulación propuesta por parte del centro directivo competente, a través del informe de contestación a las alegaciones de 30 de diciembre de 2005, que viene a sostener resumidamente que los

Planes de Ordenación Cultural (POC) no son instrumentos de ordenación del territorio, y concretamente que no pertenecen a la categoría de Planes de Ordenación Territorial (POT), pues no son instrumentos directores y operativos para la regulación de la política territorial en un ámbito determinado, sino que tienen un alcance específico y tuitivo, y se superponen y prevalecen a las restantes planificaciones (territorial, social, económica) por cuanto ordenan bienes de interés general, al igual que los Planes de Ordenación de Recursos Naturales (PORN). Se sostiene también que, en ningún caso, definen el estatuto de la propiedad de suelo, que sigue siendo competencia urbanística, pero las limitaciones de estos planes precisan de su incorporación al estatuto urbanístico de la propiedad.

Para identificar la naturaleza de este Plan, y su adecuación al ordenamiento regional, el Consejo Jurídico va a partir de dos premisas que no pueden ser ignoradas:

a) La relación entre la ordenación del territorio y la planificación sectorial.

La ordenación del territorio constituye la expresión espacial de las políticas económicas, sociales, culturales y medioambientales con incidencia territorial (artículo 16 del TRLSRM), de acuerdo con la Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio el 23 de mayo de 1983, que la define también como la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad, siendo por tanto inherente a dicha competencia, atribuida en exclusiva a la Administración regional, las finalidades que se recogen en el artículo 3 del citado Texto Refundido: lograr la utilización racional del territorio, de acuerdo con los intereses generales, la preservación y conservación del patrimonio histórico artístico (...). Para el TC (Sentencia núm. 36/1994, de 10 de febrero), este título competencial tiene por objeto "la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial (...) el núcleo fundamental de esta materia competencial está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio. El ente competente en esta materia, al ejercer la actividad ordenadora, estableciendo los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio, coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial. El ejercicio de la competencia sobre ordenación territorial resultará pues condicionado por el ejercicio de esas competencias que afecten al uso del territorio, sin embargo, desde estos ámbitos territoriales no podrá llevarse a cabo una actividad de ordenación de los usos del suelo".

Por ello, y en aplicación de la jurisprudencia constitucional citada también en nuestro Dictamen núm. 46/2004, la idea misma de ordenación del territorio nació justamente de la necesidad de 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 (STC 227/1988), correspondiendo precisamente a la competencia de ordenación del territorio su coordinación y armonización, debiendo respetar las competencias ajenas que tienen repercusión en el mismo.

Es indiscutible que los POC tienen incidencia territorial en la medida que ordenan áreas o porciones de territorio, según se describen en el artículo 61 del Anteproyecto, para establecer las limitaciones de usos, gestión y medidas de protección (apartado 3), que afectan indudablemente al estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria; además de

la posibilidad de establecer criterios orientadores de las políticas sectoriales que incidan sobre la zona.

Por tanto se ha de coordinar el citado Plan con los distintos planes regionales que inciden en el territorio, e indudablemente dicha coordinación ha de efectuarse desde la competencia de ordenación del territorio, y conforme a sus previsiones. Igual planteamiento realizó el Consejo Jurídico con respecto los Planes de Ordenación de Recursos Naturales (creados por la normativa básica estatal antes de que la Administración regional desarrollara sus competencias en materia de ordenación del territorio) en el sentido de recomendar su incardinación con los instrumentos de ordenación del territorio (Dictamen núm. 46/2000), y también como criterio para clasificar el suelo no urbanizable de especial protección.

b) Para determinar la naturaleza de un instrumento no basta con acudir a la forma, sino que ha de acudirse a su contenido, como ha sostenido el Consejo Jurídico (Dictámenes núms. 46 y 53 del año 2004), de acuerdo con doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias números 27/1983 y 2491/1988). Tal aseveración (por otra parte, principio general de Derecho Administrativo español), aplicada al caso que nos ocupa, lleva consigo considerar si el POC, como aparece diseñado en el texto, ha de encauzarse como un instrumento de ordenación del territorio, o mediante cualquier otra herramienta prevista en el ordenamiento regional, aunque se pretenda darle otro “nomen iuris”, y a este respecto se realizan las siguientes consideraciones:

1ª. Los POC, por sus funciones y naturaleza, han de ser asimilados a los Planes de Ordenación Territorial (artículo 24 TRLSRM), creados también 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), y que tienen, entre sus contenidos, la delimitación de las zonas a proteger por su interés natural, paisajístico, histórico, cultural, etc. Dicha faceta de instrumento para la formulación de una política sectorial ha sido ignorada por la Consejería proponente. Pero, en realidad, y de una forma no consciente, el texto hace referencia a dicha asimilación cuando el artículo 64.1 recoge que los POC son un límite para cualquier otro instrumento de ordenación del territorio. Además, la asimilación con dicha figura tiene una enorme utilidad para la efectividad de la protección de los valores que pretende el texto, al ser un instrumento flexible, como pretende el centro directivo competente (no requiere Directrices previas), autónomo, y que se encuentra en la cúspide de los planes de ordenación del territorio, obligando a la adaptación de todos los planes inferiores, y prevaleciendo sobre las determinaciones contradictorias de dichos planes. Por lo demás son aprobados, al igual que los propuestos en el texto, por el Consejo de Gobierno, y su elaboración corresponde a las Consejerías en que radiquen las competencias en la materia objeto de regulación (en este caso la Consejería consultante), en coordinación con la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y de otras Administraciones Públicas interesadas. En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que han de adecuarse los artículos 61 a 64 a la anterior consideración, particularmente en los siguientes aspectos:

- Artículo 61. Planificación del Patrimonio Cultural.

El apartado 2 debe modificarse en el siguiente sentido:

“Como instrumentos de esta planificación se configuran los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural, que tienen la naturaleza de Planes de Ordenación Territorial

previstos en el artículo 24 y ss. de la Ley del Suelo de la Región de Murcia. Las zonas afectadas (...).”.

En el apartado 3, sobre su contenido, debería comenzarse señalando que “en aplicación de los contenidos señalados para esta figura en la legislación del suelo, deberá contener las siguientes determinaciones (...)”. 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, siendo no obstante subsumibles en el artículo 26.1 TRLSRM los indicados en el texto.

- Artículo 62. Procedimiento de elaboración de los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural.

La tramitación de dicha planificación sectorial ha de ser la prevista con carácter general por el artículo 29.2 TRLSRM, por lo que ha de suprimirse el apartado 1 sobre su incoación por la Dirección General competente en materia de patrimonio cultural. Lo anterior no excluye que el Anteproyecto pueda establecer la audiencia a órganos consultivos específicos que estime convenientes durante la fase de elaboración que, como se ha indicado anteriormente, corresponde a la Consejería que ostenta las competencias objeto de la planificación sectorial.

En el apartado 2 se recoge la limitación a un plazo de dos años para su aprobación desde la incoación, no teniendo el transcurso de dicho plazo ninguna consecuencia, por lo que debería suprimirse.

No existe ningún obstáculo para que permanezca el contenido del apartado 3, porque se encuentra implícito en los efectos de la suspensión de actuaciones previsto en el artículo 19.2 del TRLSRM para la aprobación inicial de los POT.

- Artículo 64. Naturaleza de los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural.

Este artículo, que debería denominarse ejecutividad y efectos, no deja de ser una plasmación de lo dispuesto en el artículo 19.1 (sobre la vinculación a otros planes) y 29.3 ambos del TRLSRM, el último de los cuales establece que el Decreto de aprobación fijará el plazo que se otorga a las Administraciones locales para modificar el planeamiento municipal. Por lo tanto han de realizarse las oportunas correcciones para la adecuación de ambos artículos (en el entendimiento de que está ya concebido como un instrumento de ordenación del territorio), y reflejar lo dispuesto en el artículo 19.1 y 29.3 del TRLSRM, ya citados.

2ª. En relación con el ámbito territorial al que se aplica este instrumento no podemos afirmar que el Anteproyecto (artículo 61.2) sea preciso, si se tiene en cuenta que lo que se entiende por parques arqueológicos y paleontológicos podría inferirse de los conceptos de zona arqueológica y paleontológica recogidos en el artículo 3.4 del Anteproyecto. A lo anterior hay que añadirle la imprecisión del concepto de paisaje a lo que hemos hecho referencia en el ámbito de aplicación, que es objeto de protección tanto por la normativa medioambiental, con la figura de paisaje protegido, como por la urbanística, con una categoría específica de Planes Especiales. Precisamente esta imprecisión a priori del ámbito territorial de aplicación de estos planes no es trascendente siempre y cuando se consideren POT, porque el citado instrumento es el que debe justificarlo, en atención a la política sectorial que se desarrolle, además de permitir coordinar las diversas competencias que inciden sobre todo el paisaje, como objeto de protección

desde diversas normas y competencias, primando eso sí la cláusula medio ambiental y de conservación del patrimonio histórico, en caso de colisión con la urbanística.

3ª. Por último, en lo que concierne a la planificación cultural, se sugiere a la Consejería consultante que no excluya del texto la posibilidad de utilizar también la figura de los Planes Especiales de Protección del paisaje (artículo 118 TRLSRM), que también pueden ser redactados por la Administración regional, y que pueden tener utilidad para la protección de determinados lugares en los que se produce una integración de los elementos naturales y culturales, a los que implícitamente se refiere el texto cuando, al concretar el concepto de paisaje cultural, añade que merezcan “una planificación especial”.

VI. La organización administrativa del Patrimonio Cultural. Órganos consultivos y registros administrativos.

1) No podemos afirmar que el Anteproyecto materialice un principio que el Consejo Jurídico entiende que ha de inspirar la acción administrativa en materia de patrimonio cultural, concretamente la participación externa a través de los órganos consultivos para el asesoramiento de la Administración cuando la EM invoca la importancia de la colaboración de la sociedad para la conservación de los bienes del patrimonio cultural.

De modo que el artículo 7.1 del Anteproyecto establece que son órganos asesores de la Dirección General competente en materia de patrimonio cultural los que así se determinen reglamentariamente, remitiendo su determinación y ámbito de actuación a su posterior desarrollo. Sin embargo, el Consejo Jurídico entiende que dotaría de mayor coherencia al texto sometido a consulta si se determinaran los órganos consultivos y sus funciones, con independencia de que su composición y funcionamiento se desarrollara reglamentariamente, al igual que en la Ley regional 5/1996, de 30 de julio, de Museos (LM), tarea por otra parte nada difícil en tanto la Dirección General de Cultura, en su informe de 21 de septiembre de 2006, manifiesta su intención de crear los Consejos Asesores de Arqueología, de Bienes Muebles y de Inmuebles del Patrimonio Histórico. A mayor abundamiento basta examinar las distintas normas autonómicas de contenido similar para apreciar la importancia que otorgan a la tarea consultiva concretada en la previsión legal de órganos consultivos bajo denominaciones diversas (Consejo de Patrimonio Cultural de Castilla y León, Consejo Navarro de Cultura, Consejo Superior de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, Consejo de Patrimonio Cultural de Asturias, Consejo de Patrimonio Histórico de Canarias, etc.)

2) La declaración de un bien de interés cultural, o inventariado o catalogado, conllevará su inscripción en Registro de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia (artículo 33). A su vez, el mismo está integrado, según el artículo 32 del Anteproyecto, por el Registro de Bienes de Interés Cultural, Catálogo e Inventario concebidos por el texto como registros independientes (artículos 20, 27, 30). Sin embargo, parece más coherente dividir el citado Registro General en las tres secciones indicadas, dotando de cierta unidad al mismo, y aglutinando todas las referencias a las respectivas secciones en el Capítulo IV del Título I., e incluso facultando para su desarrollo reglamentario ulterior, como ya se ha indicado.

VII. De los Museos.

1. El Título VI del Anteproyecto trata de los “Museos”, en los artículos 67, 68 y 69, reiterando normativa ya existente en la LM, en sus artículos 2.1, 37 y 40.

Los nuevos preceptos son incluso menos expresivos que los reiterados, en lo que cabría apuntar un intento de modificación de lo ya normado sin que tal propósito se explicita. Aconsejamos por ello, la eliminación del Título VI del Anteproyecto, ya que si el mismo sólo se justifica -como expresa la EM e informa la Dirección General de Cultura el 21 de septiembre de 2006- en que, tanto los inmuebles destinados a acoger museos como los bienes muebles en ellos custodiados, puedan quedar sometidos al régimen de “bienes inventariados”, tal propósito podía lograrse indicándolo así en el artículo 5 del Anteproyecto, mediante un nuevo apartado 3.

Y ello, además, sin perjuicio de advertir que, respecto de los bienes muebles que integran los fondos custodiados en los museos y colecciones museográficas reconocidos, ya tienen la consideración de bienes del patrimonio cultural de la Región de Murcia y, en función de sus características, quedan sometidos al régimen de protección establecido en la legislación de patrimonio histórico español, en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 LM. En consecuencia, desde el momento en que los bienes muebles pertenecientes a los fondos museísticos ya tienen una protección similar a la que el Anteproyecto señala para los bienes inventariados, la innovación que se propone establecer sólo sería necesaria respecto a los bienes inmuebles destinados a museo.

2. Como ya se ha dicho, de aprobarse la regulación propuesta en el Anteproyecto, se modificaría tácitamente la regulación contenida en la LM, afectando a extremos tan principales como el concepto mismo de museo. Y es que, atendida la escueta motivación que pretende justificar la futura regulación, entiende el Consejo Jurídico que no es intención del legislador establecer un concepto específico de museo -es decir, a los solos efectos de la nueva Ley- y diferente del definido en el artículo 2.1 LM, opción normativa indeseable no sólo porque existe ya un concepto legal de museo cuya validez no ha sido cuestionada durante la tramitación del Anteproyecto, sino también por las perturbaciones que introduciría en la relación entre dos ordenamientos tan próximos e interconectados como son la normativa museística y la de patrimonio histórico.

El problema surge cuando, lejos de efectuar una mera remisión a la definición de museo contenida en su Ley reguladora, se ensaya una nueva que difiere de la contenida en aquélla, y ello aunque se trate de la transcripción literal del artículo 59.3 LPHE, sin que el texto cite expresamente dicha fuente. Al margen de lo injustificado de preterir la regulación regional sobre museos para acudir a una definición que dejó de ser aplicable a los museos de competencia autonómica desde la entrada en vigor de la LM, la diversa concepción de los museos puede inducir a interpretar que se pretende una modificación del artículo 2.1 LM. Y la diferencia crucial entre dicho precepto y el proyectado, más allá de la alteración en el orden de algunas frases o la rechazable omisión de algunas funciones características (ordenar, documentar y difundir los conjuntos y colecciones que constituyen sus fondos, de forma científica, didáctica y estética), estriba en la no exigencia de ser instituciones o centros (este último término también se omite) abiertos al público. La posibilidad de un museo no abierto al público contradice abiertamente el régimen establecido por la LM, no sólo en su artículo 2.1, sino también en los artículos 15.1, a) y 20.1, c) y, sobre todo, la finalidad divulgativa y educativa propia de cualquier institución museística y que recoge la propia Exposición de Motivos de su Ley reguladora.

3. Del mismo modo, las previsiones contenidas en el artículo 68, en relación al traslado de los bienes custodiados en museos de titularidad pública, inciden en el régimen de salida de fondos de los centros integrados en el Sistema de Museos de la

Región de Murcia, actualmente regulado en el artículo 37 LM, introduciendo el requisito de la previa autorización para cualquier traslado, sin mayor matización, lo que alteraría el régimen de salida de fondos de titularidad estatal previsto en la LM, que únicamente impone el deber de comunicar el traslado a la Administración autonómica. Una vez más, el expediente no ofrece justificación técnica alguna de tal modificación.

Al margen del diferente ámbito de aplicación, pues no son coincidentes las expresiones “museo de titularidad pública”, utilizada por el Anteproyecto, y “museo o colección museográfica integrado en el Sistema de Museos de la Región de Murcia” del artículo 37 LM, como se desprende de los artículos 29 y 30 LM -en cuya virtud pueden formar parte del sistema museos privados, al tiempo que puede haber museos de titularidad pública no integrados en él (artículo 18 en relación con el 30.1 LM)-, el problema surge de utilizar, como único criterio de delimitación del ámbito de la norma, la titularidad pública sobre el museo, sin matizar que éste sea de competencia autonómica, en los términos del artículo 1.2 LM, ni que los bienes en custodia a que se refiere, pertenezcan al Patrimonio Cultural de la Región de Murcia.

La omisión de tales precisiones determina que el precepto englobe en su ámbito a los bienes y museos de titularidad estatal. Es cierto que estas instituciones pueden quedar integradas en el Sistema de Museos de la Región de Murcia, correspondiendo a la Comunidad Autónoma su gestión (artículos 149.1,28ª CE; 10.Uno,13 EA; 5.2 del Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos), lo cual no obsta para que se les apliquen tanto los correspondientes convenios de gestión suscritos con el Estado como “la legislación general que les sea de aplicación” (artículo 30.2 LM). Esta última referencia debe entenderse hecha a la legislación sobre patrimonio histórico español, al que pertenecen los bienes integrantes de las colecciones estatales de fondos museísticos, de conformidad con el artículo 6.1 del citado reglamento, previendo su apartado 3 que toda salida de estos bienes del museo al que están asignados precisa de la previa autorización mediante Orden ministerial, en desarrollo de lo establecido por el artículo 63.2 LPHE, que somete a autorización la salida de los bienes de interés cultural custodiados en los museos de titularidad estatal.

En consecuencia, si estos bienes de titularidad estatal forman parte del patrimonio histórico español y, en consecuencia, han de regirse por sus normas específicas, deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la futura Ley de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, manteniendo la actual regulación sobre el régimen de salidas de fondos establecido por la LM, sin someter a autorización de la Dirección General de Cultura el traslado de los de titularidad estatal, bastando a tal efecto su notificación a dicho órgano.

VIII. Defensa de la legalidad.

1) Bajo esa rúbrica, el Anteproyecto contiene dos Capítulos, el I titulado “Inspección” y el II, dedicado al “Régimen sancionador”, comprendiendo entre ambos los artículos 70 a 85.

Como observaciones de carácter general, cabe señalar que su contenido no difiere sustancialmente del establecido en otras leyes autonómicas en un aspecto que pudiera denominarse genéricamente como intervención administrativa para la protección de la legalidad en la materia que nos ocupa, plasmado en las prescripciones normativas necesarias para hacer cumplir las obligaciones establecidas en el articulado de la ley

en orden a la protección de patrimonio histórico-artístico. Prescripciones que tienen un doble objetivo: a) el restablecimiento de la situación física o jurídica alterada como consecuencia del incumplimiento de dichas obligaciones, y b) la imposición de sanciones a los que resulten responsables de tales conductas.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera conveniente completar la regulación contenida en este Título, para la mejor comprensión y delimitación del régimen jurídico que pretende aprobarse en esta importante y específica materia.

A) Así, con carácter general, la rúbrica del Capítulo I no es comprensiva de todo su contenido, pues a la potestad inspectora se dedica solo un artículo (el 73) de los cuatro que lo integran. Dada la heterogeneidad de los mismos, sería más procedente titularlo “Disposiciones Generales”, en cuanto todas ellas persiguen el fin de defensa de la legalidad que rubrica el Título VII.

B) Por otra parte, debería incluirse en el artículo 76, es decir, 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 (en la materia que nos ocupa véase vgr. el artículo 87, i) de la ley riojana, o el 97.2, k) de la valenciana, permite sancionar conductas que pudieran haber escapado del listado contenido en los artículos 76 a 78, siempre que la obligación de cuyo incumplimiento se trate 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 (lo que sería una cuestión a determinar a la hora de la aplicación de la ley, a la vista del caso de que se tratase).

C) Lo dicho anteriormente no obsta al hecho de que sea conveniente recoger en los artículos 76 a 78, con la gravedad que corresponda, algunos incumplimientos de obligaciones establecidas en el Anteproyecto que no aparecen ahora en tales preceptos. Así por ejemplo, el traslado sin autorización, o sin efectuar la previa comunicación, en su caso, de bienes declarados de interés cultural y catalogados, en los supuestos -aun excepcionales- regulados en los proyectados artículos 34.1, 49 y 51. Actualmente, solo se tipifica -artículo 76, e)- la falta de notificación de traslados relativos a bienes inventariados.

2) Las referencias que se hacen en el artículo 71 (dedicado a las multas coercitivas) al “cumplimiento de lo ordenado” o al “cumplimiento de la obligación”, sin mayor precisión, para anudar a los eventuales incumplimientos de tales órdenes u obligaciones la posterior imposición de dichas multas correctivas, hacen aconsejable aclarar los presupuestos que las justifican.

Así, debería especificarse, por un lado, que el precepto se está refiriendo al incumplimiento de las órdenes reguladas en el artículo 9 del Anteproyecto y, por otro, que las obligaciones de que se trata son las contenidas de un modo específico y concreto en dichas órdenes. En este sentido, podría disponerse: “... hasta obtener el cumplimiento de las órdenes a que se refiere el artículo 9 de la presente ley. La imposición de dichas multas exigirá un previo requerimiento fehaciente y el transcurso del plazo establecido en el mismo sin haber cumplido en su integridad las concretas obligaciones que contuviera. A tal efecto, la posterior propuesta de imposición de multa coercitiva, que deberá ser trasladada al interesado para que pueda formular alegaciones, deberá expresar los incumplimientos que la motivan y la cuantía de la multa propuesta, que en ningún caso podrá exceder de tres mil euros”, o prescripción de similar tenor.

QUINTA.- Observaciones particulares.

- Exposición de Motivos.

La redacción del primer párrafo mejoraría si se suprimiera la palabra “Región” la segunda vez que se cita.

En el segundo párrafo se deben corregir las citas incorrectas, pues se dice que la Ley se dicta “... de conformidad con los artículos 10, 1.13ª, 14ª y 15ª de su Estatuto de Autonomía... y sin perjuicio... del artículo 149.1.28ª del mismo texto”, cuando deberían decir “... de conformidad con los artículos 10.uno, 13, 14 y 15 de su Estatuto de Autonomía... y sin perjuicio del artículo 14.1.28ª del mismo texto “(CE). El mismo error se repite en la Disposición Adicional Primera respecto a los preceptos estatutarios.

El tercer párrafo, que recoge la definición contenida en el artículo 1.2, debería acomodarse también a la observación realizada en la Consideración Cuarta, II, para que se separe, en párrafo aparte, la definición de los bienes inmateriales.

Asimismo debe adecuarse la EM a la observación realizada sobre los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural y su naturaleza jurídica, en particular el último párrafo “sobre la naturaleza prevalente sobre los instrumentos de ordenación del territorio.

En el antepenúltimo párrafo de la EM debe corregirse una errata.

Además se reitera la observación realizada en la Consideración Tercera, 2, sobre la conveniencia de recoger el mandato contenido en el artículo 8 EA.

- Artículo 3. Bienes de Interés Cultural.

El Anteproyecto establece, en su apartado 5, una autolimitación a la declaración de una obra como Bien de Interés Cultural con un carácter más restrictivo que la normativa estatal y que la mayoría de las normas autonómicas de contenido similar, en tanto contempla que no puede ser declarada una obra si su autor está vivo, salvo que medie autorización expresa del mismo, no excepcionando, por ejemplo, los supuestos de obras adquiridas por la Administración (artículo 9.4 LPHE y 8.4 de la Ley 12/2002, ya citada, de Castilla y León). Dicha autolimitación debería reexaminarse al amparo de su aplicación, teniendo en cuenta que el tantas veces citado artículo 46 CE establece la obligación de protección, con independencia de su titularidad, y claro está, sin perjuicio de respetar los derechos de autor amparados en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), recordando, a este respecto, que el artículo 14.5 del citado texto, al relacionar el contenido del derecho moral del autor, detalla el de modificar su obra, pero respetando las exigencias de protección de los bienes de interés cultural.

- Artículo 5. Bienes inventariados.

En el apartado 2 se recoge que los bienes sobre los que se presume la existencia de valores culturales podrán ser clasificados provisionalmente como bienes inventariados, en tanto se procede a su clasificación definitiva en el plazo máximo de dos años, si bien debería concretarse el día a quo para el cómputo del plazo.

- Artículo 11. Derechos de tanteo y retracto.

Sobre la regulación propuesta se realizan las siguientes observaciones:

1) Se establece la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan ejercitar subsidiariamente los derechos de tanteo y retracto respecto a los bienes de interés cultural. Sin embargo, la escueta regulación no prevé, para posibilitar su ejercicio aun con carácter subsidiario, algún mecanismo de comunicación interadministrativa de las pretensiones de venta, cuando se tenga conocimiento por parte de la Administración regional. Además, en el caso de las Entidades Locales, dicho derecho podría ejercitarse respecto a los bienes catalogados en sus instrumentos de planeamiento general, que gozan del régimen jurídico de protección por parte del Anteproyecto (Disposición Adicional Segunda), salvo que por su relevancia se proceda a su declaración como Bien de Interés Cultural.

2) El artículo 11, en sus primeros apartados, circunscribe el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto a los bienes de interés cultural; por el contrario, el apartado 5 hace referencia a los bienes integrantes del patrimonio cultural, que incluiría los catalogados e inventariados; sin embargo, cuando se refiere al cumplimiento de las condiciones de comunicación cita el artículo 8.1.d), correspondiente a la categoría de bienes de interés cultural. Por ello, debería aclararse tal contradicción.

- Artículo 13. Incoación del procedimiento de declaración de un bien de interés cultural.

a) El apartado 2 debería introducirse con la expresión “En el caso de que se hubiera promovido a instancia de parte (...), al igual que el artículo 22.2 del Anteproyecto.

Seguidamente se señala que, transcurrido el plazo sin haberse adoptado y notificado el correspondiente acuerdo, se considerará acordada la incoación. Puesto que se trata de otorgar carácter positivo al silencio administrativo en este caso, y de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2 LPAC, debería sustituirse por la expresión “se considerará estimada la solicitud”, dado que en este caso no existe un pronunciamiento expreso de la Administración. Igual respecto a los artículos 22.2 y 29.1 del Anteproyecto.

b) Se ha suscitado a lo largo del procedimiento si el acuerdo de incoación es o no recurrible, habiendo optado los redactores por el establecimiento de un recurso de alzada contra el mismo (apartado 2 in fine). A este respecto los que sostienen que no es recurrible se fundamentan en su naturaleza de acto trámite, que no impide la continuación del procedimiento (artículo 107.1 LPAC). El argumento contrario, que se plasma en el informe del Servicio de Patrimonio Histórico sobre contestación a las observaciones del Servicio Jurídico de la Consejería (folio 353), se sustenta en que se trata de un acto de trámite cualificado, susceptible de ser recurrido debido a la incidencia que tiene sobre la situación jurídica de los afectados, puesto que la incoación implica la aplicación provisional del régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural.

El Consejo Jurídico coincide con este último parecer, pues se trata de actos trámites que implican la adopción de una serie de medidas cautelares (suspensión de licencias ya otorgadas, prohibición de otorgamiento de nuevas licencias, etc.) susceptibles de producir indefensión a los afectados (se aplica desde la incoación el régimen de protección provisional), en los términos expresados por el artículo 107.1 LPAC. También la doctrina jurisprudencial ha estimado viable la impugnación del acuerdo de incoación de la declaración de bienes de interés cultural (STS, Sala 3º, de 3 de noviembre de 1999).

- Artículo 14. Efectos del acuerdo de incoación del procedimiento de declaración de un bien inmueble de interés cultural respecto a las licencias ya otorgadas.

La suspensión de los efectos de una licencia es una medida de carácter cautelar, que debe limitarse en el tiempo, sin que haya sido acotada en el texto. A tales efectos, el artículo 16.2 LPHE prevé que la suspensión citada dependerá de la resolución o caducidad del expediente incoado.

Tampoco se establece en el Anteproyecto, una vez declarado un bien de interés cultural, qué sucede con las licencias ya otorgadas que sean incompatibles total o parcialmente con la declaración, y quién asume la indemnización que corresponda por su revocación, cuando se trate de licencias otorgadas por las Corporaciones Locales de acuerdo con la normativa entonces en vigor; de hecho, otras normas autonómicas de contenido similar sí lo regulan, como, por ejemplo, el artículo 33 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, reguladora del Patrimonio Cultural Valenciano.

- Artículo 16. Trámites preceptivos del procedimiento de declaración de un bien de interés cultural.

Debería concretarse el plazo de la exposición pública en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, al igual que en el artículo 22.4 del Anteproyecto.

Tampoco se prevé la consulta a órganos colegiados asesores (sí a las instituciones consultivas), que se considera necesaria por las amplias facultades de valoración que ostenta la Administración para la declaración de un bien integrante del patrimonio cultural. Por ello, se ha destacado por parte de los órganos jurisdiccionales la importancia de que la decisión tenga que fundarse en juicios técnicos razonables emitidos por órganos especializados. En este sentido también ha de significarse, como señala el Tribunal Supremo (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 16 de enero de 2001) que, “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional cuando se trata de controlar actos producidos por la Administración en el ámbito de la discrecionalidad técnica se justifican en una presunción de certeza, o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar el informe”.

Dicha intervención se plantea más necesaria aún desde la falta de plasmación de criterios legales que sustenten la distinción entre las categorías previstas en el texto (catalogados e inventariados), ya advertida.

- Artículo 17. Contenido de la declaración de un bien de interés cultural.

En el apartado a), se ha detectado un error material, pues en lugar de referirse a los bienes inmuebles que se declaren como colección, debe referirse a bienes muebles que se declaren como colección, en concordancia con lo establecido en el artículo 3.2 del Anteproyecto.

- Artículo 18. Plazo de resolución del procedimiento de declaración de un bien de interés cultural.

En primer lugar, el Consejo Jurídico entiende que el plazo de tres años para la declaración de un bien inmueble de interés cultural de las figuras citadas en el apartado 1 (conjuntos históricos, jardines históricos, sitios históricos, zonas arqueológicas, zonas paleontológicas y lugares de interés etnográfico) no se acomoda a los principios de celeridad y eficacia que han de inspirar la actuación de las Administraciones Públicas conforme al artículo 3.1 LPAC; además deben tenerse en cuenta otras circunstancias

añadidas, como la aplicación del régimen de protección provisional desde su incoación, lo que demanda que no se prolongue dicha situación transitoria por más tiempo que el que resulte razonable e exija la tramitación del procedimiento; también que se afecte restrictivamente a los derechos de sus titulares, y que su cómputo se inicia desde la publicación en el BORM, con la posibilidad de suspender o acordar la ampliación del plazo para resolver y notificar (apartado 3 del mismo artículo), de acuerdo con las previsiones de la normativa estatal sobre procedimiento administrativo común. En suma a dicho plazo inicial, de partida excesivo, podría prolongarse aún más en el tiempo en los supuestos ya indicados.

A mayor abundamiento este plazo contrasta sobremanera con los fijados por otras normas autonómicas de contenido similar, que no superan los dos años.

En segundo lugar, respecto a la caducidad del expediente recogida en el apartado 4, que debe referirse a la del procedimiento, se establece que transcurridos los plazos citados, sin que haya recaído resolución expresa, se podrá volver iniciar el mismo, sin mayor concreción.

También con esta previsión el texto se separa de la normativa estatal y autonómica al uso, en tanto no atribuye ningún efecto a la inactividad de la Administración como, por ejemplo, la limitación de la posibilidad de volver a iniciar el procedimiento en los tres años siguientes, salvo que sea a instancia del titular o de instituciones consultivas. Igual razonamiento es aplicable a lo dispuesto en el artículo 25.2 del Anteproyecto.

- Artículo 21. Procedimiento para dejar sin efecto, o modificar la declaración de un bien de interés cultural.

La decisión de dejar sin efecto una declaración de un bien de interés cultural requeriría, en opinión del Consejo Jurídico, una mayor garantía procedimental que la propia declaración, pues supone, de algún modo, la frustración del deber de garantizar por parte de los poderes públicos la conservación del patrimonio histórico cultural en los términos expresados por el artículo 46 de nuestra Constitución.

- Artículo 22. Incoación del procedimiento de declaración de un bien catalogado por su relevancia cultural.

Además del procedimiento específico contemplado en este artículo, la Disposición Adicional Segunda del Anteproyecto establece que los bienes catalogados por el planeamiento urbanístico gozarán del mismo régimen jurídico de protección previsto para estos bienes. Tal previsión, incorpora de facto otra vía procedimental para integrar esta categoría (a través de los catálogos urbanísticos que se aprueban con los planes), por lo que debería dejarse constancia de dicha salvedad en este artículo.

Por otra parte se observa poca claridad en la determinación de las medidas aplicables a esta categoría de bienes con anterioridad y como consecuencia de la incoación del procedimiento, a tenor del siguiente párrafo (apartado 2): “No obstante, si el órgano competente en materia de patrimonio cultural adoptara, antes de la iniciación del mismo, la aplicación preventiva de alguna de las medidas de protección previstas por la presente Ley para los bienes declarados”.

A diferencia del procedimiento de declaración de un bien de interés cultural (artículo 13.4), su incoación no implica expresamente la aplicación provisional del régimen

de protección previsto para los bienes catalogados, pues en el citado párrafo se habla del régimen de protección para los bienes declarados, y se diferencia también de los inventariados, en cuyo procedimiento el Anteproyecto sí especifica que se aplicará las medidas de protección previstas por la Ley para los bienes inventariados (artículo 29.3). Por lo tanto, si por “bienes declarados” se entienden “los catalogados”, debería especificarse para evitar las dudas interpretativas suscitadas.

- Artículo 35. Declaración de ruina de bienes inmuebles de interés cultural.

El texto podría haber concretado qué supuestos de ruina previstos en la legislación urbanística (artículo 224.2 TRLSRM) son de aplicación a esta categoría de bienes, habiéndose remitido, por el contrario, a todos los previstos en aquella (ruina técnica, económica y urbanística) cuando, por ejemplo, el estado ruinoso por encontrarse la construcción en régimen de fuera de ordenación (ruina urbanística), puede ser modulado por los Planes Especiales de Protección, e incluso podría ser modificado el planeamiento general para su adecuación urbanística.

En el apartado 2 se debería completar el párrafo con la finalidad de la declaración como causa de utilidad pública a efectos expropiatorios: “para que la Administración pueda adoptar las medidas de seguridad, conservación y mantenimiento que precise el bien”.

Tampoco se entiende por qué el apartado 3 constriñe la posibilidad de rehabilitación (apartado 3), una vez declarada la ruina, sólo a la denominada técnica (cuando la construcción presente un agotamiento generalizado de sus elementos estructurales o fundamentales) y no a los restantes supuestos.

- Artículo 36. Demolición de bienes de interés cultural.

El apartado 1 contempla la posibilidad de autorizar la demolición total o parcial de un bien de interés cultural sobre el que haya recaído la declaración de ruina técnica, previo informe favorable de, al menos, dos de las instituciones consultivas, previa audiencia a los interesados y al Ayuntamiento correspondiente. Por el contrario la excluye cuando hayan incumplido sus titulares los deberes de conservación (apartado 2).

Dicha regulación suscita las siguientes cuestiones:

1ª) La redacción de este precepto no plasma el carácter excepcional de esta medida, por lo que debería añadirse que “si a pesar de lo dispuesto en el artículo 8,1,a) (...), con la finalidad de vincularlo al deber de conservación de sus titulares.

2ª) El incumplimiento de los deberes de conservación tiene un tratamiento singularizado a través del régimen sancionador, que impone, como medida adicional, la restitución de los bienes a su estado anterior. Sin embargo, el Consejo Jurídico considera que no puede mezclarse el hecho físico de la ruina técnica, con el incumplimiento de los deberes de conservación, que operan en un ámbito distinto. La doctrina jurisprudencial (STS, Sala 3ª, de 18 de octubre de 1983) lo expresa del siguiente modo:

“el carácter histórico de un edificio no impide su declaración legal de ruina. La ruina, en cuanto estado de hecho, opera con independencia del carácter histórico-artístico del inmueble en que se manifiesta”.

3ª) El apartado 3 contiene una especie de reserva de dispensación respecto a la ordenación urbanística que se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico, debiendo

señalarse a este respecto que esta prohibición no puede derivar de un acto singular, sino que la edificación habrá de ajustarse a lo dispuesto en el planeamiento aplicable en cuya aprobación habrá intervenido la Dirección General competente en materia de cultura, a través de la emisión de un informe, que habrá de proponer las pertinentes medidas de protección.

- Artículo 38. Instalaciones en bienes inmuebles de interés cultural.

En el apartado 1 se prohíbe inicialmente en los bienes de interés cultural la instalación de publicidad fija, cables y antenas, y todo tipo de instalaciones que impidan o menoscaben la apreciación del bien, si bien seguidamente se posibilita que la Dirección General pueda autorizar estas instalaciones si no se menoscaba la apreciación del bien y la integridad del mismo (también en el artículo 43). Al permitirse este margen de discrecionalidad del centro directivo debería concretarse a qué supuestos excepcionales se está refiriendo, cuando los artículos citados excluyen ya de la consideración de publicidad a determinadas señalizaciones.

- Artículo 40. Autorización de intervenciones sobre bienes inmuebles de interés cultural.

En el apartado 2 debe especificarse el dies a quo para el cómputo del plazo de tres meses.

En el apartado 5 se establece la obligación del director técnico, una vez concluida la intervención, de entregar una memoria a la Dirección General de Cultura en la que figure, al menos, la descripción pormenorizada por la intervención ejecutada y de los tratamientos aplicados, así como de la documentación gráfica del proceso seguido, que pasará a formar parte de los expedientes de declaración del bien en cuestión.

Dicha obligación, que debería en realidad incluirse en el condicionado de la autorización, debe tener como destinatario al promotor del expediente, como sujeto solicitante de la licencia y autorización, de acuerdo con la Ley de Ordenación de la Edificación.

- Artículos 51 y 53, sobre traslados de bienes catalogados por su relevancia cultural, e inventariados.

El apartado 2 del primero, y único del segundo, reproducen la obligación de comunicar el traslado ya recogida en el artículo 8, apartados 2,e) y 3,c), debiendo suprimirse por innecesaria.

- Artículo 54. Patrimonio arqueológico y paleontológico.

En cuanto al apartado 1 se reitera lo ya expuesto sobre las aguas territoriales en la Consideración Cuarta, I, 3).

- Artículo 55. Clasificación de actuaciones arqueológicas y paleontológicas.

Se establece una clasificación de las actuaciones arqueológicas y paleontológicas, según el tipo de intervención (excavaciones, prospecciones, supervisiones, sondeos y estudios de arte rupestre), sin que sean definidas en el texto estableciendo su alcance.

- Artículo 56. Autorización de actuaciones arqueológicas y paleontológicas.

A tenor de la definición de actuaciones de emergencia (artículo 55.5), concretamente en los supuestos donde la conservación de los bienes integrantes del patrimonio

arqueológico o paleontológico se encuentren amenazados como consecuencia de la concurrencia de fuerza mayor o por la intervención de un tercero, es excesivo el plazo establecido (3 meses) para autorizar este tipo de intervenciones, en contra del deber de protección inmediato derivado del artículo 1.4 del Anteproyecto, en relación con el principio de eficacia que ha de inspirar las actuaciones de las Administraciones públicas en los términos previstos en el artículo 3.1 LPAC. Tampoco se han recogido las medidas cautelares a adoptar por la Administración durante la ejecución de obras cuando se hallaren bienes muebles e inmuebles de valor arqueológico (que se consideraran también actuaciones de emergencia), a las que deberían hacerse referencia, o bien remitirse a lo previsto con carácter general en el artículo 9.1 para todos los bienes integrantes en el patrimonio cultural, incluso respecto a los que concurren valores pero todavía no estén formalmente declarados.

También convendría una regulación más detallada de la actuación de la Administración cuando se hallaren bienes de valor arqueológico, y de las compensaciones que procedieran.

Por otra parte, no se justifican las razones de la demora en la entrega de descubrimientos de notables interés a la Administración (tres meses), pese a establecerse que se comunicarán en 48 horas (apartado tercero).

- Artículo 70. Acción Pública.

El establecimiento de una legitimación pública para emprender acciones judiciales es materia de carácter procesal de la que la Comunidad Autónoma carece de competencia. Cuestión distinta es que, como consecuencia de la acción pública que lícitamente puede reconocerse en vía administrativa para exigir el cumplimiento de lo previsto en la proyectada ley, y dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, dicha legitimación pública se proyecte también en el orden procesal, es decir, como efecto reflejo y no por disposición normativa autonómica directa. Por ello, debe suprimirse el inciso “y judiciales” del artículo comentado.

- Artículo 72. Reparación de los daños causados.

Siendo la potestad administrativa para ordenar el restablecimiento de la legalidad infringida (singularmente, la reparación de daños causados en el bien protegido) de naturaleza distinta a la propiamente sancionadora, debería establecerse aquí un específico plazo de prescripción de dicha potestad, como en otros ordenamientos sectoriales, y que debería ser superior a los previstos para la potestad sancionadora en los artículos 84 y 85 del Anteproyecto. Debe tenerse en cuenta que la eventual prescripción de la infracción de que se trate (a salvo los supuestos de infracción continuada) y la consiguiente imposibilidad de sancionar a los responsables de la misma, no debería suponer necesariamente la imposibilidad de ordenar la reparación o restauración del bien, lo que se produciría de no fijarse un plazo prescriptivo distinto y más amplio que el previsto en los artículos 84 y 85, no siendo tampoco aceptable, en términos de seguridad jurídica, interpretar que la ausencia de un específico plazo prescriptivo a estos efectos en los artículos 72 y 82 suponga la imprescriptibilidad de tal potestad. Por ello, en el proyectado artículo 72 debería establecerse un plazo de prescripción al efecto, a contar desde que se advirtieran signos externos reveladores del daño causado a los bienes protegidos, sin perjuicio, por tanto, de los plazos prescriptivos para imponer sanciones propiamente dichas y para ejecutarlas a que se refieren los citados artículos

84 y 85. Además, a la vista de lo proyectado en el artículo 8, debería establecerse con claridad en el comentado precepto la condición de “garante” a estos efectos de los titulares de derechos reales del bien dañado, para especificar que, cuando la infracción causante del daño pudiera considerarse prescrita, o cometida por autor desconocido (actos de vandalismo, por ejemplo), los indicados titulares serán responsables, con carácter solidario, de la obligación de reparar y restituir el bien al estado anterior al de la producción de los daños de que se trate. Con ello se contemplarían, además, los casos en que, por la especial índole de los hechos, no fuera posible imponer sanción a los titulares del bien, por no poder estimarse infringido su deber de protección y custodia del mismo, pues, aun pudiendo considerarse incumplido a título de simple inobservancia –art. 130 LPAC-, no puede ser entendido con un carácter absoluto o puramente objetivo a efectos punitivos, según la jurisprudencia y la doctrina.

Por otra parte, en este artículo 72 debería contemplarse de modo específico la posibilidad de que la restitución de los bienes culturales al estado anterior a la producción de daños a los mismos requiriese de la prohibición o suspensión de la actividad que hubiera causado y fuera a seguir causando, de mantenerse, los referidos daños. En este punto nos remitimos a lo que se desarrollará en el posterior comentario a los proyectados artículos 82 y 83.3.

-Artículo 75. Infracciones.

Debe suprimirse del apartado 1 el inciso “salvo que sean constitutivas de delito”, pues la duplicidad que debe evitarse no se refiere a la tipificación de conductas en ambos órdenes jurídicos (penal y administrativo), que es algo usual en nuestro Derecho, sino, por imperativo del principio “non bis in idem”, la imposición de una doble sanción, cuando el fundamento y bien jurídico protegido con la represión de la conducta sea el mismo, lo que defiere la cuestión al plano aplicativo, no a la tipificación normativa de las correspondientes conductas.

En el inciso final, debe eliminarse la redundancia en la expresión “de la presente ley”.

- Artículo 76. Infracciones leves.

En su letra d), completar: “... sin la preceptiva autorización o incumpliendo sus condiciones...”.

- Artículo 77. Infracciones graves.

En su letra b), completar: “... o inventariados careciendo de la preceptiva autorización o incumpliendo sus condiciones, siempre que se causen...”.

En la letra c), completar: “... sin la preceptiva autorización o incumpliendo sus condiciones...”.

En su letra k), precisar: “... de la Región de Murcia, excepto cuando se trate de bienes declarados de interés cultural” (pues en tal caso se tratará de la infracción muy grave tipificada en el artículo 78, c).

- Artículo 78. Infracciones muy graves.

Precisar en el apartado a): “... sin la preceptiva autorización, que cause daños graves a los bienes protegidos”, pues si la intervención no autorizada no causa tales daños graves, se estará ante la infracción grave tipificada en el artículo 77, c).

- Artículos 82 y 83. Indemnización de daños y perjuicios y medidas cautelares, respectivamente.

Debe partirse del hecho de que resulta incorrecta, por ambigua, la referencia contenida en el artículo 83.3 a las “actividades para las que el órgano competente no sea la Dirección General con competencias en materia de patrimonio cultural”. Si las referidas actividades constituyen un incumplimiento de lo dispuesto en el Anteproyecto, la Dirección General en la materia debe ser plenamente competente no sólo para establecer medidas meramente cautelares tendentes a evitar el mantenimiento de la infracción (y el consiguiente daño al bien cultural protegido), como sería la suspensión cautelar de la actividad de que se tratase, sino también para establecer por sí misma la suspensión o prohibición de la actividad como medida, no ya cautelar ni de carácter propiamente sancionador, sino puramente de restablecimiento de la integridad del bien protegido, cuya “restitución” podría requerir de tal prohibición, bien de forma definitiva (en el extremo caso de que la realización de tal actividad cause “per se” daños a los bienes culturales protegidos), bien en tanto no se realizase la actividad de forma que no causara tales daños. Ello es así en tanto el fin público perseguido con tal eventual prohibición o suspensión de actividades sería la protección de los bienes culturales, que es lo que constituye precisamente el objeto de la competencia de la citada Dirección General. Se trataría, pues, de una mera especificación de la genérica potestad de restauración del orden jurídico infringido a que se refieren los artículos 72 y 82.

Quiere decirse, pues, que sería conveniente que se completara dicho artículo 82 con una prescripción específica al respecto, esto es, recogiendo la potestad de prohibición o suspensión de actividades como una posible medida de restablecimiento de la situación anterior a la comisión de la infracción. Tal prescripción debería introducirse también en el proyectado artículo 72 (que se refiere a la reparación de daños y perjuicios de forma genérica, tal y como indicamos en el comentario a este artículo).

Por otra parte, una vez incluida la indicada prescripción en el artículo 82, éste debería rubricarse más propiamente “restauración del orden jurídico infringido”, que incluye, en su caso, la indemnización de daños a que se refiere su actual rúbrica. Sobre esta última cuestión debería precisarse también que la referida indemnización procederá determinarse en el procedimiento administrativo cuando el daño sea causado a la Administración pues, más allá de la obligación de restauración del bien cultural protegido, los restantes daños y perjuicios que pudieran causarse a derechos e intereses de particulares deben reclamarse y determinarse en la vía jurisdiccional ordinaria. En este punto, así como en lo relativo a la coordinación de las potestades administrativas de defensa de la legalidad en las materias urbanística y de protección del patrimonio histórico-artístico, nos remitimos a lo dicho en la Consideración Cuarta, H y Sexta, IV, B) de nuestro Dictamen 45/00, sobre el Anteproyecto de Ley del Suelo de la Región de Murcia.

Por último, y conforme con lo expuesto, el artículo 83.3 debería modificarse, para referirse a “actividades sobre las que pudieran ostentar competencias otras Administraciones Públicas u otros órganos de la Administración regional” (o expresión análoga), y disponer seguidamente la necesidad de comunicar a dichas Administraciones u órganos la medida cautelar adoptada, en su caso, y la incoación del procedimiento sancionador acordada por el órgano de patrimonio histórico, al objeto de la debida coordinación de las competencias de que se trate.

- Artículo 84. Prescripción de infracciones.

De forma análoga a lo establecido en otras normativas sectoriales, y conforme con lo que viene estableciendo la jurisprudencia, el dies “a quo” del plazo prescriptivo, en el caso de infracciones como las que son objeto del Anteproyecto, debe cifrarse en el momento en que aparezcan signos externos reveladores de la comisión de la infracción, momento en que ya es posible el ejercicio de la potestad inspectora y sancionadora de la Administración. En este sentido deberían sustituirse las referencias al momento en que se haya descubierto la comisión de la infracción, que introducen cierta ambigüedad al respecto.

- DISPOSICIONES ADICIONALES.

Además de las observaciones realizadas al articulado relacionadas con Disposiciones Adicionales, se consideran las siguientes:

- Disposición Adicional Quinta. Aceptación de donaciones, herencias o legados a favor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Contiene el mandato de que cuando se trate de bienes integrantes del Patrimonio Cultural, y aunque el disponente señale como beneficiario a un organismo determinado de la misma, se requerirá informe favorable de la Dirección General con competencias en materia de patrimonio cultural, entendiéndose la herencia a beneficio de inventario.

Se reproducen determinados contenidos de la Ley 3/1992, de 30 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, como si se establecieran peculiaridades al régimen general previsto en aquella Ley y resulta que:

- El artículo 46.4 de la Ley 3/1992 establece que la aceptación de la herencia por la Comunidad se hará a beneficio de inventario, extremo que se reproduce en el Anteproyecto siendo innecesaria dicha reiteración.

- El artículo 46.5 de la Ley 3/1992 establece que los bienes y derechos procedentes de herencias, legados o donaciones, se integrarán en el patrimonio de la Comunidad Autónoma aunque el disponente señale como beneficiario a un organismo determinado, por lo que resulta innecesaria la referencia del Anteproyecto “a cuando se señale como beneficiario a un organismo determinado”, pues en tal caso, se integran, por aplicación de dicha ley, dentro del patrimonio de la Comunidad Autónoma.

-En cuanto al alcance del informe de la Dirección General de Cultura, el Consejo Jurídico entiende que debe recogerse como preceptivo, pero suprimiéndose su carácter favorable, en la medida que las facultades de propuesta vienen encomendadas por la ley 3/1992 al titular de la Consejería de Economía y Hacienda.

- Disposición Adicional Sexta. Revisión del Planeamiento.

En cuanto al plazo para la adaptación del planeamiento, nos remitimos a las consideraciones realizadas en la Consideración Cuarta, IV, 3.a).

- Disposición Adicional Séptima. Remoción de instalaciones.

La obligación de retirada de las instalaciones a que se refieren los artículos 38, 42 y 43 se producirá en los supuestos que no sean autorizables, pues conviene recordar que en los casos de los artículos 38 y 43 del Anteproyecto se faculta al titular del centro directivo

competente en materia de cultura para autorizarlas cuando no menoscaben la apreciación del bien y se garantice la integridad del mismo.

- DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

- Disposición Transitoria Primera.

Esta Disposición contiene el mandato de inscribir en el Registro de Bienes de Interés Cultural los anteriormente declarados al amparo de la LPHE, lógica consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Ley regional, que desplaza al derecho estatal supletorio hasta entonces aplicable en los aspectos de competencia autonómica. Por ello, resulta innecesaria la expresión “quedarán sometidos a ésta”, a la vez que introduce cierta confusión en relación con los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal a los que se refiere el artículo 60.1 LPHE citado, siendo además contradictorio con el régimen jurídico previsto para los Museos en el artículo 67.2 del Anteproyecto, que los somete al régimen de inventariados. Debe, por tanto, suprimirse la expresión “quedan sometidos a esta”.

- Disposición Transitoria Tercera.

En concordancia con las observaciones realizadas al artículo 18, parece excesivo que se prolongue el procedimiento, ampliándolo con tres años más en relación con determinadas figuras por las razones allí expresadas.

- Disposición Transitoria Cuarta.

El párrafo segundo debería redactarse en los siguientes términos o parecidos: “En el caso de que los objetos o restos arqueológicos sean de dominio público por razón de la legislación aplicable en el momento de su adquisición, sus poseedores deberán entregarlos a la Dirección General con competencias en materia de patrimonio cultural en el plazo previsto en el apartado anterior. Transcurrido dicho plazo será de aplicación el artículo 77.g) de la presente Ley, sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma proceda a su recuperación de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en su legislación patrimonial”.

Con esta redacción se trata de aunar su consideración de dominio público con la existencia de ciertas situaciones jurídicas de dichos bienes en manos de particulares, y que la aplicación del derecho sancionador puede no solventar la efectiva entrega a la Administración para lo cual habrán de ejercitarse las acciones pertinentes al amparo de la Ley 3/1992, ya citada.

- DISPOSICIONES FINALES.

Debería contemplarse la aplicación de la LPHE en lo no previsto en el presente texto, siempre y cuando no se oponga a sus prescripciones.

Por otra parte, para conseguir una mejor integración en el ordenamiento jurídico regional, debería incluirse una Disposición Final para modificar aquellas normas que, ante la ausencia de normativa regional en materia de patrimonio cultural se remiten a la legislación sobre patrimonio histórico español. Así ocurre, por ejemplo, con los siguientes preceptos:

- LM: artículos 3.2; 19; 40.4 y 49.

- Ley 11/1988, de 30 de noviembre, de Artesanía de la Región de Murcia: artículo 12.2.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Anteproyecto sometido a consulta encuentra sólidos apoyos en el Estatuto de Autonomía (EA). No obstante debería completarse la EM con la cita a las competencias previstas en el artículo 8 EA, que se plasman en la protección de los bienes inmateriales, y al deber que incumbe a la Comunidad Autónoma en aplicación del artículo 44.1 CE, además de corregir las citas incorrectas a los preceptos estatutarios (Consideración Quinta, Exposición de Motivos, y Disposición Adicional Primera).

SEGUNDA.- Si bien se contienen todos los documentos preceptivos que integran la elaboración de un Anteproyecto de ley, se aprecia un déficit en la participación de los órganos consultivos que hubieran sido llamados a informar el Anteproyecto si la reorganización administrativa que les afecta hubiera sido aprobada a tiempo (Consideración Segunda, I).

TERCERA.- La conformación del Anteproyecto puede considerarse adecuada a las pautas habituales y formales de técnica normativa, a excepción de la reproducción de determinados párrafos o preceptos de la normativa estatal (LPHE) en ejercicio de competencias exclusivas, que deben salvarse en la forma indicada (Consideración Segunda, II). También debe resaltarse el carácter reglamentista del Anteproyecto en ciertos procedimientos, con el riesgo de exigir una reforma legal en el caso de modificaciones aisladas (Consideración Segunda, III).

CUARTA.- De las Observaciones Generales se consideran de carácter esencial (Consideración Cuarta):

I. Sobre el Patrimonio Cultural y las distintas categorías de bienes que lo integran.

- La omisión de determinados valores en su definición.

- La introducción de modificaciones al Anteproyecto, arbitrando las oportunas medidas de coordinación, en cuanto a la dualidad de figuras y competencias en normas regionales que tienen por objeto la protección del paisaje.

- El texto contiene una difusa e imprecisa diferenciación entre las categorías de bienes catalogados e inventariados, por las razones que se explicitan en los apartados 2, a), b),c).

- La referencia, en la definición de zonas arqueológicas o paleontológicas, a las aguas territoriales puede ser equívoca y debe ser sustituida por las razones que se explicitan en el apartado 3).

II. Sobre el patrimonio inmaterial y etnográfico.

Deben introducirse en el Anteproyecto las modificaciones que permitan el establecimiento de un régimen específico de salvaguardia, que atendiera tanto a su defensa frente a agresiones, como a su promoción y difusión, así como la necesidad de singularizar dicho patrimonio en la definición del Patrimonio Cultural (artículo 1.2 y 65).

III. Las realizadas sobre el estatuto jurídico de los titulares de derechos sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región. Singularmente las observaciones

relativas a los sujetos obligados, límites al contenido del derecho de propiedad en su vertiente de derechos y deberes, actuaciones directas o subsidiarias de la Administración en los bienes, y supuestos de incumplimiento de deberes como causa expropiandi de interés social.

IV. Inserción en el ordenamiento regional e interrelación con las legislaciones sectoriales.

1) La legislación medioambiental y de espacios naturales protegidos.

- Debe concretarse el ámbito de aplicación del artículo 12.2, sobre los supuestos de EIA sujetos a informe de la Dirección General de Cultura.

- Debería coordinarse el texto con las figuras de protección de espacios naturales "Monumentos y Paisajes Protegidos" con la previsión de un informe al órgano competente en materia de cultura durante el procedimiento de declaración o planificación.

2) La legislación del suelo.

- Deben salvarse las contradicciones entre los instrumentos de planeamiento necesarios (artículos 37.2 y 44).

- Debe adecuarse el texto al régimen de fuera de ordenación previsto en la legislación urbanística.

V. Los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural. Los artículos 61 a 64 del Anteproyecto deben adecuarse a su consideración de instrumento de ordenación del territorio.

VI. La organización administrativa del Patrimonio Cultural.

Deben recogerse en el texto los órganos consultivos y sus funciones, aunque para su desarrollo se habilite al reglamento, e integrar los tres Registros en uno único con tres Secciones.

VII. De los Museos.

Debería suprimirse el título correspondiente por las razones que se explicitan; en todo caso, debe mantenerse la actual regulación (LM) sobre el concepto legal de museo y el régimen de salidas de fondos de titularidad estatal.

VIII. Defensa de la legalidad.

Deben tipificarse como infracciones algunos incumplimientos de obligaciones establecidas en el Anteproyecto.

QUINTA.- De las observaciones particulares (Consideración Quinta), se consideran esenciales las relativas a la EM (en cuanto a la adecuación a las modificaciones esenciales propuestas en el texto), y a los artículos 11 (apartado 2), 17, 18, 22, 36, 40, 56, 70, 72, 75 y 84, así como a las Disposiciones Adicionales Quinta y Sexta, y Transitorias Primera y Cuarta.

SEXTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto con el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 189/06.- Anteproyecto de Ley de renta básica de inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante : Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 28/12/06

Extracto de Doctrina

1. Si la competencia autonómica para establecer complementos a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social ha sido respaldada legal y jurisprudencialmente, resulta incuestionable la exclusividad competencial de las Comunidades Autónomas para implantar prestaciones económicas de renta mínima con la finalidad de garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia a las unidades familiares ante situaciones de necesidad o carencia de recursos, siempre que no puedan ser atendidas mediante prestaciones de otros sistemas públicos de protección social, entre las que se encuentran las del sistema de la Seguridad Social, las de desempleo y otro tipo de pensiones públicas.

2. Viene insistiendo el Consejo Jurídico en que una completa instrucción requiere no sólo oír el parecer de los directamente afectados y de los órganos o instituciones que tienen que emitir dictamen preceptivamente por así requerirlo un precepto legal expreso, sino que, además, como expresión de los principios de coordinación y eficacia (art.3.1, e) y 3.2, a) Ley 7/2004), la instrucción debe extenderse hasta conocer el criterio de los órganos autonómicos titulares de competencias materiales colaterales a las del Anteproyecto, es decir, de otras competencias que directa o indirectamente inciden sobre la de servicios sociales.

3. La subvención es una actividad de fomento de actividades particulares de interés público que se concreta a través de una relación jurídica definible como una resolución administrativa y, por ende, como un acto administrativo, unilateral, declarativo de un derecho del interesado, que queda sometido a una carga que afecta la relación jurídica. En caso de incidencias determinantes de una extinción anormal de la misma por incumplimiento del interesado de la carga impuesta, la Administración puede exigir el reintegro de la cantidad percibida por el beneficiario, ya que la afectación al fin público se habrá frustrado, dando así lugar a la desaparición de la causa sobre la que se articuló el nacimiento de la relación jurídica. En síntesis, la subvención se define por su carácter afectado, al vincular el destino de la ayuda al fin u objetivo que justifica esa atribución dineraria, imponiendo así al beneficiario una efectiva carga jurídica, actuando como una institución de intervención y dirección de las actividades de los particulares (...) Pero una entrega de fondos públicos sin contraprestación directa, y que tenga una finalidad pública, no es encajable en el concepto de subvención del artículo 2.1 de la Ley 38/2003 si carece de la afectación al cumplimiento de un determinado objetivo que se impone al beneficiario a modo de carga. Para este otro género de actividad administrativa se ha predicado por la doctrina el concepto de ayudas o también el de “subvenciones impropias”, en las que la finalidad no es el fomento, sino la tutela social de situaciones de necesidad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El entonces Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia (ISSORM) -actualmente, Instituto Murciano de Asistencia Social (IMAS)- promovió en fecha indeterminada la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, operación que llevó a cabo la Consejería de Trabajo y Política Social, Departamento competente para ello a tenor de lo establecido en el artículo 22.b) de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (en adelante, LSSSRM).

La finalidad del Anteproyecto es, según reza su preámbulo, dar cumplimiento a los acuerdos incluidos en el Pacto por la Estabilidad en el Empleo de la Región de Murcia, así como, a la vista de la experiencia obtenida durante los largos años de implantación del Ingreso Mínimo de Inserción (IMI), sustituir dicha prestación por la Renta Básica de Inserción (RBI), que se configura como un derecho subjetivo no sólo a una prestación económica, sino también a percibir apoyos personalizados para su inserción personal, social y laboral.

SEGUNDO.- Junto con el borrador de la Ley constan las siguientes actuaciones:

- a) Informe sobre la propuesta del Anteproyecto.
- b) Informe de impacto por razón de género.
- c) Informe de necesidad y oportunidad del texto.
- d) Memoria económica.
- e) Informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas.
- f) Informe del Servicio Jurídico de la Consejería, manifestando, en términos generales, su conformidad al texto.
- g) Informe de la Vicesecretaría de la Consejería.

TERCERO.- Tras informe favorable de la Comisión de Secretarios, el Consejo de Gobierno tomó conocimiento del Anteproyecto el 22 de abril de 2005, acordando se recabaran los informes preceptivos de las siguientes entidades: Consejos Asesores Regionales de carácter Sectorial de Servicios Sociales, Consejo Regional de Servicios Sociales, Consejo Económico y Social y Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El texto fue informado favorablemente por el Consejo Regional de Servicios Sociales en sesión plenaria celebrada el día 27 de febrero de 2006. Asimismo, las Comisiones Permanentes de los Consejos Asesores Regionales de carácter sectorial de Servicios Sociales, reunidas en sesión conjunta celebrada el mismo día 27 de febrero de 2006, informaron favorablemente por mayoría el Anteproyecto, con la abstención de dos de sus vocales.

CUARTO.- La Subdirección de Pensiones, Ayudas y Programas de Inclusión del ISSORM, con fecha 15 de marzo de 2006, informa sobre las actuaciones preparatorias seguidas en la elaboración del texto, destacando las siguientes:

- a) Constitución de un grupo de trabajo que elaboró un borrador que fue revisado por los técnicos del Servicio de Programas de Inclusión, acordándose la apertura de un período de información y participación.

b) Durante el segundo semestre del año 2005 se mantuvieron reuniones con:

- Directores, Trabajadores Sociales y otros Técnicos de los Centros de Servicios Sociales de diversos Ayuntamientos de la Región.

- Representantes del Grupo de trabajo del Pacto para la Estabilidad en el Empleo.

- Organizaciones no gubernamentales que trabajan en el campo de la exclusión social.

c) Como fruto de estos contactos se incorporaron al texto las observaciones y sugerencias que se formularon en su momento por dichos colectivos.

QUINTO.- El texto resultante, al que se introdujeron algunas correcciones de naturaleza técnica, se sometió a Dictamen del Consejo Económico y Social (CES), evacuado el 30 de junio de 2006.

El referido Consejo, tras un prolijo y documentado análisis sobre la renta mínima de inserción, su naturaleza y regulación en el Derecho español, en general, y en el de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en particular, pone de manifiesto la valoración positiva que a dicho Órgano Consultivo le merece el Anteproyecto, porque éste supone un avance cualitativo en la consolidación de un sistema público de actuaciones integrales dirigidas a favorecer la inclusión social, de las personas en situación de riesgo de exclusión social, así como a paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias más graves y socialmente intolerables para las personas que viven la realidad de la exclusión social, garantizando unas rentas mínimas y otros recursos que permitan la satisfacción de sus necesidades básicas. También merece al CES una valoración positiva el hecho de que, con esta iniciativa legislativa, se esté dando cumplimiento a uno de los acuerdos alcanzados en el Pacto por la Estabilidad en el Empleo 2003-2006 de la Región de Murcia. Igual consideración efectúa el CES respecto del rango normativo elegido para regular la RBI, ya que ello supone la voluntad de dotar de un importante grado de estabilidad y permanencia a la respuesta que el Estado del Bienestar debe de ofrecer a uno de los retos fundamentales y más complejos que ha de afrontar, si no quiere aceptar una convivencia pasiva, por otra parte inviable socialmente, entre bolsas de pobreza y marginación y la opulencia de nuestras sociedades. Ello no obstante, el CES considera que el texto mejoraría notablemente si se atendiera una serie de sugerencias que se recogen a lo largo del Dictamen y se sintetizan en el apartado de Conclusiones.

Respecto a dicho Dictamen se elabora por el ISSORM un informe en el que se acogen algunas modificaciones puntuales hechas por el CES, al tiempo que razona las que se rechazan.

Como consecuencia de esas modificaciones se elabora el texto definitivo que se somete a este Consejo Jurídico, y que consta de una Exposición de Motivos, que desarrolla ampliamente los objetivos que la nueva regulación pretende, al tiempo que, en su último apartado, resume la estructura del Anteproyecto; cuatro Títulos que comprenden 50 artículos, cuatro Disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y dos finales. El Título I se denomina “Disposiciones Generales”, abarcando los artículos 1 y 2; el Título II, “La Renta Básica de Inserción”, está formado por ocho Capítulos, y comprende los artículos 3 a 33; el Título III, que tiene dos Capítulos y comprende los artículos 34 a 45, se denomina “Medidas para la Inserción”; el Título IV se llama “Competencias y

financiación” y se compone de tres Capítulos (artículos 46 a 50).

Por su parte, la Disposición Adicional Primera determina que la Administración Regional podrá establecer convenios con otras Comunidades Autónomas para desarrollar el principio de reciprocidad que recoge el artículo 7 de la Ley. La Disposición Adicional Segunda concede un plazo de dos años para que las Consejerías competentes en materia de empleo y formación, salud, servicios sociales, educación y vivienda, realicen las modificaciones normativas necesarias a fin de hacer efectiva la atención prioritaria de estos colectivos. La Disposición Adicional Tercera declara que las ayudas concedidas por el IMAS, en tanto que prestaciones públicas de naturaleza asistencial, se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la normativa reguladora de las subvenciones públicas. La Adicional Cuarta, apartado 1, determina que los importes reconocidos de la prestación básica y, en su caso, del complemento mensual variable que la Ley prevé, se adaptarán al importe anual del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM). El apartado 2 de esta misma Disposición, establece que la Consejería competente en materia de Servicios Sociales podrá modificar los porcentajes que en relación con el IPREM figuran en el artículo 10.2 de la Ley.

La Disposición Transitoria Primera determina que los beneficiarios de la prestación Ingreso Mínimo de Inserción continuarán percibiéndolo mientras no se produzca el desarrollo reglamentario de la Ley. La Transitoria Segunda establece que el régimen aplicable a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley será el de la normativa anterior. La misma regulación se aplicará, en lo que no se oponga a lo dispuesto en la Ley, a los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor y antes de su desarrollo reglamentario. La Disposición Transitoria Tercera determina que los importes y cuantías de la prestación del Ingreso Mínimo de Inserción y de la Renta Básica de Inserción serán los determinados en la Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social de 2 de septiembre de 2002, sobre actualización del importe de la prestación del Ingreso Mínimo de Inserción.

La Disposición Derogatoria establece la derogación de todas las normas de igual o inferior rango en la medida en que se opongan a lo dispuesto en la Ley. No obstante, la regulación vigente relativa a la prestación del Ingreso Mínimo de Inserción seguirá siendo de aplicación hasta que no se proceda al desarrollo reglamentario de la Ley y en tanto que no se oponga a su contenido.

La Disposición Final Primera autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones complementarias requiera el desarrollo de esta Ley, estableciendo un plazo de seis meses para la elaboración del reglamento de desarrollo de la Ley. La Disposición Final Segunda determina que la Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

SEXTO.- Elaborados el preceptivo índice de documentos y extracto de secretaría, la consulta fue formulada al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el 26 de julio 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.- Sobre las competencias de la Comunidad Autónoma y la adecuación del rango normativo.

I. Competencia material y orgánica para la elaboración y aprobación del texto normativo.

La Constitución Española (CE), en el artículo 148.1.20ª, consagra la competencia autonómica en materia de asistencia social. Por otra parte, el artículo 149.1.17ª reconoce la competencia exclusiva del Estado en la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, añadiendo un elemento corrector al establecer que la ejecución de los servicios se podrá hacer por las Comunidades Autónomas. El pronunciamiento sobre la competencia material que la Comunidad Autónoma tenga para abordar la norma que se pretende aprobar dependerá, por lo tanto, de si situamos la Renta Mínima de Inserción en el ámbito de la Asistencia Social o, por el contrario, lo hacemos en el de la Seguridad Social.

De los distintos niveles desde los que puede abordarse un estudio sobre la línea diferenciadora entre Asistencia Social y Seguridad Social, nos interesan en este momento dos: el normativo y el jurisprudencial.

Vaya por delante que ni las normas ni la jurisprudencia nos dan unos contornos precisos sobre la delimitación entre Asistencia Social y Seguridad Social. Los indicadores que nos van a resultar útiles en esa tarea serán los diferentes intentos normativos integradores o desintegradores de la Asistencia Social dentro del sistema de la Seguridad Social, a lo que cabría añadir alguna Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que, a pesar de su intento clarificador, tampoco ha aportado elementos definitivos para establecer dicho límite diferenciador.

En este sentido el TC (Sentencias 76/1986, de 9 de junio, y 8/1985, de 23 de octubre) ha señalado que la noción de asistencia social, no precisada por el texto constitucional, “ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente; de la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20ª de la Constitución (...). Esta asistencia social aparece como un mecanismo para grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección- es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”.

Años más tarde el TC, en su sentencia 239/2002, de 11 de diciembre, por la que resuelve dos conflictos positivos de competencia, acumulados, promovidos por el Gobierno de la Nación frente a los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, de 29 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas complementarias, de carácter

extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, y 62/1999, de 9 de marzo, de modificación del anterior, afirma la existencia de una “franja común” de posible actuación, por parte del Estado como de las Comunidades Autónomas, cada una en virtud de sus específicos títulos competenciales (seguridad social y asistencia social, respectivamente). En su fundamento jurídico 7 la sentencia afirma que “es una exigencia del Estado social de Derecho (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de la Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, habida cuenta que esta zona asistencial interna al sistema coincide con el título competencial del artículo 148.1.20ª CE. Esta confluencia no puede impedir a las Comunidades Autónomas que actúen en esta franja común cuando ostentan título competencial suficiente (...). Ahora bien, tal posibilidad de actuación por parte de las Comunidades Autónomas, referida a esta zona asistencial, exige que la Comunidad Autónoma aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, además, encuentra su límite en que la actividad prestacional no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en la de su régimen económico (art. 149.1.17ª CE)”.

El Estado reaccionó frente a esta sentencia mediante la promulgación de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que, por un lado, modificó el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el siguiente sentido: “El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”; por otro, adiciona un nuevo apartado 4 al artículo 38 de dicha Ley General de Seguridad Social del siguiente tenor: “Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta ley”. Sin embargo, esta reforma legislativa que tenía como objeto reforzar la competencia exclusiva del Estado sobre el régimen económico de la seguridad social, tuvo una vida extremadamente corta. En efecto, la reciente Ley 4/2005, de 22 de abril, introdujo las siguientes modificaciones al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

a) *“Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley.*

Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas” (art. 38.4).

b) *“Las cuantías resultantes de lo establecido en el apartado anterior de este artículo, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 25 por 100 del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje” (art. 145.2).*

La finalidad de esta norma viene explícitamente reflejada en su Exposición de Motivos: remover el obstáculo que la Ley 52/2003 suponía para las acciones normativas desplegadas por las Comunidades Autónomas tendentes a complementar las pensiones no contributivas, práctica que había sido avalada por una reiterada jurisprudencia constitucional.

Pues bien, si la competencia autonómica para establecer complementos a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social ha sido respaldada legal y jurisprudencialmente, resulta incuestionable la exclusividad competencial de las Comunidades Autónomas para implantar prestaciones económicas de renta mínima con la finalidad de garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia a las unidades familiares ante situaciones de necesidad o carencia de recursos, siempre que no puedan ser atendidas mediante prestaciones de otros sistemas públicos de protección social, entre las que se encuentran las del sistema de la Seguridad Social, las de desempleo y otro tipo de pensiones públicas.

En el concreto ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el artículo 10.Uno.18 de su Estatuto recoge la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en *“asistencia y bienestar social. Desarrollo comunitario. Política infantil y de la tercera edad. Instituciones de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria. Promoción e integración de los discapacitados, emigrantes y demás grupos sociales necesitados de especial protección, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación”*. Este precepto supone cobertura suficiente y adecuada para abordar la modificación de la actual prestación del IMI, configurando la llamada RBI con unas características diferenciadoras que justifican la elaboración y aprobación de la norma cuyo texto es objeto del presente Dictamen.

Por último, y en lo que a la competencia orgánica se refiere, cabe señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARMU), la Asamblea Regional ostenta la potestad legislativa, correspondiendo al Consejo de Gobierno, como órgano colegiado que dirige la política y la Administración regional, la iniciativa legislativa (artículo 30.1, en relación con el 23 EARMU, y 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).

II. Sobre el rango de Ley de la disposición general que se proyecta.

Con base en las competencias antes señaladas se aprobó la LSSSRM, texto legal en el que, en lo aquí interesa, figuran las siguientes previsiones.

1ª. Entre los Servicios Sociales de Atención Primaria figura el Servicio de Inserción Social, destinado a la prevención, detección, atenuación y eliminación de las situaciones de exclusión social (apartado 1,c) del artículo 9).

2ª. Entre la población a la que se dirigen los Servicios Sociales Especializados figuran las personas en situación de emergencia, riesgo o exclusión social (art. 10.1).

3ª. Como una de las funciones propias de los Servicios Sociales Especializados se recoge la de proporcionar prestaciones técnicas y/o económicas a personas que tengan dificultades físicas, psíquicas o sociales para acceder al uso normalizado de los sistemas ordinarios de protección social, correspondiendo a los sistemas sanitario, educativo y laboral aportar los recursos necesarios para el desarrollo de actuaciones referidas al ámbito de sus respectivas competencias, coordinándose con los servicios sociales especializados (art. 10.2).

4ª. En el artículo 18, bajo la rúbrica “prestaciones económicas”, se establece lo siguiente:

“1. Desde el Sistema Público de Servicios Sociales se concederán prestaciones económicas de carácter individual o familiar, periódicas o no periódicas, que fomenten la integración social de las personas más desfavorecidas.

2. Las condiciones, cuantías y requisitos para su concesión se establecerán reglamentariamente, dentro del ámbito competencial atribuido a cada órgano”.

5ª. Se recoge en el artículo 36 que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia consignará anualmente en sus presupuestos los créditos necesarios para atender los gastos que se deriven del ejercicio de sus competencias en esta materia.

Por otro lado, la regulación actual del IMI viene dada por una norma con rango reglamentario, el Decreto 65/1998, de 5 de noviembre, por el que se regulan las ayudas, prestaciones y medidas de inserción y protección social, que lo configura como una prestación económica, complementaria, de carácter periódico, destinada a personas o unidades familiares que carezcan de medios económicos para atender sus necesidades básicas, con el fin de facilitar su inserción social.

Vemos, pues, que existe cobertura legal adecuada y suficiente para que la regulación proyectada se llevara a cabo mediante Decreto, rango normativo que resulta adecuado, además, para introducir las modificaciones que se pretenden en el IMI, ya que, como se ha dicho, esta prestación está regulada actualmente mediante norma de carácter reglamentario. Es más, con el dictado de la Ley que se quiere aprobar se estaría desatendiendo el mandato contenido en la LSSSRM que meridianamente afirma que las condiciones, cuantías y requisitos para la concesión de prestaciones económicas se establecerán reglamentariamente.

La libertad de determinación del legislador le permite, si así lo considera conveniente y adecuado, la promulgación de una Ley que regule la RBI, pero ello llevaría aparejada las siguientes condiciones y consecuencias:

1ª. Justificación de la necesidad y conveniencia de adoptar dicho rango normativo.

En las memorias e informes no se aborda directamente el hecho de que con el dictado de esta Ley se esté obviando las previsiones de la vigente LSSSRM. No obstante, sí que se señalan dos razones que ampararían el rango elegido. Se esgrime, como la primera de ellas, el hecho de que el Pacto por la Estabilidad del Empleo en Murcia, suscrito el 4 de diciembre de 2002 entre el Gobierno de la Región, la CROEM y los Sindicatos UGT y CCOO, recoja entre sus acuerdos el de regular un nuevo IMI mediante Ley, como modo de dotarlo de mayor estabilidad y de configurarlo como un derecho subjetivo que combine un tratamiento conjunto de la situación personal y familiar de los posibles beneficiarios y que no establezca tan sólo una prestación económica, sino también opciones educativas y de recuperación de estas personas en el medio más cercano. Varias objeciones cabe enfrentar a esta afirmación, de entre las que destaca el hecho incuestionable de que, en ningún caso, el rango de una norma llamada a regular una determinada situación puede venir condicionado por un acuerdo *inter partes*. En efecto, como la doctrina más autorizada ha señalado, el ordenamiento jurídico no es un simple agregado de normas, más bien el ordenamiento precede a la norma, la cual es tal no por ninguna cualidad abstracta o de esencia sino justamente por su inserción en un ordenamiento concreto,

que como tal la precede y ha tenido que definirla previamente como fuente del Derecho y en cuyo seno únicamente cobra todo su sentido. A ello cabría añadir, además, que cada uno de los objetivos que, según el meritado Pacto, justificaría la regulación de la RBI mediante una Ley, están ya conseguidos con las previsiones contenidas en la LSSSRM: reconocimiento del derecho a las prestaciones del Sistema de Servicios Sociales (entre las que se encuentran las medidas de inserción) en las condiciones que reglamentariamente se establezcan; la inclusión en la prestación de inserción de ayudas económicas, pero, también, otras de carácter técnico en el ámbito educativo, sanitario y laboral, etc.

Se aduce como segunda razón, que el rango de ley se hace preciso con el fin de establecer un régimen económico que contemple la posibilidad de que las partidas presupuestarias que se fijen anualmente para hacer frente a la financiación de la prestación, se declaren ampliables. Vaya por delante que, a pesar de esta manifestación de intenciones, el artículo 50 del Anteproyecto no recoge tal carácter ampliable, y téngase en cuenta, además, que para lograr tal circunstancia basta con que así se disponga en las leyes anuales por las que se aprueban los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para cada ejercicio económico.

2ª. Modificaciones en la vigente LSSSRM con el fin de conseguir la exigida coherencia entre ambos textos legales.

Como decíamos antes, una norma se ha de integrar en el ordenamiento jurídico, y esta integración, consecuencia necesaria de la configuración del ordenamiento como un conjunto sistemático y ordenado, impone la carga insoslayable de que la norma a integrar ha de ajustarse a las reglas de articulación constructiva y funcional de aquél, reglas que fundamentalmente sirven a dos principios constitucionalmente enunciados: la unidad y la continuidad, ambos trasunto del superior principio de la seguridad jurídica. Por lo tanto, si se opta por mantener el rango de ley de la disposición que se pretende aprobar, se deberían efectuar las modificaciones y derogaciones que resultasen precisas en la LSSSRM para remitir el régimen jurídico de la RBI a su ley reguladora. Algo similar encontramos en el conjunto normativo aplicable al sistema de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Madrid. Allí se aprobó en primer lugar la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid y, posteriormente, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales, cuyo artículo 17, al establecer las prestaciones del sistema público de servicios sociales recoge en su apartado a), como una de ellas, la de renta mínima de inserción, *“a la que tendrán derecho todas aquellas personas que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid”*.

Ello obliga, en el caso que nos ocupa, a que el Anteproyecto, mediante las correspondientes disposiciones finales, introdujera en la LSSSRM las modificaciones precisas para lograr una coherencia entre ambos textos legales.

TERCERA.- Sobre el procedimiento de elaboración del Anteproyecto.

El procedimiento de iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno se rige por el artículo 46 de la Ley 6/2004, en el cual se señalan los trámites mínimos que se deben recorrer hasta la conversión en Proyecto de Ley y su remisión a la Asamblea Regional, los cuales han sido, en líneas generales, cumplimentados, puesto que constan las propuestas e informes consignados en el Antecedente Segundo.

No obstante, el párrafo 4 de dicho artículo abre el procedimiento a “*otras consultas, dictámenes o informes que, a juicio de la Comisión (de Secretarios Generales), resulten oportunos*”, y, en este sentido, han existido oportunidades de enriquecer el Anteproyecto que no se han aprovechado. Así, según el artículo 3.1, a) de la Ley 9/1994, de 30 de diciembre, es función del Consejo Regional de Cooperación Local la emisión de informes sobre los anteproyectos de ley y los proyectos de reglamento reguladores de los distintos sectores de la acción pública de la Administración regional que afecten al ámbito de competencias de la Administración local, siendo uno de ellos el de los servicios sociales, no sólo porque así lo dice el artículo 6 LSSSRM, con las amplias competencias del artículo 24, sino también porque la instrucción inicial de los procedimientos para conceder la RBI corresponde, según el Anteproyecto, a los Centros de Servicios Sociales (arts. 19 y 20), incluso a los municipales.

En igual sentido, la RBI regulada en el Anteproyecto, en cuanto figura jurídica canalizadora de gasto público, ofrece una problemática sobre su naturaleza jurídica y la aplicabilidad de la legislación de subvenciones, reflejada en la Disposición Adicional tercera, que demandaba haber solicitado informe a la Intervención General en cuanto órgano que ejerce el control financiero de las subvenciones (Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

Hay que destacar que se ha realizado por parte de la Consejería consultante un exhaustivo estudio económico sobre el contenido del Anteproyecto y las consecuencias que en términos de costes tendrá, dando cumplimiento a lo previsto por el artículo 46 de la Ley 6/2004, al igual que la Dirección General de Presupuestos ha emitido el informe previsto en la Disposición Adicional del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

Viene insistiendo el Consejo Jurídico en que una completa instrucción requiere no sólo oír el parecer de los directamente afectados y de los órganos o instituciones que tienen que emitir dictamen preceptivamente por así requerirlo un precepto legal expreso, sino que, además, como expresión de los principios de coordinación y eficacia (art.3.1, e) y 3.2, a) Ley 7/2004), la instrucción debe extenderse hasta conocer el criterio de los órganos autonómicos titulares de competencias materiales colaterales a las del Anteproyecto, es decir, de otras competencias que directa o indirectamente inciden sobre la de servicios sociales. Especialmente relevante es este aserto cuando, como ocurre en el presente caso, la regulación de la materia implica la actividad de las Consejerías competentes sobre planes de empleo, formación ocupacional, salud, compensación educativa, educación de personas adultas y vivienda (art. 45 del Anteproyecto), a las que no se ha dado participación ni siquiera para el cálculo de los costes que su actuación puede generar, creando la consiguiente laguna en la Memoria económica, según denuncia el informe de la Dirección General de presupuestos.

Finalmente, en esta misma línea argumental y como prueba de la insuficiente instrucción, debe recordarse que se ha prescindido del criterio que hubiera podido expresar el Consejo Técnico Consultivo para la Lucha contra la Pobreza y la Exclusión en la Región de Murcia, adscrito a la Consejería de Trabajo y Política Social (art.1). Dicho Consejo se creó por el Decreto núm. 12/2000, de 2 de marzo, y tiene como función el asesoramiento y la asistencia técnica en materia de lucha contra la pobreza y la exclusión social a través de juicios técnicos e informes no vinculantes (art.2) “*para ejecutar más*

eficazmente las competencias que el artículo 10, punto 18 de la Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia atribuye a la Comunidad Autónoma en materia de Asistencia y Bienestar Social y de promoción e integración de los grupos sociales necesitados de especial protección” (Preámbulo), para lo cual está compuesto por “personas, que, por su especial conocimiento y experiencia en materia de lucha contra la pobreza y la exclusión social, puedan aportar iniciativas y prestar apoyos en orden a la programación y realización de cuantas actividades convenga emprender” (Preámbulo).

CUARTA.- Sobre la naturaleza de la RBI y la aplicabilidad de la legislación de subvenciones.

I. La Disposición Adicional tercera, introducida en el curso de la instrucción a propuesta del propio IMAS, establece que *“las Ayudas que concede el Instituto Murciano de Acción social, en tanto prestaciones públicas de naturaleza asistencial, se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la normativa reguladora de las subvenciones públicas”*, precepto que, por su alcance, merece unas consideraciones especiales, ya que parece oponerse frontalmente a la normativa básica estatal contenida en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y, concretamente, a su artículo 2.1, que acota el concepto de subvención de la siguiente manera:

“Se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.

b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

La cuestión se ciñe, inicialmente, a dilucidar si la opción del Anteproyecto de no considerar a la RBI como subvención, a los efectos de la citada Ley 38/2003, encuentra fundamentos en ésta; interrogante a la que se responde en el expediente de manera afirmativa -y parca- alegando que las prestaciones que se conceden a través del IMAS no encajan en el concepto técnico jurídico de subvención, ya que son prestaciones asistenciales que tienen su fundamento en la LSSSRM, comprendidas en la excepción contemplada por el artículo 2.4 c) de la Ley 38/2003, según el cual quedarán excluidas de la aplicación de dicha Ley, *“en la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos”*. Sin embargo, esta afirmación queda sin argumentar y, además, el fundamento legal al que se acude - el artículo 2.4.c) de la Ley 38/2003- lejos de apoyarla, la desmiente, al excepcionar sólo

las prestaciones asistenciales a favor de los españoles en el extranjero, que quedan fuera de la competencia autonómica y, por consiguiente, al margen del objeto del Anteproyecto consultado.

Para poder afirmar con fundamento suficiente la no aplicación a la RBI de la Ley 38/2003 y de la Ley regional 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones, hay que partir, a juicio del Consejo Jurídico, más que de las exclusiones que aquélla realiza, cuya literalidad no admite dudas, del concepto mismo de subvención que late en ella, expuesto en el artículo 2.1 y concordantes. Ese conjunto normativo cualifica la subvención, esencialmente, por la afectación de los fondos públicos entregados al beneficiario al cumplimiento de un objetivo, a la ejecución de un proyecto específico, a la realización de una actividad o a la adopción de un comportamiento singular, realizado o por realizar y, si dicha afectación existe, la entrega de fondos tendrá la consideración de subvención a efectos de dicha ley, la cual será aplicable a la misma (Exposición de Motivos, II, párrafo tercero). Así, dice el artículo 2.1 que la disposición dineraria en que consiste la subvención se realizará sin contraprestación directa del beneficiario, pero sí sujetándole al cumplimiento de una determinada finalidad (apartado b) que tiene carácter público (apartado c). La subvención así concebida se entiende como una técnica de intervención administrativa (Exposición de Motivos, I) orientada con carácter principal hacia el proceso de modernización y perfeccionamiento de nuestro sistema económico (Exposición de Motivos, I), por lo que uno de sus principios rectores es el de transparencia (Exposición de Motivos, I), consecuencia de lo cual es que el procedimiento ordinario de concesión es el de concurrencia competitiva (art. 27.1), aunque puede concederse de forma directa con carácter excepcional (art. 27.2, c).

Para esta forma de intervención en la actividad de los particulares la doctrina reservó el concepto de subvención, que se hace efectiva mediante una relación jurídica que tiene por causa el fomento de actividades particulares de interés general, primordialmente económicas, que justifica el empleo de fondos públicos para atender a esas iniciativas privadas.

Por tanto, la subvención es una actividad de fomento de actividades particulares de interés público que se concreta a través de una relación jurídica definible como una resolución administrativa y, por ende, como un acto administrativo, unilateral, declarativo de un derecho del interesado, que queda sometido a una carga que afecta la relación jurídica. En caso de incidencias determinantes de una extinción anormal de la misma por incumplimiento del interesado de la carga impuesta, la Administración puede exigir el reintegro de la cantidad percibida por el beneficiario, ya que la afectación al fin público se habrá frustrado, dando así lugar a la desaparición de la causa sobre la que se articuló el nacimiento de la relación jurídica. En síntesis, la subvención se define por su carácter afectado, al vincular el destino de la ayuda al fin u objetivo que justifica esa atribución dineraria, imponiendo así al beneficiario una efectiva carga jurídica, actuando como una institución de intervención y dirección de las actividades de los particulares.

Esta caracterización es confirmada por la jurisprudencia, sirviendo como muestra de ello la STS, Sala Tercera, de 16 de septiembre de 2002, que se expresa así:

“La subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar el ejercicio de su actuación a los fines perseguidos con la medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una “causa

donandi”, sino a la finalidad de intervenir a través de unos condicionamientos o de un “modus”, libremente aceptado por el beneficiario, en la actuación del mismo. Existe, por tanto, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión”.

Pero una entrega de fondos públicos sin contraprestación directa, y que tenga una finalidad pública, no es encajable en el concepto de subvención del artículo 2.1 de la Ley 38/2003 si carece de la afectación al cumplimiento de un determinado objetivo que se impone al beneficiario a modo de carga. Para este otro género de actividad administrativa se ha predicado por la doctrina el concepto de ayudas o también el de “subvenciones impropias”, en las que la finalidad no es el fomento, sino la tutela social de situaciones de necesidad. Se ha destacado que los subsidios sociales se caracterizan, sustancialmente, porque en ellos la finalidad económica directa se encuentra desdibujada, para ofrecer en su lugar, y primordialmente, una finalidad social muy acusada en la que la concreción y determinación del interés general resulta aquí inexistente, toda vez que se otorgan en base a una consideración estrictamente personal. Son ayudas vinculadas al *status* de los beneficiarios, sin perseguir a través de su otorgamiento ninguna actuación específica de éstos, ni estar fundado su otorgamiento en la previa realización de una actividad determinada.

Estaríamos, competencialmente, en el campo de la “acción social” (art. 148.1.20ª CE y art. 10.Uno, 18 EARMU) que sirve de fundamento al Anteproyecto sometido a consulta, terreno en el que la acción administrativa cumple finalidades diferentes a las del fomento y, en consecuencia, emplea técnicas también diferentes. En cuanto a los fines, en la acción social, como quedó antes expuesto, predomina la protección del individuo ante situaciones de necesidad específicas a las que no suele alcanzar el sistema de seguridad social. El contenido objetivo de la actuación administrativa se caracteriza por tratarse de la dispensación de ayudas, resaltando que lo entregado en tal concepto de ayuda se otorga para ser simplemente consumido o usado, sin que se conceda en atención a otra actividad o conducta del beneficiario. Es decir, que no concurre la cualidad de afectación en la ayuda o subvención impropia y, en lógica correspondencia, el acto administrativo de concesión no conlleva la paralela imposición de carga o condición resolutoria alguna.

La prestación económica en que consiste la RBI se ubica en el marco más amplio de los servicios sociales especializados en el sector de personas en situación de emergencia, riesgo o exclusión social, servicios que realizarán actuaciones tendentes a favorecer la integración social de aquellos colectivos específicos que por una u otra causa se encuentren en situaciones desfavorecidas, tales como transeúntes, refugiados, asilados, emigrantes retornados, reclusos y ex reclusos, así como cualquier otro colectivo en situación de marginación (art. 16.1 LSSSRM). En ese contexto, la RBI tiene por finalidad garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia a las unidades familiares o personas físicas ante situaciones de necesidad o carencia de recursos, siempre que no puedan ser atendidas con suficiencia mediante prestaciones de otros sistemas públicos de protección social (art. 4 del Anteproyecto), y se reconoce a su titular con carácter alimenticio para sufragar la satisfacción de las necesidades contempladas en el artículo 142 del Código Civil (art. 3 del Anteproyecto): sustento, habitación, vestido y asistencia médica, a lo que hay que añadir educación para los menores de edad. Es decir, está dirigida a cubrir

las necesidades de personas que carezcan de recursos económicos suficientes para hacer frente a los gastos básicos para la supervivencia y, también, a paliar estados severos de carencia y situaciones graves de necesidad económica, con el fin último de posibilitar la salida de la situación de marginalidad en que se encuentran sus perceptores. El verdadero espíritu o finalidad perseguido por el Anteproyecto, conforme se dice en su Preámbulo, es arbitrar medidas para paliar situaciones de exclusión social y pobreza, garantizando unos ingresos mínimos de subsistencia personal y familiar, y un proyecto individual de inserción social adecuado a las circunstancias del beneficiario.

En conclusión, la RBI no es una subvención a los efectos de la Ley 38/2003, al no cumplir el requisito establecido en el artículo 2.1,b) de la misma.

II. El alcance de la Disposición Adicional tercera del Anteproyecto se refiere a todas “*las Ayudas que concede el Instituto Murciano de Acción Social*”, operando así una exclusión de la Ley 38/2003 realizada con carácter subjetivo, en función del ente que las aprueba. Efectivamente, el IMAS es un organismo público autonómico creado con la finalidad de ejecutar las competencias de administración y gestión de servicios, prestaciones y programas sociales, de acuerdo con los principios establecidos en la LSSSRM (art. 2.1 de la Ley 1/2006, de 10 de abril, de Creación del Instituto Murciano de Acción Social). Mas es de observar que la imposibilidad de encajar la RBI en el concepto de subvención proviene de la carencia de un elemento funcional de la relación jurídica subvencional, como es la afectación, que se garantiza mediante la imposición de una carga al beneficiario, lo cual es un argumento de delimitación del alcance de la norma ajeno a las características del sujeto público concedente de la ayuda. Es por ello que el método subjetivo de exclusión que se emplea mediante la Disposición Adicional proyectada no es adecuado, reparo, por otra parte, que haría dudar, incluso, de la necesidad misma de tal Disposición, ya que es puramente interpretativa, inspirada en el deseo de disipar las posibles dudas que la redacción de la Ley 38/2003 hubiera podido ocasionar, en absoluto expresadas en el expediente de elaboración. Por ello, fijar con precisión los límites de la aplicación de la norma requeriría, a su vez, determinar la materia excluible, por lo que debieran citarse con su denominación y normativa completa las ayudas que, por concurrir la falta de afectación, no serían calificables estrictamente como subvenciones a los efectos de la indicada Ley básica estatal.

En cualquier caso, la conclusión a que llega la Disposición Adicional como resultado de su proceso interpretativo, debiera figurar, de considerarse preciso su mantenimiento, como Disposición adicional en la misma normativa cuya aplicación se delimita, que es la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

QUINTA.- Análisis jurídico sobre el contenido del Anteproyecto.

Las observaciones que a continuación se realizan se refieren al texto del Anteproyecto sometido a Dictamen, sin perjuicio de las modificaciones que hubieran de producirse con motivo de las observaciones de carácter general formuladas en las Consideraciones anteriores.

I. A la parte expositiva.

Los proyectos de ley, anteproyectos mientras se tramitan en sede gubernativa, deben ir precedidos de una parte expositiva en la que se señale la finalidad de la norma que se pretende aprobar. El Anteproyecto objeto del presente Dictamen cumple, desde una

perspectiva material, con esta exigencia. No obstante, en cuanto a la intitulación que a esta parte se da en el Anteproyecto de “Preámbulo”, hay que recordar que según establece la directriz 11 de 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), en los anteproyectos de ley la parte expositiva se denominará siempre “exposición de motivos” y se insertará en el texto correspondiente del siguiente modo: “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS”, centrado en el texto.

No se concretan en la Exposición de Motivos los preceptos del EARM que dotan de cobertura competencial al Anteproyecto.

Por otra parte, en el párrafo cuarto del apartado II, 5ª línea, debiera sustituirse el punto y coma por dos puntos.

La redacción de los párrafos sexto y séptimo del apartado II, resulta confusa en relación con el alcance de la exigencia de consenso en la elaboración y participación de los usuarios en los proyectos individualizados de inserción. Parece desprenderse que tanto la elaboración como la participación ha de ser consensuada, lo que, efectivamente, es así para aquellas personas que soliciten apoyos de promoción social, no lo es o, al menos, no lo es totalmente, para los perceptores de la RBI, cuya condición lleva implícita la obligación de participación en el proyecto individualizado de inserción (art. 36).

II. A la parte dispositiva.

A) Al articulado.

1) En cuanto a la parte articulada del texto del Anteproyecto, puede resultar oportuno efectuar algunas observaciones genéricas:

1ª. En primer lugar, desde la perspectiva de buena técnica normativa y a tenor de lo establecido en las Directrices antes mencionadas, el nombre de los Títulos debe consignarse en mayúscula.

Con la misma finalidad indicada en el párrafo anterior, en las Disposiciones Transitorias se debe sustituir el signo de puntuación de dos puntos situado entre el número de la disposición y su título, por el de un punto.

2ª. Las citas que el Anteproyecto hace a preceptos contenidos en la misma disposición o en otras diferentes, deberán efectuarse, a tenor de lo establecido en la Directriz 68 de las generales sobre elaboración de disposiciones de carácter general, mediante la expresión numérica del artículo.

Asimismo, no se escribirá con inicial mayúscula cuando en el texto del Anteproyecto se haga referencia a la propia norma (Apartado V. Apéndices, subapartado a) de las citadas Directrices).

3ª. En relación con la determinación de los beneficiarios de la prestación (art. 2), así como con los requisitos que sus titulares hayan de reunir (art. 7), se ha de tener en cuenta la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la que se regulan los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que, en los apartados 2 y 3 de su artículo 14, reconoce el derecho de los extranjeros al acceso a los servicios sociales.

Distingue este precepto dos categorías de extranjeros a los efectos de ostentar derechos sobre las prestaciones sociales. En primer lugar, los extranjeros residentes, que tendrían derecho a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas que se ofrezcan en España en igualdad de condiciones que los españoles, y, en segundo lugar, todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, que sólo tendrían derecho a las prestaciones sociales básicas.

Para determinar la incidencia que este precepto pueda tener sobre la materia regulada en el Anteproyecto que se informa (RBI) es preciso abordar, con carácter previo, la naturaleza básica o especializada de dicha prestación, tarea que, al no contener la Ley Orgánica 4/2000 criterios que permitan determinar qué se ha de entender por uno u otro tipo de servicio social, nos obliga a acudir a lo que al respecto establece la LSSSRM, concluyendo que tanto la prestación económica como los proyectos individuales de inserción que configuran la RBI, participan de la naturaleza jurídica de servicios sociales especializados (así el artículo 10.2,c) define como una de las funciones de dichos servicios sociales la de proporcionar prestaciones técnicas y/o económicas a personas que tengan dificultades físicas, psíquicas o sociales para acceder al uso normalizado de los sistemas ordinarios de protección social, correspondiendo a los sistemas sanitario, educativo y laboral aportar los recursos necesarios para el desarrollo de actuaciones referidas al ámbito de sus respectivas competencias, coordinándose con los servicios sociales especializados).

De lo expuesto cabe concluir que todos los extranjeros, sin excepción, que -de forma temporal o permanente- residan legalmente en territorio español se hallan equiparados a los españoles para acceder a la prestación de la RBI. En términos generales el Consejo considera que el Anteproyecto es respetuoso con esta exigencia, pero, asimismo, observa que una cierta confusión terminológica introduce algunas ambigüedades que deben ser eliminadas.

En este orden de cosas, se constata que se pretende introducir un nivel distinto de exigencia según que la prestación a recibir sea la ayuda económica o los apoyos personalizados. Así, para ser beneficiario de la primera de ellas se han de reunir los siguientes requisitos:

a) Tener residencia legal en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, entendiendo que la ostentarán los nacionales y los extranjeros residentes, considerando como tales a los que determina el artículo 30 bis de la Ley Orgánica 4/2000, es decir, los extranjeros que se encuentran en España y sean titulares de una autorización para residir.

b) Tanto los españoles como los extranjeros residentes deberán acreditar que han residido legalmente en territorio español al menos durante diez años.

c) Unos y otros habrán de estar empadronados y residiendo efectivamente en alguno de los términos municipales de la Región de Murcia por el tiempo que se determine reglamentariamente, que no podrá ser inferior al año inmediatamente anterior a la formulación de la solicitud.

Para optar a los apoyos personalizados el requisito se reduce a residir legalmente (nacionales y extranjeros residentes) y a estar empadronado y tener domicilio efectivo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el momento de solicitar la prestación.

Se debe, pues, revisar la redacción de estos preceptos con el fin de eliminar cualquier duda que pueda suscitarse sobre una posible discriminación, en cuanto a su condición de potencial titular de la RBI, de los extranjeros con permiso de residencia.

2) Hechas las anteriores sugerencias, a continuación se formulan las que afectan de modo particular a cada uno de los preceptos que se señalan:

- Artículo 2.

a) Según el artículo 5.2 beneficiarios son aquellas personas que convivan con el titular de la RBI, unidas por vínculo de parentesco o similar, en los términos establecidos en el artículo 8. Esta definición tiene un carácter diferente y más restringido que la que se contiene en el precepto que ahora nos ocupa. Con el fin de evitar la confusión que supone que en el texto aparezcan dos contenidos diferentes para un mismo término, beneficiario, el artículo 2 podría intitularse “Destinatarios”.

b) Para mejorar la redacción del texto del apartado 1 *in fine*, convendría eliminar tanto la coma situada tras la palabra “ley” como la expresión que le sigue “conforme a lo establecido”, introduciendo, en cambio, la conjunción “y”, de modo que la dicción de esta última parte quedara del siguiente modo: “...en el Título II de esta ley y en sus normas de desarrollo”.

- Artículo 4.

a) En el apartado 2, segundo renglón, debe introducirse una coma entre “ley” y “que”.

b) El apartado 3, que tiene por objeto establecer el carácter complementario de la prestación respecto de otros ingresos o prestaciones económicas de su titular, ganaría en claridad y, por tanto, satisfaría de mejor manera el principio de seguridad jurídica, si se redactase del siguiente modo o similar:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados precedentes, la Renta Básica de Inserción tendrá carácter complementario, hasta el importe que corresponda percibir a su titular en los términos del artículo 10.1, respecto de los ingresos y prestaciones económicas a que pudiera tener derecho la unidad de convivencia”.

- Artículos 5 y 6.

a) Distinguen estos preceptos entre titular, beneficiario y perceptor, identificando al primero con quien solicita la prestación, al segundo con el que se beneficia de ella y al tercero con quien percibe efectivamente la cuantía de la RBI.

Haber establecido estas tres categorías obliga a ser muy riguroso en la redacción de la norma, puesto que cada uno de los términos definidos constituye figuras jurídicas diferentes. Así, a título de ejemplo, se detectan los siguientes usos incorrectos de alguno de ellos:

- El artículo 6.1,b), al mencionar la posibilidad de sustitución del perceptor de la RBI, afirma que lo será a propuesta del “beneficiario”, cuando realmente se está refiriendo al “titular”,

- Tanto el Capítulo V como el artículo 12 se intitulan “Obligaciones de los beneficiarios”; sin embargo su contenido, tal como se afirma en el primer párrafo del

citado artículo, viene referido a las obligaciones de los titulares.

Resulta obligado, pues, revisar exhaustivamente el texto con el fin de corregir las erróneas utilidades que se hayan podido hacer de cada uno de estos términos.

b) Cuando una norma prevé su propia excepción debe precisar los supuestos en que ésta procede, lo que no ocurre cuando el artículo 6.2 establece que podrán tener la consideración de perceptores personas ajenas al titular y a su familia. Deberá indicarse, al menos, que dicha excepción responderá a causas objetivamente justificadas en el expediente.

-Artículo 9.

El Consejo coincide con el CES en que la expresión “pueda desprenderse” que se recoge en el apartado 2 del presente artículo, no contiene el grado exigible de determinación que cabe esperar de una disposición normativa, sobre todo cuando, como ocurre en este caso, la constatación o no de la existencia de personas legalmente obligadas a prestar alimentos al solicitante de la RBI, va a ser concluyente para la concesión de dicha prestación.

-Artículo 10.

El apartado 5 de este precepto establece el tope de percepción de la RBI en los casos en que una unidad de convivencia comparta residencia con otra, y lo hace sin establecer excepción alguna, de modo que dicho tope afectaría también a las unidades de convivencia unidas por lazos de parentesco a las que se refiere el apartado 2 del artículo 8. Es aconsejable que si ésta es la intención del Anteproyecto se refleje con más claridad, y si, por el contrario, se quisiese excluir de dicho tope a las unidades de convivencia del artículo 8.2 se hiciese de modo expreso.

En el primer párrafo del apartado 6 se prevé la posibilidad de que los titulares de la RBI puedan percibir unas ayudas no periódicas para la adquisición de material escolar o para transporte. Varias cuestiones suscitan el análisis de esta disposición:

a) Aunque sí se deja claro que se trata de ayudas no periódicas, no se aclara si sólo se tendrá derecho por una vez o si, por el contrario, la concesión de la ayuda irá ligada a cada curso escolar.

b) El importe de la ayuda destinada a la adquisición de material escolar se pospone a un posterior desarrollo reglamentario, pero nada se dice respecto del importe de la ayuda para transporte.

c) La concesión de las primeras ayudas se establece con carácter imperativo: “percibirán”, de modo que una vez que se produzca el supuesto de hecho contemplado en el Anteproyecto, es decir, ser titular de la RBI y que alguno de los beneficiarios de dicha renta sea menor en edad escolar, se generará automáticamente el derecho a percibir la ayuda. Sin embargo, el complemento de ayuda al transporte se configura como una posibilidad: “podrán percibir”, sin que se fijen las circunstancias que hayan de concurrir para que nazca tal derecho.

-Artículo 11.

En el apartado 2 se debe sustituir la expresión “el órgano de resolución”, por la más correcta en términos gramaticales de “órgano competente para resolver”. Asimismo, la

locución “prorrogar la duración” no resulta adecuada; se podría cambiar por alguna de las dos opciones siguientes: “ampliar la duración” o, si se prefiere, “prorrogar la percepción de la Renta Básica de Inserción”.

Los signos utilizados para la subdivisión de este apartado deben sustituirse por letras minúsculas, ordenadas alfabéticamente y seguidas de un paréntesis de cierre (Directriz 31).

Para que el contenido del subapartado b) resulte más inteligible debe revisarse y modificarse su redacción en los siguientes términos o similares: *“Cuando el cese en el percibo de la prestación pueda afectar negativamente al desarrollo y evolución del proyecto individual de inserción”*.

Con la misma finalidad, es decir, lograr que el precepto se entienda más claramente, al tiempo que se consigue una mayor precisión técnica en los términos empleados, se propone sustituir la redacción de los apartados 4 y 5 por las siguientes:

“4. Transcurridos seis meses desde la notificación de la concesión de la Renta Básica de Inserción, o cuando sean requeridos para ello por la Administración, los titulares de dicha prestación deberán acreditar el mantenimiento de los requisitos exigidos para su concesión”.

“5. La prestación de la Renta Básica de Inserción se devengará a partir del primer día del mes en el que se dicte la resolución de concesión”.

-Artículo 12.

El presente precepto, destinado a regular las obligaciones de los titulares de la prestación, recoge en su último apartado como una de ellas la del reintegro de la indebidamente percibida. Considera el Consejo que no es acertado ubicar el reintegro de las prestaciones indebidas en el artículo sobre obligaciones de los beneficiarios, porque el reintegro supone un procedimiento independiente de las obligaciones - entendidas como cargas inherentes a la naturaleza de la ayuda-, de modo que el reintegro corresponderá, desde luego, si se incumple alguna de esas obligaciones, pero también puede ocurrir que sin haberse omitido una sola de ellas proceda también el reintegro, como sucede cuando es causado por un error imputable a la propia Administración concedente. Sistemáticamente sería más correcto incluir la regulación del reintegro en el Capítulo VI, junto con la modificación, suspensión y extinción de la prestación, remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario el procedimiento para hacer efectivo dicho reintegro.

-Artículo 16.

a) Las causas de extinción reguladas en el presente artículo son las que se producen anormalmente, ya que la extinción normal de la prestación acaece cuando finaliza su duración (artículo 11). Esta diferenciación debe contemplarse. Para ello el precepto podría redactarse del siguiente modo o similar: *“Además de la extinción por el transcurso del tiempo máximo al que se refiere el artículo 11, la Renta Básica de Inserción se declarará extinguida mediante resolución administrativa motivada, cuando concorra alguna de las siguientes causas:”*

b) Entre las causas de extinción se incluye en el apartado b) la del fallecimiento del titular de la prestación, salvo en los supuestos que se establezcan reglamentariamente.

Como recordó este Consejo en el Dictamen 6/98, la colaboración entre ley y reglamento debe establecerse para completar la regulación pretendida, actuando la técnica de la remisión normativa como legítimo cauce de conexión entre ambos tipos de normas. El ajuste entre la norma reenviante y la reenviada ha de producirse sobre los criterios materiales que establezca la primera, ya que de otro modo el titular de la potestad reglamentaria carece de elementos sobre los que efectuar el desarrollo. Tal ocurre con la remisión que se contiene en el precepto que nos ocupa, que debieran incorporar, el menos, las pautas a las que habrá de ajustarse el reglamento para ser fiel desarrollo de la Ley ya que, de no hacerlo, se resentirá la armonía del sistema que pretende la Ley.

-Artículo 17.

El precepto establece que la suspensión y la extinción de la prestación surtirán efecto desde el primer día del mes en que se adopte la resolución administrativa por la que se declare alguna de dichas situaciones, sin perjuicio, en su caso, de la declaración de pago indebido y reintegro.

Nada hay que objetar, en principio, a esta opción. No obstante, sí considera el Consejo que razones de eficacia y eficiencia aconsejan plantearse la conveniencia de que los efectos de la resolución administrativa de suspensión y extinción, se desplieguen a partir del primer día del mes siguiente a su adopción, de modo similar a como lo recoge la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid. Aunque en términos de coste económico esta nueva redacción pueda suponer un pequeño incremento, se vería en gran medida compensado por los de carácter administrativo que conllevaría la declaración en la mayoría de los casos, por no decir en todos, de pago indebido y obligación de reintegro, que ahora se evitarían. Por otro lado, tampoco hay que olvidar lo bastante improbable que resultaría que los destinatarios de estas ayudas -personas en situación de extrema necesidad- pudieran hacer efectivo el reintegro que, en su caso, se declarara obligado.

-Artículo 19.

a) El CES aconseja que al igual que el artículo 36.1 establece que los proyectos individuales de inserción se elaboren a solicitud de los interesados, pero también a propuesta de los Centros de Servicios Sociales o por los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma, se debería prever también esta posibilidad en relación con el procedimiento para la concesión de la Renta Básica de Inserción.

Este Órgano Consultivo comparte tal propuesta, ya que debido a las características del colectivo al que van dirigidas las ayudas, resulta conveniente que la Administración disponga de la posibilidad de iniciar de oficio el procedimiento de concesión.

b) Sin perjuicio de lo anterior se detecta una cierta confusión en la redacción de los apartados 1, 2 y 3, que dificulta su interpretación. El precepto se clarificaría si en la redacción se observasen las siguientes sugerencias:

- En un solo apartado, el 1, debe regularse la iniciación, estableciendo que lo será a instancia del interesado y -si se acepta la sugerencia hecha tanto por el CES como por este Consejo- de oficio a propuesta de los Centros de Servicios Sociales correspondientes. En este mismo apartado se indicará que la solicitud se formulará según modelo normalizado aprobado reglamentariamente, señalando, asimismo, los lugares en los que se facilitará.

- En otro apartado, el 2, se indicarán los órganos en los que pueden presentarse las solicitudes: Centros de Servicios Sociales, otras dependencias administrativas de servicios sociales y en los lugares a los que se refiere 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).

- En un apartado 3 se regulará la obligación de remisión de la documentación presentada, que podría contemplar la siguiente distinción:

1ª. Si el órgano receptor participa de la organización administrativa de servicios sociales, a la que se le presume un conocimiento sobre el procedimiento de tramitación de la ayuda, puede acogerse la sugerencia del CES y establecer que la remisión se hará a los Centros de Servicios Sociales, porque así se conseguirá una mayor agilidad en la tramitación.

2ª. Si, por el contrario, la documentación se ha presentado en alguno de los lugares a los que se refiere el artículo 38.4 LPAC, resulta más adecuado que la remisión se efectúe al IMAS, órgano competente para resolver.

c) El apartado 5 de este precepto reza así: *“Si la solicitud de iniciación no va acompañada de la documentación necesaria para la justificación de los requisitos exigidos en la presente Ley, las unidades administrativas receptoras de aquella podrán recabar de los interesados cuanta documentación fuere precisa para completar el expediente”*.

Al respecto el CES afirma que el precepto debería establecer que esas unidades administrativas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 LPAC, deberán (y no, podrán) recabar de los interesados dicha documentación, ya que la finalidad de la citada disposición es evitar demoras innecesarias en la tramitación de los expedientes administrativos. La sugerencia no fue aceptada por la Subdirección de Pensiones, Ayudas y Programas de Inclusión, por estimar que *“la redacción actual cumple adecuadamente con el objetivo pretendido. La utilización del art. 71 se debe, a nuestro juicio, utilizar tan sólo por el órgano con capacidad para resolver”*.

Aunque en ningún momento se indica cuál sea el objetivo al que da satisfacción el precepto, lo que sí parece incuestionable es que por “unidad administrativa receptora” ha de entenderse, en última instancia, al Centro de Servicios Sociales, de ahí que resulte más apropiado trasladar este precepto al siguiente artículo, en un apartado 3, con la siguiente o similar redacción:

“Si la solicitud no va acompañada de la documentación necesaria para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos legal y reglamentariamente para la concesión de la Renta Básica de Inserción, el Centro de Servicios Sociales requerirá al interesado para que complete la documentación”.

-Artículo 20.

Si se ha aceptado la sugerencia que se formula en el apartado c) del comentario al artículo 19, en el que ahora se analiza se introducirá un nuevo apartado 3, y se procederá a reenumerar los siguientes.

-Artículo 21.

El contenido del apartado 2 es una reproducción del artículo 79.1 LPAC, si bien en aquel caso se fija como momento para formular alegaciones, aportar documentos u

otros elementos de juicio, cualquiera anterior al trámite de audiencia. Tenor al que debe ajustarse la redacción del artículo cuyo comentario nos ocupa.

-Artículo 22.

En relación con el apartado 2 cabe dar por reproducida la anterior consideración, si bien esta vez referida al artículo 112.1 LPAC.

- Artículos 24 a 32, inclusive.

Agrupados en el Capítulo VIII, bajo la rúbrica de Régimen de infracciones y sanciones, estos preceptos establecen un régimen sancionador específico en relación con la RBI y demás medidas de inserción, apartándose así del régimen general que se contiene en la LSSSRM. La primera cuestión que plantea esta opción es la falta de justificación para efectuar dicha separación. En efecto, las posibles dificultades que la aplicación del régimen general pueda acarrear en el ámbito de la RBI, tanto desde el punto de vista objetivo (ayudas concedidas en situaciones de extrema necesidad), como subjetivo (colectivos en situación de exclusión social), no han sido debidamente abordados a lo largo de la tramitación del Anteproyecto.

Sin perjuicio de lo anterior, de mantenerse este sistema sancionador específico se tendría que conservar el rango legal de la norma proyectada, por imperativo de la reserva de ley que sobre el derecho administrativo sancionador promulga el artículo 25.1 de nuestra Constitución.

Consideración especial merecen los artículos 26,b) y 27, a), que al tipificar como falta grave y muy grave, respectivamente, “*el haber sido sancionado por la comisión de tres infracciones leves, en un tiempo no superior a un año*” en el primer caso, o “*haber sido sancionado por la comisión de dos infracciones graves en un tiempo no superior a un año*” en el segundo, contravienen la garantía que representa el principio *non bis in idem* en su vertiente material o sustantiva, en la medida en que mediante dichos preceptos se posibilita la duplicidad en el castigo a una determinada persona (el infractor), mediante la imposición de una doble sanción por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento.

Esta apreciación es confirmada por la doctrina del TC contenida en varias de sus sentencias, entre las que cabe citar la núm. 6.318, de 14 de septiembre de 2005, dictada al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con el artículo 27.3, j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que tipificaba como falta muy grave el haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el período de un año, es decir, por un tipo idéntico al de los del Anteproyecto que ahora se analiza.

Según el Alto Tribunal el principio *non bis in idem* tiene una doble dimensión: la sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto en más de una ocasión por el mismo hecho y con el mismo fundamento, y que tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada; y la formal, que proscribía la duplicidad de procedimientos sancionadores en el caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Este principio, en palabras del TC, es aplicable no sólo para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, sino también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados.

La relación existente entre este principio y la agravante de reincidencia también ha sido objeto de un pronunciamiento del TC en la sentencia 150/1991, de 4 de julio, en la que afirma que es una opción legítima y no arbitraria del legislador 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 que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador para el segundo o posteriores delitos, bien para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia queda, por tanto, fuera del círculo propio del principio *non bis in idem*.

Partiendo de esta doctrina, se hace preciso, pues, analizar el contenido de los preceptos antes mencionados, con el fin de determinar si sirven, en primer término, para sancionar en el ámbito administrativo asistencial (y más concretamente, el relativo a la prestación de la RBI) un hecho o unos hechos distintos a los ya sancionados con anterioridad por las tres infracciones leves (apartado b) del art. 26), o por las dos graves (apartado a) del art. 27), cometidas por un mismo sujeto en la misma esfera asistencial, o, por el contrario castiga los mismos hechos; y, en segundo lugar, si, aun tratándose de los mismos hechos, la pluralidad de sanciones previstas viene justificada porque la sanción impuesta por la autoría de una falta grave o muy grave pudiera estar destinada a proteger un bien o interés jurídico distinto al tutelado por las tres o dos sanciones con las que ya se hayan castigado las infracciones leves o graves cuya comisión en el plazo de un año integra los tipos grave o muy grave que estos preceptos tipifican, o si, por el contrario, las sanciones graves o muy graves tienen el mismo fundamento que las sanciones leves o graves previamente castigadas.

Se trata, pues, de comprobar si existe la identidad de sujeto, hechos y fundamentos, que haría incurrir a estos preceptos en una infracción del principio *non bis in idem*. La identidad del sujeto se desprende, sin mayor esfuerzo hermenéutico, del propio tenor del articulado, ya que en todos los casos lo sería el titular de la prestación. En cuanto a los hechos también se aprecia su identidad, ya que los tipos objeto de análisis no sancionan una acción nueva del mismo infractor, más bien lo que persiguen es sancionar, siguiendo un procedimiento disciplinario específico, hechos anteriores que ya han sido castigados con la imposición de tres sanciones leves o de dos sanciones graves, según el caso. Finalmente, tampoco se observa que el fundamento que ampararía estas sanciones sea distinto del que dio cobertura a las impuestas con ocasión de las primeras infracciones; en ambos casos el interés jurídicamente protegido sería el mismo: asegurar el correcto desenvolvimiento de la prestación de la RBI.

En definitiva, los artículos 26, b) y 27, a) del Anteproyecto resultan contrarios a la garantía que representa el principio *non bis in idem* en su vertiente sustantiva, en la medida en que mediante ellos se posibilita la duplicidad del castigo a un mismo sujeto, por la comisión de unos mismos hechos y respondiendo las sanciones impuestas a un mismo fundamento.

Lo anterior no obsta para que, como dice el TC, mediante la figura de la reincidencia se pueda castigar el plus de desvalor que supone el reiterado incumplimiento de las reglas jurídicas establecidas para asegurar el correcto desenvolvimiento de la prestación asistencial. Por ello puede recogerse en el artículo 29, es decir, en sede de graduación

de sanciones, la agravación por reincidencia en la comisión de infracciones tipificadas en el Anteproyecto. De esta forma, los hechos anteriores no vuelven a castigarse, pero sí se tienen en cuenta para sancionar más gravemente la comisión de una nueva infracción respecto de la cuál su autor es reincidente.

Por otro lado, no se comprende a qué complementos se está refiriendo el apartado d) del artículo 25. Si se trata de las medidas complementarias de carácter económico del artículo 43, o de las ayudas e incentivos del artículo 10.6, o de cualesquiera otros que vengan recogidos en el Anteproyecto, debe especificarse con la correspondiente mención al precepto que los regule.

Si a tenor de lo establecido en la Disposición Adicional Tercera, las ayudas asistenciales han sido excepcionadas del régimen jurídico regulador de las subvenciones públicas, no procede contemplar como circunstancia agravante para la graduación de las sanciones “la comisión repetida de infracciones en la obtención de subvenciones públicas” (art. 29.1, c).

Finalmente, el artículo 32 prevé el establecimiento, mediante reglamento, de los órganos competentes para la iniciación, instrucción y resolución. Parece olvidar aquí el redactor de la norma que dichos órganos ya se determinan con carácter general en el Decreto 131/2005, de 25 de noviembre, por el que se regula el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de Servicios Sociales. Si la prestación de la RBI presenta singularidades que justifiquen apartarse de las reglas generales que, tanto para el procedimiento como para la determinación de los órganos competentes, se contienen en el citado Reglamento, dicha circunstancia debe justificarse porque, como ya decíamos antes, el ordenamiento jurídico no es un mero conglomerado de normas, sino un conjunto armónico en el que aquéllas se integran precisamente para dotarlo de coherencia.

-Artículo 33.

Tras regular el procedimiento para el reconocimiento de la prestación (Capítulo VII) y el régimen de infracciones y sanciones (Capítulo VIII), el presente artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en los anteriores, declara aplicables las disposiciones de la LPAC referidas a procedimientos administrativos, revisión de actos en vía administrativa y potestad sancionadora. Se trata de una declaración de supletoriedad que debería tener su asiento en una Disposición Final y no en el articulado de la Ley (apartado c) de la Directriz 42).

-Artículo 34.

Como quiera que entre las medidas de inserción figuran los Programas de integración laboral, deberían éstos incluirse en la definición que sobre las primeras hace el presente artículo.

-Artículo 36.

En el apartado 1 se indica como órgano competente para la aprobación de los proyectos individuales de inserción a los servicios municipales de servicios sociales, y el apartado 4 establece que en las normas de desarrollo de la Ley se contemplarán los supuestos en los que dichos proyectos puedan ser elaborados por entidades administrativas o sociales distintas de los servicios sociales de atención primaria. Por coherencia con la

terminología usada en el texto del Anteproyecto, y en consonancia con lo preceptuado en el artículo 9.2 de la LSSSRM, ambas expresiones deben sustituirse por la de Centros de Servicios Sociales.

En relación con la remisión reglamentaria que se contiene en el apartado 4 cabe dar por reproducidas las observaciones que se contienen en el comentario al artículo 16, sobre la necesidad de incorporar en el texto legal, al menos, las pautas a las que habrá de ajustarse el reglamento para ser fiel desarrollo de la Ley.

Una última observación, ésta de índole gramatical, merece el apartado 4 del precepto, y se concreta en la conveniencia de reemplazar la expresión “sean” por la más correcta de “puedan ser”.

-Artículo 40.

En el apartado primero de este precepto se establece que cada Centro de Servicios Sociales deberá mantener un registro de los proyectos individuales de inserción, según un modelo normalizado. Añadiendo en el apartado segundo que *“cuando se trate de proyectos elaborados para beneficiarios de esta Ley, el Centro de Servicios Sociales deberá informar al Instituto Murciano de Acción Social del desarrollo de aquéllos por períodos semestrales”*.

Si bien es cierto que no resulta difícil deducir que por “beneficiarios de esta Ley” se ha de entender a los destinatarios de la prestación de la RBI, se considera oportuno que esa aclaración conste expresamente con el fin de dotar a la norma de mayor claridad. Incluso, si así se considera adecuado, se podría hacer una remisión al artículo 36.3, de modo que la redacción de este apartado quedase de la siguiente forma: *“Cuando el destinatario del proyecto se encuentre en alguna de las categorías contempladas en el artículo 36.3 de esta ley, el Centro de Servicios Sociales deberá informar semestralmente al Instituto Murciano de Acción Social del desarrollo de dichos proyectos”*.

- Artículos 41 a 45, inclusive.

Agrupados en el Capítulo II del Título III, y bajo la rúbrica “Otras medidas de inserción”, se contiene en estos preceptos la regulación de los llamados “Programas de integración social”, “Programas de integración laboral”, “Medidas complementarias de carácter económico”, “Planes para la inclusión Social” y “Atención preferente”.

El primer comentario que se puede hacer respecto de estos preceptos es su ambigüedad, así como una cierta inconexión entre las distintas medidas que se configuran. El Capítulo precisaría, a juicio de este Consejo, una revisión en profundidad con el objeto de establecer con claridad las bases esenciales de estas prestaciones, de modo que las remisiones a un posterior desarrollo reglamentario no constituyan una habilitación genérica que desvirtúe la naturaleza de la relación que ha de existir entre la norma reenviante y la reenviada, en los términos que ya se han indicado en el cuerpo del presente Dictamen.

La cuestión no es en absoluto baladí. No podemos olvidar que realmente la RBI tiene un carácter meramente instrumental en relación con las medidas de inserción que constituyen el verdadero motor para lograr la integración personal, social y laboral del colectivo al que van dirigidas. Estas medidas pueden agruparse en dos grandes bloques. El primero, integrado por las medidas destinadas a recoger una inserción personal y

social, intenta solucionar problemas de desestructuración, de convivencia, de relaciones con el entorno, etc., de ahí que tengan un carácter educativo y de promoción personal. El segundo, contempla medidas de motivación, orientación y formación ocupacional o profesional, con el fin de posibilitar el acceso de sus destinatarios al mercado laboral, cuyo logro exige configurar un empleo social protegido, un sistema de subvenciones a empresas, y la configuración de empresas sociales, entre otras

A título meramente ilustrativo se señalan a continuación algunos de los aspectos que se deberían aclarar o regular con más detalle:

a) La determinación de los órganos que han de elaborar y aprobar estas medidas debe incluirse en el Anteproyecto.

b) Se señalan como posibles destinatarios de estas medidas a los perceptores de “ayudas periódicas de inserción” (art. 41.3 y 42.3.) distintas de la RBI, sin que se precise de qué ayudas se trata, ni se justifiquen las razones que motivan su inclusión en una norma destinada a regular la RBI.

c) La redacción del artículo 43 sólo permitiría -como acertadamente interpretó en su momento el CES-, conceder las ayudas de tipo económico que en él se prevén a los perceptores de la RBI de las que se consideran complementarias. Si como se desprende del informe de la Subdirección de Pensiones, Ayudas y Programas de Inclusión, la finalidad es atender situaciones o necesidades urgentes de las personas que estén desarrollando un proyecto individual de inserción, independientemente de que sean o no titulares de RBI, debe recogerse así expresamente.

d) Establecer, como hace el artículo 44, que los Planes para la Inclusión Social se elaborarán periódicamente, sin concretar los intervalos en los que se producirán, supone una inconcreción impropia de un texto normativo. Sería aconsejable fijar una periodicidad determinada o bien asociarla a la que se siga para el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social.

- Artículo 49.

Se afirma en este precepto que la Comisión de Coordinación estará presidida “por la Consejería competente en materia de servicios sociales”, cuando debería decir “por el titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales”.

B) A la parte final.

- Disposición Adicional Cuarta.

En su apartado 2 habilita a la Consejería competente en materia de Servicios Sociales para modificar los porcentajes que en relación al IPREM figuran en el artículo 10.2 de la ley y en sus normas de desarrollo.

Carece de sentido blindar el porcentaje mínimo del 70% del IPREM en relación con el desarrollo reglamentario de la Ley, para luego permitir que el Consejero, mediante Orden, pueda alterar ese porcentaje.

En cuanto a la posibilidad de que pudiera hacerlo en relación con el que se estableciese en el Reglamento (que forzosamente tendría que situarse en el tramo comprendido entre el 70 y el 100%), sólo cabría para supuestos excepcionales debidamente justificados, que deberían en cualquier caso explicitarse en el texto legal.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencia, en los términos que se señalan en el apartado I de la Consideración Segunda, para regular el régimen jurídico de la RBI, concebida como un derecho no sólo a una prestación económica, sino también a percibir apoyos personalizados para la inserción social y laboral de las personas en riesgo de exclusión social.

SEGUNDA.- El rango más apropiado de la norma que se pretende aprobar sería el de Decreto de desarrollo de la LSSSRM, en los términos que se indican en la Consideración Segunda, II. No obstante, se habrá de conservar el rango legal si se considera necesario mantener en el Anteproyecto tanto un régimen sancionador específico para la RBI (Consideración Quinta, comentario a los artículos 24 a 32), como la inclusión de una Disposición Adicional en la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Consideración Cuarta, II).

En el supuesto de que la norma siga configurándose como Ley, resultaría necesario introducir en las LSSSRM las modificaciones precisas para lograr la debida coherencia entre ambos textos legales (Consideración Segunda, II, 2ª). Esta observación se formula con carácter sustancial a los efectos del artículo 61.3 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.

TERCERA.- Una completa instrucción del procedimiento hubiera requerido una consulta más amplia, por las razones expresadas en la Consideración Tercera.

CUARTA.- Recomendamos introducir el resto de correcciones que, por razón de contenido, sistemática o redacción, se sugieren en las Consideraciones Cuarta y Quinta del presente Dictamen:

- La realizada sobre la necesidad de revisar el contenido de los artículos 2 y 7, con el fin de eliminar cualquier duda que puedan suscitar sobre una posible discriminación de los extranjeros en cuanto a su condición de potenciales titulares de la RBI (Consideración Quinta, II, A), 1), 3ª).

- La realizada sobre la necesidad de revisar el texto con el fin de corregir las erróneas utilizations que se hayan podido hacer de los términos titular, beneficiario y perceptor de la RBI (comentarios a los artículos 2, 5 y 6, que se recogen en la Consideración Quinta).

- La que se contiene en el comentario efectuado al artículo 12 en relación con la ubicación de los preceptos destinados a regular la obligación de reintegro.

- La que se refleja sobre la necesidad de que la remisión reglamentaria que se contiene en el artículo 16. b) incorpore las pautas a las que deba ajustarse el reglamento para establecer los supuestos en los que el fallecimiento del titular de la RBI no constituya causa de extinción de la prestación.

- Las que se indican en los comentarios sobre los artículos 21 y 22, sobre la necesidad de adecuar su contenido a los preceptuado en los artículos 79.1 y 112,1 LPAC.

- La realizada sobre la necesidad de suprimir los artículos 26, b) y 27, a), por contravenir su contenido el principio *non bis in idem*.

- La que se contiene en el comentario que se efectúa en relación con el artículo 33, relativa a la necesidad de que el contenido de este precepto, en tanto que se trata de una declaración de supletoriedad, debería tener su asiento en una Disposición Final.

- La que se refleja sobre la necesidad de que la remisión reglamentaria que se contiene en el artículo 36.4 incorpore las pautas a las que deba ajustarse el reglamento para establecer los supuestos en los que los proyectos individuales de inserción puedan ser elaborados por entidades administrativas o sociales distintas de los Centros de Servicios Sociales.

- Las que se indican sobre la necesidad de que el contenido de la Disposición Adicional Tercera figure como una Disposición Adicional en la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; así como que se determine con precisión la materia excluible, para lo que debe citarse con su denominación y normativa completa las ayudas que, por concurrir, la falta de afectación, no serían calificables estrictamente como subvenciones a los efectos de la Ley básica estatal sobre subvenciones.

- La realizada sobre la necesidad de suprimir en la Disposición Adicional Cuarta la habilitación al titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales, para modificar el porcentaje fijado en el artículo 10.2 del Anteproyecto (Apartado II, B) de la Consideración Quinta).

- La que sobre la misma Disposición Adicional Cuarta se señala en orden a la necesidad de que la habilitación al titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales, para modificar el porcentaje sobre el IPREM que se estableciese en el Reglamento de desarrollo de la Ley, tendría que ceñirse a supuestos excepcionales debidamente justificados que deberían explicitarse en el Anteproyecto (Apartado II, B) de la Consideración Quinta).

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 190/06.- Reconocimiento de obligaciones sin fiscalización previa contraídas por las obras de ampliación de 14 aulas en el I.E.S. “Poeta Julián Andujar” de Santomera (Murcia).

Consultante : Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 28/12/06

Extracto de Doctrina

El principio esencial que debe preservarse en todo caso es el de que la obra debe ejecutarse conforme con el proyecto aprobado por el órgano de contratación, con las modificaciones que éste hubiera aprobado posteriormente. A partir de esta prescripción legal, el artículo 160 RGLCAP ha de interpretarse de acuerdo con el conocido criterio o regla que configura al reglamento como un “complemento indispensable” para conseguir un fiel cumplimiento de lo establecido en la ley que lo habilita, sin que pueda extralimitarse de tal función ni, por tanto, modificar el recto alcance de los preceptos legales de que se trate.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de junio de 2004 se formalizó contrato para la ejecución de las “*Obras de ampliación de 14 aulas en el Instituto de Educación Secundaria (I.E.S) “Poeta Julián Andúgar”, de Santomera (Murcia)*” por importe de 895.102 euros.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de marzo de 2005, el órgano de contratación dispone, a la vista de la solicitud en tal sentido de la Dirección Facultativa, autorizar la redacción de un proyecto modificado de las obras, así como la suspensión temporal parcial de las mismas. En cumplimiento de tal mandato, en julio de 2005 queda redactado el proyecto modificado 1º de las obras de referencia, supervisado por el Servicio de Proyectos y Construcciones con fecha 17 de agosto de 2005, siendo éste el último trámite que consta en el expediente de modificación, por lo que no llegó a ser aprobado por el órgano de contratación, ni se llegó a producir la consiguiente autorización de gasto ni su previa y preceptiva fiscalización.

TERCERO.- A pesar de ello, y conforme a lo señalado en la memoria final del proyecto, “*al estar dada la autorización del Director General de Enseñanzas Escolares para su realización, la dirección facultativa, con fecha 10 de mayo de 2005 comunica a la UTE adjudicataria de las obras la necesidad de introducir una serie de cambios en el Proyecto, en base al informe emitido con anterioridad. Dichos cambios consisten principalmente en la ampliación de la obra proyectada para ejecutar dos nuevas aulas de informática con tres almacenes anexos a dichas aulas, la ejecución de una red informática y la ejecución de acometidas no previstas y necesarias para la puesta en funcionamiento de las instalaciones proyectadas*”.

CUARTO.- Con fecha 19 de septiembre de 2005, el Consejero de Educación y Cultura, basándose en razones excepcionales de interés público derivadas de la precaria situación de escolarización del alumnado en el centro, dispone acordar la ocupación efectiva de las obras y su puesta en servicio. Con igual fecha, la Intervención General designa a su representante para la comprobación material de la inversión.

El día 20 de septiembre se levanta acta de ocupación de las instalaciones, en la cual se ponen de manifiesto una serie de desperfectos que se consideran de menor importancia y que, por tanto, no desvirtúan el carácter positivo del acto de comprobación material de la inversión. Con la misma fecha se acuerda por el Consejero la puesta en servicio, para su uso público, de las obras de referencia, *“a la vista de la escasa magnitud de los defectos puestos de manifiesto en el Acta de ocupación y la existencia de necesidades educativas en la zona que sólo podrán paliarse mediante la puesta en servicio del Centro”*.

QUINTO.- En abril de 2006 se redacta por el director técnico de las obras una *“Memoria final del proyecto de ampliación de 14 aulas en el I.E.S. “Poeta Julián Andúgar de Santomera”*. De dicha Memoria ha de destacarse su epígrafe 1.1, del que se resume lo siguiente:

“Con fecha 2 de noviembre de 2004, el Director del Centro, D. A. R. B., solicita las siguientes modificaciones del proyecto:

- Adecuación de la cubierta para instalación de placas solares.*
- Colocación de azulejos en los pasillos, que conectan la zona antigua con la nueva.*
- Eliminación del tabique entre dos aulas, para adecuar el espacio resultante a las medidas mínimas de un aula de tecnología.*

Solicitada autorización por parte de la Dirección Facultativa al Director General de Enseñanzas Escolares, D. J. J. G. M., se autoriza, a través del Subdirector General de Centros, D. J. J. P. M., la colocación de azulejos, así como la eliminación del tabique. Dichas obras se realizan de acuerdo con lo especificado en el art. 160 de R.G.L.C.A.P.

Con fecha 14 de diciembre de 2004, el Director del Centro remite escrito al Director General de Enseñanzas Escolares solicitando las siguientes modificaciones del proyecto:

-Cerrar el espacio correspondiente al porche en planta baja para habilitarlo, en principio, como 4 aulas y que se construya un espacio similar cubierto para guarecerse de la intemperie y, continúa, para cumplir con la normativa vigente.

-Con fecha 17 de enero de 2005 por Orden del Consejero de Educación y Cultura se autoriza la ampliación del plazo de ejecución de las obras en 3 meses.

-Con fecha 4 de marzo de 2005 se remite comunicación interior al Servicio de Contratación para iniciar los trámites para la correspondiente autorización de redacción del proyecto modificado, una vez autorizada la mencionada modificación, que no ampliación, por el Subdirector de Enseñanzas Escolares.

Tras solicitud de informe técnico por parte del Servicio de contratación, se envía en fecha 9 de marzo de 2005.

-Con fecha 10 de marzo de 2005 se autoriza la redacción del proyecto modificado, y (1a) suspensión temporal parcial de las obras.

Una vez cumplimentado y realizado el proceso de redacción del anteproyecto de modificado de 4 aulas y su adaptación a la obra ejecutada, tras una nueva solicitud del director del centro de realización de otra propuesta distinta, y tras varias propuestas más, se acuerda finalmente la realización de la última, consistente en realizar y encajar

dos aulas de mayor tamaño y tres almacenes. Al estar dada la autorización del Director General de Enseñanzas Escolares para su realización, la dirección facultativa, con fecha 10 de mayo de 2005 comunica a la UTE adjudicataria de las obras la necesidad de introducir una serie de cambios en el Proyecto, en base al informe emitido con anterioridad.

Dichos cambios consisten principalmente en la ampliación de la obra proyectada para ejecutar dos nuevas aulas de informática con tres almacenes anexos a dichas aulas, la ejecución de una red informática y la ejecución de acometidas no previstas y necesarias para la puesta en funcionamiento de las instalaciones proyectadas.

Como parte de las partidas de la modificación propuesta coinciden con las existentes en proyecto, esta dirección facultativa introduce dicha variación en la obra, según lo estipulado en el art. 160 del R.G.L.C.A.P para la ejecución de las mismas, y hasta que el número de unidades de obra no representen un gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato.

Con fecha 26 de julio de 2006, y una vez cumplimentado el proceso de adaptación de la obra ejecutada a la nueva solicitud del Director del Centro, se realiza la remisión del proyecto de modificación completo al Órgano de Contratación.

Con fecha 17 de agosto de 2006 se realiza la supervisión y aprobación técnica del proyecto por la arquitecta D. R. C. B..

Se realizan las obras restantes del modificado propuesto”.

Incluye también la citada Memoria las mediciones finales de la obra efectivamente realizada y su comparación con las previstas en el proyecto inicial, resultando un incremento sobre lo inicialmente adjudicado de 199.417'40 euros. Habida cuenta que, frente a un importe de adjudicación original de 895.102 euros, en las certificaciones ordinarias se había acreditado 856.819'53 euros, resulta un importe pendiente de certificar de 38.282'47 euros que, sumados a la diferencia entre lo proyectado y lo efectivamente ejecutado, da lugar al importe consignado en la certificación final expedida por el Director de las Obras el 21 de febrero de 2006, consistente en 237.699'87 euros.

SSEXTO.- Con fecha 25 de abril de 2006, el Servicio de Infraestructuras de la Secretaría General de la Consejería consultante emite informe en el que, respecto de la certificación final de la obra expedida el 21 de febrero anterior, hace constar que en los valores numéricos que en ella figuran no se advierten errores aritméticos ni elementos contradictorios, indicando, entre otros extremos, que el incremento del importe final de las obras sobre el precio de adjudicación es de un 22'28%.

SÉPTIMO.- En escrito de 7 de julio de 2006, el Servicio de Contratación de la citada Secretaría General, tras exponer sucintamente los antecedentes de la obra, considera que, según la obra realmente ejecutada, se ha producido una modificación del contrato inicial que ha generado un incremento de 199.417'40 euros sobre el precio de adjudicación, y que el artículo 160 del vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) prevé la posibilidad de introducir variaciones en la obra sin previa aprobación de la modificación del contrato cuando tales variaciones consistan en la alteración del número de unidades de obra realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que tales variaciones no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato. Por este motivo,

estima que se ha generado una obligación económica de 109.907'20 euros (resultado de restar un 10% al incremento total antes indicado de 199.417'40), sin que, en su momento, se hubiera realizado la previa y preceptiva fiscalización del expediente de gasto. A partir de ello, y estimando que, conforme al Dictamen 44/2000 de este Consejo Jurídico, dicha infracción de las normas presupuestarias puede ser denunciada por cualquier órgano de la Administración, formula una propuesta para que el expediente sea sometido a la consideración de la Intervención Delegada y emita el especial informe a que se refiere el artículo 33.2 del Decreto regional 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).

OCTAVO.- Remitido el expediente a la citada Intervención Delegada, el 20 de julio de 2006 emite informe en el que expone, en primer lugar, que *“si bien no se acompaña para su fiscalización una propuesta de reconocimiento de la obligación, se entiende que la intervención del centro gestor al instar el procedimiento es eliminar el obstáculo derivado de la no aprobación del proyecto modificado, para posteriormente proceder al pago del mismo. Nos encontramos en este caso con un procedimiento, que frente a lo previsto en su regulación, no se inicia de oficio por el órgano de control, sino a instancias del centro gestor, lo que de conformidad con el dictamen del Consejo Jurídico número 44/2000, produce una distorsión en la tramitación del expediente”*.

No obstante lo anterior, el Interventor entra en el fondo de la cuestión planteada y se muestra de acuerdo con la mencionada propuesta del órgano gestor en el sentido de que, con la ejecución de obras sin la previa aprobación de la modificación del contrato por el órgano de contratación, y habiendo sido aquéllas aceptadas de conformidad por la Administración, se contrajo con el contratista la obligación de su pago, que procede efectuar so pena de provocar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla. Obligación contraída sin que, previamente, se hubiera solicitado y realizado la preceptiva fiscalización del gasto adicional que comportaban tales obras. Por ello, estima que no procede anular los actos viciados por tal omisión, sino actuar conforme a lo establecido para estos casos en el invocado artículo 33 RCI, es decir, que la Consejería en cuestión recabe del Consejo de Gobierno la preceptiva autorización para reconocer a efectos internos dicha obligación económica, y así poder proceder a la fiscalización de conformidad de la certificación final y posteriormente su abono al contratista. No obstante, en lo que se refiere a la cantidad cuyo reconocimiento debe ser autorizado por el Consejo de Gobierno, el Interventor recuerda que *“en este punto conviene poner de manifiesto 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”*.

Sigue diciendo el Interventor que *“dado que en la antes citada Memoria Final del Proyecto, y como se pone de manifiesto en el Antecedente Sexto de este informe, se recogen conjuntamente las variaciones sobre las mediciones inicialmente previstas en el proyecto y las nuevas partidas introducidas como consecuencia de la ejecución material del proyecto modificado que no se llegó a aprobar, se hace necesario que por el Director de las Obras se desglose separadamente qué cantidades de las adicionalmente previstas corresponden a*

excesos de medición respecto del proyecto inicialmente aprobado pero sin exceder del 10% que autoriza el artículo 160.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, diferenciándolas de las cantidades ocasionadas por la ejecución del proyecto modificado no aprobado, o que correspondan a mediciones de unidades de obra inicialmente previstas en el proyecto y excedan del citado 10%. Cantidades estas dos últimas que serán, propiamente, a las que se refiera la presente omisión de fiscalización” (es decir, las que deberán incluirse en la propuesta a elevar al Consejo de Gobierno).

NOVENO.- Mediante oficios de 28 de julio y 15 de septiembre de 2006, la Vicesecretaria de la Consejería requiere del Servicio competente la emisión del informe a que se refiere la Intervención Delegada en el suyo antes citado, sin que conste que haya sido evacuado.

DÉCIMO.- El 28 de septiembre de 2006, el Secretario General de la Consejería emite el informe a que se refiere el número 3 del citado artículo 33 RCI, es decir, la Memoria explicativa de la omisión fiscalizadora padecida en su día y las observaciones que estima oportunas respecto del informe de la Intervención. En dicha Memoria, y tras resumir los antecedentes ya reseñados, reitera la invocación del artículo 160.1 RGLCAP a los efectos de justificar que la cantidad que debe ser sometida a la autorización del Consejo de Gobierno es el total incremento del precio minorado en un 10%, por considerar que la ejecución de dicho porcentaje de gasto (de las unidades de obra que lo generan) podía ser acordado en su día sin necesidad de aprobar previamente la modificación del contrato y, por tanto, sin que para tal cantidad fuese preceptiva la previa fiscalización.

UNDÉCIMO.- El 2 de octubre de 2006, el Consejero de Educación y Cultura formula propuesta de Acuerdo al Consejo de Gobierno, cuya parte dispositiva expresa lo siguiente:

“Autorizar a la Consejería de Educación y Cultura para reconocer la obligación con la U. T. E. formada por S., S.A. I. C. Y S. y E., S.L., CIF: X, correspondiente a la modificación de la contratación de las OBRAS DE AMPLIACIÓN DE 14 AULAS EN EL I.E.S. “POETA JULIÁN ANDÚGAR” DE SANTOMERA (MURCIA), por un importe adicional de 109.907’20 euros, con cargo a la partida 15.04 00 421^a62100, proyecto nº 33177 del Presupuesto vigente para esta Comunidad Autónoma”.

DUODÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 27 de octubre de 2006, el citado Consejero solicita de este Consejo Jurídico la omisión 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 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 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 sustancialmente con las prescripciones que para este específico procedimiento se contienen en el ya citado artículo 33 RCI.

No obstante lo anterior, debe insistirse, en línea con lo expresado en el Dictamen 44/2000 (de cita conjunta del órgano gestor y de la Intervención Delegada), que el primero de dichos órganos no ha de formular una solicitud para que el segundo emita el informe a que se refiere el citado artículo 33, pues ello no es la mera “denuncia” de una situación irregular (la omisión de la previa fiscalización de un gasto contraído), a que nos referimos en el citado Dictamen, sino una formal incoación de un procedimiento incidental (el regulado en dicho precepto) que sólo puede ser acordada por la Intervención. Aun cuando esta cuestión tenga un predominante carácter formal, ha de insistirse en que el órgano gestor ha de proceder conforme a las reglas ordinarias, esto es, solicitar formalmente de la Intervención la fiscalización de la correspondiente certificación o documento de gasto de que se trate y, en el supuesto de que haya advertido la omisión de fiscalización a que se refiere el artículo 33 RCI, a tal solicitud de fiscalización podrá acompañar un informe (no una solicitud de informe a la Intervención) en el que se limite a “denunciar” o poner de manifiesto, con el detalle que estime oportuno, la previa omisión fiscalizadora, para que tal circunstancia pueda ser tenida en cuenta por la Intervención a los efectos que ésta considere (que, en hipótesis, podría estimar procedente la fiscalización de la certificación y no la emisión del informe a que se refiere el tan repetido artículo 33 RCI).

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 (vgr. 50/1998, 44/2000 y 164/2002, entre otros), las obras efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el facultativo representante de la Administración, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla. Así, en el presente caso, la recepción de la totalidad de las obras ejecutadas y la expedición de la certificación final a que se refiere el artículo 147 TRLCAP, acreditan la conformidad administrativa con las obras realizadas, sin perjuicio de la subsanación de las deficiencias (menores) que se advirtieron en el momento de la recepción.

CUARTA.- La subsanación de la omisión de los trámites de la previa y preceptiva fiscalización y de aprobación del gasto: el alcance de la autorización del Consejo de Gobierno.

I. Como dijimos en el citado Dictamen 50/1998 para un caso análogo, “*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 de 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 3.854/1970, de 31 de diciembre, pueden introducirse como “reajustes” sin necesidad de un previo expediente de modificación contractual.*”

En efecto, como se sabe, dicha cláusula permite incluir en la liquidación provisional (hoy, según el artículo 147 TRLCAP, en la certificación final) sin necesidad de tramitar previamente el correspondiente expediente de modificación, las variaciones en el número de unidades de obra realmente previstas sobre las cubicaciones del proyecto, siempre que su importe no supere el 10% del precio del contrato. Se trata del supuesto en que se produzca una alteración del número de unidades de obra debidas normalmente a la corrección de las mediciones finales de lo ejecutado. Son lo que se conoce habitualmente como “reajustes” normales de la liquidación. Y, sin perjuicio de que el gasto añadido que pudieran ocasionar haya de ser autorizado previamente a la aprobación de dicha liquidación, el hecho de que se prevea como una excepción a la regla general del previo expediente modificativo, permite sostener que los actos que dieron lugar a tal exceso no han de considerarse comprendidos en el supuesto previsto en el artículo 32 del Real Decreto 2188/1995, debiendo entenderse excluidos del procedimiento “convalidatorio” allí regulado. De otro modo, todo reajuste de liquidación que supusiera un incremento de gasto, por mínimo que fuera, habría de seguir este especial procedimiento, lo que no responde a la finalidad de la citada norma. Así se desprende, además, del informe de 20 de marzo de 1975 de la Intervención General del Estado y del Dictamen de 3 de junio de 1971 del Consejo de Estado, que estableció que “hay que acudir al expediente convalidatorio por el Consejo de Ministros cuando un adicional de liquidación de obras excede de lo que constituye el normal ajuste entre la obra efectuada y el presupuesto en vigor”, es decir al Decreto de 3 de marzo de 1925, antecedente del hoy vigente de 1995”.

Tales consideraciones han de mantenerse hoy (sustituyendo la referencia a los Decretos allí consignados por la del vigente RCI, y la de la Cláusula 62 citada, por la del artículo 160 RGLCAP) y requieren determinar la naturaleza de las obras de modificación o de variación de que en cada caso se trate.

A este fin se dirigió el informe que, correctamente, estimó la Intervención Delegada que debía recabarse del director facultativo de las obras (Antecedente Octavo) y que no fue emitido a pesar de haber sido solicitado por la Vicesecretaria de la Consejería consultante, y ello por entender ésta después, según se dijo, que a estos efectos bastaba con minorar en un 10% la cantidad a que ascendía el incremento global del precio finalmente resultante tras la finalización de las obras.

Sin embargo, tal proceder no resulta admisible, pues no se ha justificado que, del total de la mencionada cantidad, exista al menos un 10% de la misma que se deba a las “variaciones” a que se refiere el artículo 160 RGLCAP, precepto que no ampara, como por el contrario parecen entender el Director facultativo de las obras en la Memoria final del proyecto y el Servicio de Contratación, la ejecución, por cualquier causa de interés público, de un mayor número de unidades de obra sobre las previstas en las mediciones del proyecto adjudicado, siempre que se respete el límite cuantitativo del 10% señalado en el precepto.

Por el contrario, las “variaciones” a que se refiere el precepto reglamentario sólo pueden consistir, salvo que se incurra en una interpretación del mismo contraria a los artículos 101 y 146.3 TRLCAP, en aquellas que se deban a lo que, desde antiguo, la Intervención General del Estado y el Consejo de Estado, en los informes mencionados en el Dictamen antes transcrito, denominan “reajustes” en las mediciones del proyecto inicial, operaciones que, desde luego, no comprenden lo que deban considerarse auténticas

modificaciones del objeto inicial del contrato, que sólo son posibles previa aprobación de la modificación del proyecto y del contrato por parte del órgano de contratación, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, incluyendo, pues, la preceptiva fiscalización y aprobación del gasto.

En efecto, de los artículos 101 y 146.3 TRLCAP se desprende que las modificaciones de los contratos administrativos, además de tener que obedecer a motivos de interés público, por necesidades nuevas o causas imprevistas debidamente justificadas en el expediente, han de ser acordadas por el órgano de contratación, en cuanto es la voluntad de éste la que representa la voluntad de la Administración sobre los términos en que la obra debe ser construida. Dicha atribución competencial sólo puede ser alterada previa la oportuna delegación de facultades en órganos inferiores, y no enervaría la obligación de cumplir con los trámites previstos en el citado artículo 146.3 TRLCAP (sin perjuicio de supuestos excepcionales, como el regulado en el número 4 de dicho artículo).

Quiere decirse con lo anterior que el principio esencial que debe preservarse en todo caso es el de que la obra debe ejecutarse conforme con el proyecto aprobado por el órgano de contratación, con las modificaciones que éste hubiera aprobado posteriormente. A partir de esta prescripción legal, el artículo 160 RGLCAP ha de interpretarse de acuerdo con el conocido criterio o regla que configura al reglamento como un “*complemento indispensable*” para conseguir un fiel cumplimiento de lo establecido en la ley que lo habilita, sin que pueda extralimitarse de tal función ni, por tanto, modificar el recto alcance de los preceptos legales de que se trate.

Esta función vicarial del reglamento respecto de la ley permite situar en sus justos límites el alcance de las obras que pueden considerarse comprendidas en el ámbito objetivo del artículo 160 RLCAP (el cuantitativo no ofrece dudas, pues se cifra en aquéllas cuyo coste no sobrepase el 10% del precio primitivo del contrato, es decir, el de adjudicación). Así, tales obras serán, como supuesto genuino, las que se detecten o adviertan al efectuar las mediciones (mensuales o final) de las obras efectiva o, como dice el precepto, “*realmente*” ejecutadas. Dada la no infrecuente existencia de errores en las mediciones recogidas en los proyectos, una correcta ejecución de los mismos puede haber dado lugar a una mayor cantidad de obra ejecutada; es decir, que lo que, en un sentido estricto, sería un defecto en la medición proyectada, se compensa con un “*exceso*” de medición, es decir, con más obra, que se ha ejecutado para poder llevar a la realidad precisamente la obra proyectada.

A tal supuesto, y con las debidas cautelas, es decir, considerado con carácter restrictivo, puede equipararse el caso en que, previamente a la ejecución de una parte de la obra, el director facultativo advierta errores técnicos en el proyecto para cuya subsanación deba ordenarse al contratista la introducción de la correspondiente variación en el número de unidades de obra a ejecutar. Pero para no desvirtuar el apuntado régimen legal, es necesario limitar esta facultad en el sentido de que: a) el incremento de unidades de obra se dirija a corregir auténticos y acreditados errores técnicos del proyecto que afecten a sus mediciones; b) que la corrección de tales errores requiera necesariamente la ejecución de esa mayor cantidad de unidades de obra; y c) que este incremento en el número de unidades de obra sea técnicamente imprescindible para conseguir la viabilidad de la obra tal y como fue proyectada, no para ampliarla, mejorarla y atender necesidades nuevas o causas imprevistas (fuera de los indicados errores, claro está). Si no se cumplen tales requisitos, se estará ante verdaderas modificaciones (ya no ante una “*variación*” de

reajuste), por ser alteraciones que no tendrán su causa en los aludidos errores de proyecto y, por tanto, la oportuna decisión deberá ser adoptada por el órgano de contratación, previa tramitación del procedimiento legalmente establecido; otro proceder implicaría apartarse de la voluntad del órgano de contratación, constituyendo una genuina novación, aun parcial, del objeto del contrato. Con estas premisas, habrá de estarse al caso concreto, dada la casuística inherente a la ejecución de obras.

En análoga línea de razonamiento, en fin, ya se pronunció este Consejo Jurídico en el Dictamen 79/2004, al plantearnos *“si el hecho de que la normativa de contratos presume como normales o aceptables errores de medición e incrementos de obra de hasta el 10% no lleva a la habitual consideración de que tal margen es un factor con el que maniobrar en la efectiva ejecución de las obras”*, lo que es especialmente rechazable cuando tales modificaciones son introducidas por órganos o funcionarios que carecen de las facultades del órgano de contratación, y al margen del procedimiento legalmente establecido.

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, se advierte que, por propia declaración del director facultativo de las obras en el citado epígrafe 1.1 de la Memoria (Antecedente Quinto), éste, con la autorización de un Subdirector de su centro directivo (no del órgano de contratación) y a petición del director del colegio de referencia, fue introduciendo, entre otras, lo que cabe calificar como auténticas modificaciones del proyecto, pues no se debieron a errores en las mediciones del mismo, sino a la voluntad de ampliar aún más las obras proyectadas (se supone que por necesidades nuevas debidamente amparadas en razones de interés público, lo que, por cierto, no se justifica debidamente en el expediente remitido).

Un buen ejemplo de la diferente naturaleza de una y otra clase de alteraciones en las obras, a los efectos jurídicos que aquí interesan, se contiene en el epígrafe 1.2 (*“Justificación de las variaciones de medición”*) de la citada Memoria final de las obras y que sirve de base para extender la certificación final cuyo pago ahora se tramita. Así, frente a un auténtico caso de reajuste de mediciones como es el recogido en el Capítulo 3 del proyecto (*“como consecuencia de un error de medición en el proyecto, la nueva medición teórica real supone un incremento en las partidas 3.2 “hormigón en cimentación”, 3.3 “hormigón en losas” y 3.5 “estructura de hormigón”*), en el Capítulo 4 (*“albañilería”*) se expresa que *“se recoge el exceso de medición en fachadas debido a la generación de dos nuevas aulas en la zona destinada a porche”*, que es una genuina modificación del proyecto, introducida a solicitud del director del colegio para que, cerrando el porche previsto, se construyeran dichas dos nuevas aulas, eliminando con ello tal porche, como se recoge en el mismo Capítulo 4 (cuarto párrafo).

Por todo lo anterior, debe concluirse que todos los incrementos en el precio final del contrato que respondan, bien a auténticas modificaciones del proyecto, bien a genuinas variaciones introducidas por reajustes en las mediciones de aquél y que sobrepasen el 10% del precio primitivo del contrato, al no haberse ejecutado previa la preceptiva fiscalización del gasto y aprobación del proyecto y contrato modificado, adolecen de la omisión del trámite fiscalizador que desencadena la necesidad de someter las correspondientes obligaciones económicas a la consideración del Consejo de Gobierno.

En este sentido y con este preciso alcance es como debe exigirse el informe complementario que el Interventor Delegado requiere de la Dirección facultativa de las obras, pues a partir del mismo (elaborado con los indicados criterios de diferenciación

de las obras que generan el incremento del gasto), podrá determinarse la cantidad que, en rigor, debe ser objeto de la subsiguiente propuesta a elevar al Consejo de Gobierno. De no recabarse tal informe no podría considerarse justificada la exclusión de ninguna cantidad sobre la total de incremento del precio final del contrato. Sin perjuicio de ello, también debe decirse que la eventual inclusión en la citada propuesta de Acuerdo del total de dicho incremento (es decir, los 199.417'40 euros), aun implicando una cierta irregularidad (pues ya se ha visto que existen partidas que pueden ser válidamente subsumibles en el supuesto del artículo 160 RGLCAP y por ello excluibles de la propuesta de Acuerdo, aunque no consta que existan suficientes para alcanzar el 10% de tope máximo permitido a estos efectos), no invalidaría la decisión que tomase el Consejo de Gobierno ni, en consecuencia, tampoco la posterior fiscalización de conformidad de la certificación final de las obras. No obstante, el Consejo Jurídico considera que sólo debería procederse así en caso de urgencia en el pago de la misma, esto es, con carácter excepcional y no como usual modo de proceder en esta clase de asuntos.

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 y, por tanto, procede su pago, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Se ha hecho una interpretación y uso incorrecto de la facultad que, para la variación y reajuste de unidades de obra sin previo expediente aprobatorio, prevé el artículo 160 RGLCAP, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- De conformidad con lo requerido por el Interventor Delegado en el informe emitido en el procedimiento objeto del presente Dictamen, procede recabar del Director Facultativo de las obras un informe en el que deberán diferenciarse, conforme con el criterio expresado en la Consideración Cuarta, la naturaleza de las modificaciones y variaciones introducidas en la ejecución del contrato, a efectos de determinar las modificaciones que, por no poderse considerar incluidas en el supuesto amparado por el artículo 160 RGLCAP, habrán de considerarse generadoras de una obligación económica contraída con omisión de su previa fiscalización y, por tanto, incluirse en la propuesta de autorización para el reconocimiento de dichas obligaciones que se eleve al Consejo de Gobierno, sin perjuicio, en su caso, de lo señalado a título excepcional en la mencionada Consideración Cuarta.

CUARTA.- En atención a las precedentes Consideraciones, procede el reconocimiento de la obligación contraída con el contratista, si bien, por lo expresado respecto a la cantidad que debe ser incluida en la propuesta a elevar al Consejo de Gobierno, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 191/06.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. N. G. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante : Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 28/12/06

Extracto de Doctrina

La construcción jurisprudencial y doctrinal acerca de la información que debe conducir a la prestación del consentimiento previo a la acción asistencial, se ha hecho, en gran medida, por referencia a supuestos en los que el daño es el resultado de la materialización de un riesgo de los considerados inherentes a la intervención o previsibles, es decir, aquellos en que la información no alcanza a comunicar al paciente la existencia de un riesgo de los denominados típicos. La consecuencia en tales casos es que la ausencia de consentimiento informado traslada 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, pues al no haber mediado esa información, el consentimiento del enfermo no habría contemplado tal riesgo y, en consecuencia, éste no tiene el deber jurídico de soportar el daño. Ahora bien, las consecuencias de la insuficiente información sobre los riesgos varían cuando el daño responde a la materialización de un riesgo atípico, infrecuente o imprevisible.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 5 de marzo de 2004, D. D. N. G. S. presenta escrito reclamando indemnización por la asistencia médico sanitaria prestada a su marido, D. J. J. S. S., que falleció el 6 de marzo de 2003 como consecuencia de la intervención quirúrgica a que fue sometido, el 4 de febrero anterior, en el Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” de Murcia.

SEGUNDO.- Advertidas diversas deficiencias en la solicitud inicial, se requiere a la reclamante para su subsanación, lo que lleva a efecto mediante escrito de 29 de marzo de 2004.

De conformidad con la reclamante, durante la intervención quirúrgica su esposo sufrió un desgarro de la arteria pulmonar derecha, que estaba pegada a la cara posterior de la aorta, lo cual se debió producir como consecuencia de un fallo en la técnica quirúrgica empleada, y dio origen a una lesión que es tan infrecuente y no habitual como grave. Esta lesión hizo que el paciente permaneciera ingresado en la UCI del Hospital Virgen de la Arrixaca, sin experimentar mejoría alguna, sedado y entubado durante toda su estancia. De hecho, tuvo que ser reintervenido, sufriendo infecciones y múltiples complicaciones, hasta que falleció el 6 de marzo de 2003.

Sigue la reclamante que el paciente, con anterioridad a la intervención, había sufrido un infarto de miocardio en junio de 2001, superándolo y quedando sometido a controles médicos periódicos. Tras una prueba de cateterismo realizada el 11 de diciembre de 2002, le aconsejaron la intervención quirúrgica para un doble injerto coronario, siendo ésta su

única enfermedad, no habiendo padecido nunca afección alguna en la arteria pulmonar donde se produjo el desgarro.

Igualmente, indica que en el consentimiento informado no se aclaró nada sobre la posible complicación, que luego se produjo, en la arteria pulmonar.

Por todo ello reclama la cantidad de 180.000 euros.

Propone prueba testifical de los médicos intervinientes y pericial médica, así como la documental que acompaña a su escrito, compuesta por los siguientes documentos: a) certificado de defunción del paciente; b) informe quirúrgico que describe la intervención y confirma que se produjo el desgarro de la arteria pulmonar derecha; y c) hoja de la historia clínica realizada por la Unidad de Cuidados Intensivos, correspondiente al día de la intervención.

TERCERO.- Con fecha 6 de abril de 2004, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación, lo que se notifica a las partes interesadas, al tiempo que se solicita al Hospital copia de la historia clínica e informe de los profesionales que asistieron al fallecido.

CUARTO.- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remite copia de la documentación solicitada e informe del Dr. G. P. C., del Servicio de Cirugía Cardiovascular, del siguiente tenor:

“Paciente intervenido de by-pass aortocoronario con CEC el día 4-2-2003 realizándose injerto de mamaria izquierda a DA y de safena a CD, y que durante el mismo procedimiento se produjo desgarro de arteria pulmonar como complicación quirúrgica intraoperatoria grave y poco frecuente, complicación que afecta a la hemodinámica del paciente por sangrado intenso si ésta no es reparada. Dicha complicación fue resuelta según se describe en informe quirúrgico mediante transección completa de aorta, ascendente y reparación con sutura de desgarro de arteria pulmonar. Tras finalizar el procedimiento quirúrgico el paciente ingresó en UCI.

En ningún momento fuimos requeridos ningún miembro de C. C. V. con posterioridad para atender cualquier problema derivado del desgarro de la arteria pulmonar, que quedó resuelto en el acto quirúrgico como muestran los informes médicos.”

La historia clínica describe la evolución del paciente, de 61 años de edad y que padecía diabetes melitus tipo II desde hacía 11 años, en la Unidad de Cuidados Intensivos en los siguientes términos:

“Durante su estancia en UCI, el paciente evoluciona mal desde su ingreso con múltiples complicaciones, a destacar:

-HIPOXIA SEVERA rebelde a tratamiento, con tendencia a hacer atelectasias y desarrollo de SDRA, precisando en muchas ocasiones FiO2 de 1, PEEP elevada, relación I/E invertida y hasta decúbito prono.

-Episodios de AC por FA rápida, con deterioro hemodinámico, precisando cardioversión eléctrica y fármacos.

-DEHISCENCIA ESTERNAL completa, precisando reintervención al 6º día del ingreso.

-SHOCK DISTRIBUTIVO, con fiebre alta tras el cierre esternal, precisando drogas vasoactivas a dosis altas.

-FRACASO RENAL AGUDO CON OLIGOANURIA, que no precisó depuración extrarrenal.

-DISFUNCIÓN INTESTINAL, con deposiciones diarreicas.

-SEPSIS POR ENTEROCOCO Y ENTEROBACTER.

-INFECCIÓN DE LA HERIDA QUIRÚRGICA POR ENTEROBACTER tras la cirugía de reparación de la dehiscencia, con necrosis de los bordes de la herida y desbridamiento de la misma, quedando abierta hasta esternón.

-HIPOALBUMINEMIA SEVERA, a pesar de nutrición mixta.

En ningún momento se pudo extubar al paciente. En las últimas horas la situación respiratoria empeoró y la hipoxia se hizo refractaria a tratamiento, con deterioro hemodinámico importante produciéndose el exitus del paciente.

JUICIO CLÍNICO AL ALTA:

-CARDIOPATÍA ISQUÉMICA. INFARTO ANTERIOR ANTIGUO. LESIÓN DE DA Y CX.

-POSTOPERATORIO DE CIRUGÍA CARDIACA DE REVASCULARIZACIÓN BAJO CEC. BYPASS DE AMI A DA Y DE V.SAFENA A CX.

-SDRA.

-INFECCIÓN DE HERIDA QUIRÚRGICA.

-DEHISCENCIA ESTERNAL INTERVENIDA

-SEPSIS GRAVE CON SHOCK SÉPTICO.

-EXITUS".

QUINTO.- Con fecha 8 de julio de 2004 la instructora notifica a la reclamante la apertura del período de prueba, comunicándole la pertinencia de las propuestas, a excepción de la testifical, al considerar que nada podría aportar dicha prueba toda vez que en el expediente ya obra un informe del cirujano que intervino al paciente. Asimismo se le informa que la pericial deberá ser aportada por la propia interesada y a su costa.

SEXTO.- El 12 de agosto siguiente la reclamante trae al procedimiento la pericia propuesta, elaborada por el Dr. V. M., especialista en Valoración del Daño Corporal y Técnico en Prevención de Riesgos Laborales, que efectúa las siguientes consideraciones:

“La situación clínica del enfermo previa a la intervención quirúrgica programada era buena, encontrándose asintomático.

Entre la documentación examinada no se encuentra el consentimiento informado para la práctica de la cirugía cardiaca.

Las graves complicaciones peroperatorias ocurridas durante la cirugía cardiaca (Desgarro arteria pulmonar y transección aórtica reparadora), no se encuentran entre

las habituales de este tipo de cirugía y son las determinantes del resto de complicaciones ocurridas durante su estancia en UCI por lo que deben ser consideradas como causantes de la mala evolución del enfermo y de su fallecimiento. “

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica con fecha 5 de octubre de 2004, es remitido el 1 de febrero de 2006, proponiendo la desestimación de la reclamación, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“1. El paciente presentaba enfermedad de dos grandes vasos DA y CD, por lo que fue intervenido de “by-pass aortocoronario con CEC el día 4-2-2003 realizándole injerto de mamaria izquierda DA y de safena a CD.

2. La técnica quirúrgica fue la correcta según las descripciones de la literatura consultada.

3. Este tipo de intervención es de por sí una de las más invasivas que se practican en medicina. La tasa de mortalidad un mes posterior a la cirugía, está por encima en los pacientes diabéticos (3,9%) que en los no diabéticos (2,6%).

4. La maniobra necesaria para clampar la aorta es separarla de la arteria pulmonar que impredeciblemente estaba adherida a la aorta, por lo que se desgarró. Se trata de una lesión accidental con incidencia muy baja.

5. La complicación de desgarro de la arteria pulmonar durante la intervención, aunque prolongó el tiempo quirúrgico, se solucionó sin repercusión hemodinámica del paciente. Si no se hubiera solucionado, el sangrado intenso hubiera producido consecuencias hemodinámicas.

6. Las complicaciones (hipoxia, atelectasias, dehiscencia esternal) que el paciente sufrió durante su estancia en la UCI no tienen relación directa con el desgarro y posterior reparación de la arteria pulmonar.

7. En la morbilidad perioperatoria participa la diabetes como un factor importante, según trabajos publicados son más frecuentes en estos pacientes la Dehiscencia esternal y las infecciones.

8. En el documento de CI (consentimiento informado) para cirugía de By pass se expone que al paciente se le ha informado de forma clara de las alternativas existentes así como los riesgos y consecuencias que dicha intervención en casos extremos pudiera ocasionar.

9. No están especificadas todas las posibles complicaciones, pero la lista de ellas no aparece en ningún documento conocido.

10. De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir que no se evidencian signos de mala praxis y que los profesionales que trataron al paciente actuaron resolviendo de manera acertada la complicación que surgió durante la intervención de “by-pass” aortocoronario. No existiendo relación directa con el fatal desenlace”.

OCTAVO.- El 15 de febrero de 2006 se envía a los interesados la notificación de apertura del trámite de audiencia. En su desarrollo presentan alegaciones tanto la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud como la reclamante.

La mercantil aporta dictamen médico, de cuyas consideraciones merecen ser destacadas las que siguen:

“El pinzar la aorta es imprescindible en la cirugía con circulación extracorpórea, el que se desgarre la arteria pulmonar en esa maniobra, no es frecuente pero sí posible”.

En relación con las afirmaciones contenidas en el informe pericial aportado por la reclamante, dirá:

1ª Consideración del perito: *“paciente asintomático”*

No es cierto.

Etiquetado de ángor estable grado II, lo que quiere decir que la molestia precordial no ha modificado su frecuencia, duración, tiempo de aparición y sus factores desencadenantes durante los últimos 60 días, pero si tiene ángor cuando realiza una actividad inferior a la habitual, pero no presenta ángor de reposo. La molestia interfiere con el tipo de vida que le gustaría llevar al paciente.

La prueba de esfuerzo clínica (ángor) y eléctricamente (alteraciones del ECG) positivas.

La intervención quirúrgica esta indicada en los pacientes con menos de 65 años, que presentan un ángor estable ligero, si la anatomía de las coronarias lo aconseja y es favorable para la intervención.

El paciente tiene una enfermedad coronaria grave con afectación del 100% de la descendente anterior (principal arteria del corazón), con dos estenosis del 80% y 75% de la circunfleja (segunda arteria principal del corazón), con otras dos lesiones de menor entidad en la coronaria derecha.

Por lo tanto indicación absoluta de cirugía.

2ª Consideración del perito: *“no hay consentimiento informado”*

No es cierto. Sí hay consentimiento informado.

3ª Consideración del perito: *“el desgarro de la arteria pulmonar y transección aórtica reparadora, no se encuentran entre las habituales de este tipo de cirugía y son las causantes de las complicaciones en UCI y de la muerte”.*

No es cierto.

Afortunadamente el desgarro de la arteria pulmonar no es habitual pero sí posible, incluso en las mejores manos.

La transección aórtica no es una complicación, el cirujano tiene que hacerla, para acceder a la arteria pulmonar y poder suturar el desgarro.

El desgarro se solucionó, lo prueba que se continuó y terminó la operación, de no haberse solucionado, el paciente hubiese fallecido en quirófano, desangrado”.

El dictamen alcanza estas conclusiones:

“1. Indicación absoluta de cirugía por los síntomas, la prueba de esfuerzo y la coronariografía.

2. *Sí existe consentimiento.*

3. *El desgarro de la arteria pulmonar, no es frecuente pero sí posible, se solucionó sin problemas en el mismo acto quirúrgico.*

4. *La complicación de la intervención, no puede en ningún caso achacarse a impericia, ni mala praxis, por el contrario la pericia del cirujano la solucionó.*

Las complicaciones posteriores en la UCI y el fallecimiento, nada tienen que ver con el desgarro de la arteria pulmonar”.

NOVENO.- Trasladado el referido dictamen a la reclamante, presenta ésta escrito de alegaciones, poniendo de manifiesto que:

- Una adecuada valoración previa de la anatomía y predisposición del paciente habría desaconsejado la intervención.

- El desgarro arterial, la falta de previsión y la mala praxis son las causantes de todas las complicaciones sufridas en la UCI.

- El cirujano provocó una complicación tan grave que, a pesar de solucionarla, causó otros daños aún más graves que fueron los causantes de las complicaciones posteriores y el fallecimiento.

DÉCIMO.- El 15 de mayo de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren en el supuesto los requisitos para que nazca la obligación reparadora de la Administración.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 17 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, plazo y procedimiento.

1. La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, dada su condición de esposa del finado según se infiere de las actuaciones seguidas -aun cuando no se acredite documentalente-, 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, sin que tampoco haya sido requerida por la Consejería consultante para acreditar dicha condición.

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.

2. 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 supuesto sometido a consulta, el desgarró de la arteria pulmonar a que la interesada imputa el daño se habría producido el día de la intervención quirúrgica, el 4 de febrero de 2003, pero las últimas consecuencias lesivas de dicha actuación no se habrían evidenciado hasta el día 6 de marzo de 2003, fecha del óbito del paciente.

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.

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 actora, la muerte de su marido se debe a la complicación consistente en el desgarro de la arteria pulmonar derecha, surgida en el transcurso de la intervención de “by-pass” aortocoronario. Ésta, a su vez, se habría producido como consecuencia de:

a) La falta de una valoración previa “*de la anatomía y predisposición del paciente*” que hubiera desaconsejado la intervención.

b) La mala praxis, pues el cirujano provocó una complicación tan grave que, a pesar de solucionarla, causó otros daños más graves todavía, que fueron los causantes de todas las complicaciones posteriores y del fallecimiento.

c) Asimismo, afirma que en el consentimiento informado no se aclaró nada acerca de la posible complicación que luego se produjo en la arteria pulmonar, ni sobre sus posibles consecuencias. La sustantividad propia de esta alegación aconseja dejar su análisis para su posterior consideración, centrando el objeto de la reclamación, ahora, en la afirmación de no indicación de la intervención quirúrgica y mala praxis durante su desarrollo.

II. La “lex artis” y su prueba.

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”. 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. 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 cometidas durante todo el proceso asistencial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

En el supuesto sometido a consulta, la reclamante aporta un informe médico que omite cualquier pronunciamiento o valoración acerca de si la intervención quirúrgica estaba o no indicada para el paciente, así como sobre la adecuación o no a la “lex artis” de su desarrollo, siendo su conclusión que las graves complicaciones ocurridas durante la operación no se encuentran entre las habituales de este tipo de cirugía y son las determinantes del resto de complicaciones ocurridas en la UCI, debiendo ser consideradas como causantes de la mala evolución del enfermo y de su fallecimiento.

La aseguradora del Servicio Murciano de Salud, por su parte, aporta al procedimiento informe médico que, tras valorar la actuación de los profesionales sanitarios que atendieron al paciente, no advierte infracción alguna de la “lex artis”, afirmando asimismo que la intervención quirúrgica estaba absolutamente indicada en el caso del paciente y que no existe relación causal entre el desgarro y las complicaciones posteriores que desembocaron en el fatal desenlace. La apreciación de esta prueba debe ser efectuada con prudencia, pues aunque procede al análisis de la historia clínica a la luz de los conocimientos técnicos de su autor, no deja de ser un informe 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.

También la Inspección Médica emite informe en el que, sin aludir a la procedencia o no de realizar la revascularización, se centra en el análisis del desarrollo de la intervención, sin apreciar evidencias de mala praxis y negando la existencia de relación directa entre el desgarro de la arteria pulmonar y el fallecimiento del paciente.

III. Análisis de las imputaciones de la reclamante a través del prisma de la “lex artis”.

Partiendo de tales informes y a la luz del expediente remitido, cabe formular las siguientes consideraciones:

1. Sobre la indicación del “by-pass” aortocoronario para resolver la insuficiencia vascular.

Manifiesta la interesada que una previa valoración de la anatomía del paciente hubiera desaconsejado someterlo a la intervención. Dicha afirmación de parte, sin embargo, no encuentra apoyo en prueba alguna, pues la pericial traída al procedimiento por la actora guarda silencio al respecto.

Por el contrario, tanto el informe médico aportado por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud como la historia clínica sustentan la indicación de la revascularización para la resolución de la patología que presentaba el Sr. S..

En efecto, al folio 41 del expediente consta un informe de catererismo diagnóstico efectuado por la Sección de Hemodinámica del Hospital “Virgen de la Arrixaca”, el 11 de diciembre de 2002, tres meses antes de la intervención, en la que de manera expresa concluye: *“enfermedad de dos vasos (CX y DA). Se considera indicada la revascularización quirúrgica”*.

Se basa tal indicación en los resultados de la coronariografía, que muestran una arteria descendente anterior (DA) totalmente ocluida (100%) en tercio medio, pero con un vaso distal muy bueno. Respecto de la arteria circunfleja, presenta dos lesiones severas (80 y 75%, respectivamente) en tandem en tercio medio, también con muy buen

vaso distal. Ese mismo informe descarta expresamente como tratamientos posibles el médico y la ACTP respecto de la lesión en la DA y la estenosis del 80% en la circunfleja, indicando como tratamiento posible la cirugía.

Del mismo modo, el informe aportado por la compañía de seguros afirma la “*indicación absoluta de cirugía por los síntomas, la prueba de esfuerzo (el paciente presenta ángor estable grado II) y la coronariografía*”, señalando la procedencia de la cirugía, en pacientes menores de 65 años (el Sr. S. contaba 61), que presentan un ángor estable ligero, si la anatomía de las coronarias lo aconseja y es favorable para la intervención.

En consecuencia, avalada la indicación de la cirugía por la propia historia clínica y la valoración que de la situación preoperatoria del paciente efectúa el perito de la aseguradora, sin que la interesada aporte prueba alguna de su afirmación contraria, correspondiéndole la carga de su acreditación de conformidad con el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cabe desestimar por infundada la alegación referida a la ausencia de indicación de la cirugía.

2. Sobre la mala praxis durante la operación.

Como ya se adelantó, la pericial de la parte actora no valora la adecuación del desarrollo de la intervención a la “*lex artis*”, limitándose a afirmar que las incidencias surgidas durante la intervención fueron las causantes de las complicaciones posteriores y, en última instancia, de la muerte del paciente, pero sin detenerse en considerar si la técnica quirúrgica fue la adecuada, ni si se cometieron errores o actuaciones contrarias a los dictados de la ciencia médica.

Por el contrario, tanto la Inspección Médica como el perito de la aseguradora afirman que el desgarramiento de la arteria pulmonar no es frecuente pero sí posible, sin que pueda achacarse a la impericia del cirujano o a mala praxis. Al respecto, indica la Inspección que la afección de la arteria pulmonar se produce en el desarrollo de una maniobra quirúrgica necesaria para clampar (pinzar el vaso para conseguir la hemostasia) la aorta, como es separarla de la arteria pulmonar. Al realizar esta maniobra puede ocurrir que ambas arterias, impredeciblemente, estén adheridas y, al traccionar, se desgarra la de menor espesor (la arteria pulmonar). En cualquier caso, califica la lesión arterial de accidental, habiendo sido corregida en el acto, sin que al paciente le afectara hemodinámicamente, pues al día siguiente de la intervención aquél se encontraba hemodinámicamente estable.

Asimismo, ambos informantes niegan relación directa entre el desgarramiento arterial y las complicaciones padecidas durante la estancia en UCI y el fallecimiento.

En consecuencia, frente al juicio técnico contenido en los referidos informes, y a pesar del limitado valor probatorio que ha de otorgarse al informe pericial de la compañía aseguradora, no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones vertidas por la actora, 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 la interesada 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 una incorrecta ejecución de la técnica quirúrgica aplicada, no cabe entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el desgraciado fallecimiento del paciente y el funcionamiento del servicio sanitario público ni el carácter antijurídico de dicho daño.

QUINTA.- Del consentimiento informado.

1. Como ya dijimos en nuestro Dictamen 114/2003, 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 la buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, en tanto que debe constituir un acto clínico más. La información que se dé al paciente puede ser, esencialmente, de dos tipos. De un lado, la que forma parte del proceso para obtener el consentimiento informado y, de otro, aquella información que guarda sustantividad propia, también llamada terapéutica, clínica o asistencial, cuyos requisitos y elementos suelen ser coincidentes con los de la información previa al consentimiento. 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 cual si bien todavía no se encontraba en vigor en el momento de producirse los hechos por los que se reclama, en la medida en que la regulación en ella contenida recoge las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias surgidas a la luz de la regulación anterior, será una pauta interpretativa de ésta de primer orden.

Centrando el análisis en 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.

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 (4 de febrero de 2003) 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 o la insuficiencia de su contenido no determinan 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 dialógica entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido la información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes 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”*.

2. Aplicación de la doctrina expuesta al caso concreto.

Atendida esta doctrina general y aplicada al supuesto sometido a consulta, ha de advertirse que la alegación de la reclamante se limita a afirmar que en el documento de consentimiento informado, presentado a la firma de su marido el mismo día de la intervención, no se le informaba de la existencia del riesgo de desgarramiento de la arteria pulmonar que finalmente se materializó. Es cierto que el referido documento resulta inespecífico, en la medida en que responde a un modelo que puede ser utilizado tanto para una intervención terapéutica como para una prueba diagnóstica o un tratamiento, sin que conste en él una enumeración de los riesgos de la cirugía coronaria a la que se iba a someter el paciente ni, por supuesto, la información relativa al riesgo específico alegado. Sí expresa, sin embargo, la intervención que se consiente, constanding la indicación de “by-pass” aortocoronario, respecto de la cual el paciente afirma haber sido informado sobre alternativas existentes, riesgos y consecuencias que, en casos extremos, dicha intervención pudiera ocasionar.

La existencia de este documento firmado por el paciente y por el facultativo interviniente, donde se hace constar que conoce los riesgos de la intervención, según la propuesta de resolución, permitiría entender que sí se ofreció dicha información al marido de la interesada, sobre todo si, como señala la jurisprudencia, ante la utilización de formularios genéricos, corresponde a la paciente solicitar que se amplíe o precise la información en caso de que se considere insuficiente, lo que no consta que aquí se haya producido, sin que ni tan siquiera sea objeto de alegación por la reclamante. En este sentido, la STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2000, indica que: *“es cierto que la fórmula que figura en el impreso (...) es genérica, pero el contenido específico a que se*

refiere ha sido implícitamente asumido por la paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que esta es insuficiente etcétera, se desplaza al firmante. Ciertamente es también que el impreso utilizado es perfectible, pero nos encontramos en ese punto en que resulta difícil, casi humanamente imposible, mantener en el fiel los platillos de la garantía y de la eficacia. Por todo ello, nuestra Sala entiende que no puede descargarse todo el peso de una actuación jurídica (...) sobre los servicios sanitarios. Es el paciente, o en su caso el familiar o allegado que lo asiste y sustituye, quien puede y debe solicitar, si lo considera necesario, que se le dé una información más elocuente, y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada y por escrito”.

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. 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 la documentación remitida únicamente corresponde al momento de la intervención y a la tórpida evolución del paciente hasta su desgraciado fallecimiento.

Ahora bien, de ello no cabe deducir sin más la antijuridicidad del daño, pues la construcción jurisprudencial y doctrinal acerca de la información que debe conducir a la prestación del consentimiento previo a la acción asistencial, se ha hecho, en gran medida, por referencia a supuestos en los que el daño es el resultado de la materialización de un riesgo de los considerados inherentes a la intervención o previsibles, es decir, aquellos en que la información no alcanza a comunicar al paciente la existencia de un riesgo de los denominados típicos. La consecuencia en tales casos es que la ausencia de consentimiento informado traslada 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, pues al no haber mediado esa información, el consentimiento del enfermo no habría contemplado tal riesgo y, en consecuencia, éste no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Ahora bien, las consecuencias de la insuficiente información sobre los riesgos varían cuando el daño responde a la materialización de un riesgo atípico, infrecuente o imprevisible.

Este supuesto tiene un tratamiento jurisprudencial mucho más limitado, siendo obligada referencia la STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 1998, por cuanto establece determinados límites a la información que hay que dar al paciente fijando los riesgos sobre los que hay que informar. Dirá la Sala que “*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*”.

Esta doctrina enlaza con la establecida por otras Salas del mismo Alto Tribunal, que propugna el sometimiento del deber de información al paciente a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (STS, Sala de lo Penal, de 3 de octubre de 1997).

Supone, en definitiva, la necesidad de ponderar en cada caso concreto no sólo el carácter típico o atípico del riesgo de que se trate, sino también, y prescindiendo de aquellos de naturaleza subjetiva y que atienden a determinadas condiciones personales del paciente, los siguientes:

a) La urgencia del caso, de forma que a mayor urgencia menos información es exigible.

b) La necesidad del tratamiento, pues a mayor indicación del tratamiento o intervención, menor información es obligatorio trasladar, teniendo este criterio sus manifestaciones extremas y opuestas en los supuestos de medicina satisfactiva, por una parte, en la cual la mínima o inexistente necesidad del tratamiento convierte la exigencia de información en mucho más estricta; y, de otra, los tratamientos o intervenciones que constituyen la única alternativa terapéutica para la dolencia del paciente, en los cuales, si bien no cabe afirmar de forma categórica que el médico queda exento de informar al paciente, pues ello supondría incurrir en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2003), sí que cabe afirmar que la exigencia de información se reduce al mínimo.

c) El carácter novedoso o la duda razonable acerca de los efectos del tratamiento o de la intervención también inciden en la obligación de informar, según expresa el artículo 10.2 de la Ley 41/2002, según el cual, cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el consentimiento por escrito del paciente.

En atención a lo expuesto, la determinación de si el consentimiento prestado por el enfermo para someterse a la operación de “by-pass” aortocoronario estuvo viciado, al no haber sido informado del riesgo de desgarro de la arteria pulmonar, exige, como primera determinación, la de establecer el carácter típico o atípico de dicho riesgo en relación con la concreta intervención de que se trata.

En este sentido, el artículo 10 de la Ley 41/2002 establece la obligación de informar al paciente de los siguientes riesgos: a) riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, y b) riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. He aquí los riesgos típicos sobre los que debe versar la información del paciente, a los que, de conformidad con las construcciones doctrinales y jurisprudenciales dominantes, se unirán aquellos atípicos que, siendo infrecuentes o excepcionales tengan la consideración de muy graves.

Pues bien, todos los informes médicos obrantes en el expediente coinciden en calificar el desgarro arterial producido en el curso de la intervención como “poco frecuente” (cirujano actuante); no habitual de este tipo de cirugía (perito de la actora); muy poco frecuente, accidental y con incidencia muy baja (Inspección Médica); no frecuente pero sí posible (dictamen médico aportado por la aseguradora del SMS). A ello se une que, según la Inspección Médica, el desgarro se habría producido debido a que “de forma impredecible” están unidas las dos arterias (aorta y pulmonar). A la vista de tales calificativos, el riesgo debe ser considerado como infrecuente y atípico.

Ahora bien, dicha calificación no excluiría el deber de comunicarlo al paciente si tuviera la consideración clínica de “muy grave”, aunque no parece ser ésta la entidad del riesgo según los informes del cirujano cardiovascular que operó al Sr. S., para quien el desgarro constituye una “*complicación quirúrgica intraoperatoria grave*”, y para el propio perito de la parte, que lo califica de “*grave complicación peroperatoria*”. La caracterización del desgarro como meramente grave, no muy grave, que realizan dos de los doctores informantes y el hecho de que quedara resuelto en el mismo acto quirúrgico, sin que se haya conseguido demostrar que las consecuencias posteriores y, singularmente, la muerte del enfermo, se debieran al desgarro arterial, mueven al Consejo Jurídico a considerar que dicho riesgo no era obligatorio ponerlo en conocimiento del paciente con anterioridad a la prestación de su consentimiento a la intervención. Todo ello, además, desde el convencimiento de que su comunicación al enfermo no le habría llevado a cambiar el sentido de su aquiescencia a la intervención, atendida la baja incidencia e infrecuencia del riesgo en cuestión y el hecho de constituir la revascularización coronaria el tratamiento más indicado para su dolencia, como ya ha quedado expuesto en consideraciones precedentes, y que incide sobre el criterio antes apuntado de la necesidad del tratamiento.

Y es que si la información previa al otorgamiento del consentimiento persigue implicar al paciente en la toma de decisiones acerca de su propia salud, posibilitándole hacerlo con plenitud de conocimiento acerca de las actuaciones médicas para las que se le pide su autorización, no puede pretenderse que, cuando de intervenciones tan invasivas como la cirugía coronaria se trata, se le trasladen todos y cada uno de los riesgos existentes, incluso los más infrecuentes o atípicos, pues ello no beneficiaría al paciente en su capacidad de decisión, que podría quedar bloqueada ante la ingente información que se le daría.

En consecuencia, atendidas las características del riesgo, no cabe entender que el consentimiento prestado por el interesado para ser sometido a la intervención esté viciado por la falta de información específica acerca de la posibilidad de producirse el desgarro que finalmente se materializó.

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, al no reunir ésta los requisitos a los que la Ley anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

SEGUNDA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Quinta, no cabe entender que el consentimiento prestado por el interesado para ser sometido a la intervención estuviera viciado por la falta de información previa.

No obstante, V.E. resolverá.