

RECOPILACIÓN DOCTRINA LEGAL AÑO 2009



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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

Consejo Jurídico de la
Región de Murcia

Doctrina Legal del Año 2009

Murcia, 2009

Composición del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Consejeros:

Excmo. Sr. D. Mariano García Canales, Presidente

Excmo. Sr. D. Juan Megías Molina

Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll

Excmo. Sr. D. Pedro Luis Sáez López

Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz

Letrado-Secretario General:

Sr. D. Manuel María Contreras Ortiz.

Presentación

La Recopilación de Doctrina Legal del Consejo Jurídico de la Región de Murcia del año 2009 continúa la serie iniciada con la edición de la del año 1998, todo ello en cumplimiento del mandato que contiene el artículo 62 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (Decreto 15/1998, de 2 de abril).

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

La consulta de Dictámenes esta disponible también en la siguiente dirección electrónica
<http://www.carm.es/carm/instituciones/consejur/>
y consejojuridicomurcia.es

Índices

I. Índice numérico de los Dictámenes emitidos por el Consejo durante el año 2009.....	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 2009.....	95

**I.- Índice numérico de los Dictámenes
emitidos por el Consejo Jurídico
durante el año 2009**

NÚM.	MATERIA	PÁG.
01-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debido a accidente escolar	97
02-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	102
03-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	113
04-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	126
05-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	131
06-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	148
07-09	Anteproyecto de Ley de creación del organismo autónomo “Boletín Oficial de la Región de Murcia”	157
08-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	170
09-09	Recurso extraordinario de revisión interpuesto por --, S.L., frente a resolución denegadora de prima al sacrificio de bovinos	176
10-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	185
11-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y --, S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	206
12-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	210
13-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	220
14-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	220
15-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	220

16-09	Revisión de oficio del acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Fuente Álamo, sobre revisión de oficio de los acuerdos de aprobación de la Modificación no Estructural de las NN.SS. de Planeamiento Municipal, que reajustan el Sector nº 4 de suelo Urbanizable Residencial.....	236
17-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar	240
18-09	Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil --, S.A., y --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	240
19-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	246
20-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una embarcación de su propiedad	252
21-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	252
22-09	Resolución de contrato de Adquisición de Mobiliario para Centros Educativos de la Región de Murcia.....	252
23-09	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia.....	265
24-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	275
25-09	Resolución de reparos de la Intervención General en el expediente de responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	275
26-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	284
27-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	292
28-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	292
29-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia del fallecimiento de su hijo en accidente de circulación	292
30-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	306
31-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y la mercantil --, S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	306
32-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	306

33-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	313
34-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, por accidente escolar.....	320
35-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	320
36-09	Responsabilidad patrimonial instada por --, S.L., por gastos derivados del depósito de un aval	324
37-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en su vehículo por accidente de circulación	328
38-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	336
39-09	Modificación del contrato centralizado de los servicios de comunicaciones de la Administración Regional en los ejercicios 2006 a 2009. Lote 5: Servicio de Acceso Indirecto al Bucle del abonado.....	336
40-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	342
41-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar	352
42-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación	355
43-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	360
44-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	364
45-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	365
46-09	Orden conjunta de las Consejerías de Economía y Hacienda y de Agricultura y Agua, por la que se crea y se regula el procedimiento de liquidación de la Comisión Liquidadora del Patrimonio de la extinta Cámara Agraria de la Región de Murcia	365
47-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	374
48-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	375
49-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	383
50-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente durante el festival Alter Arte.....	391

51-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	395
52-09	Revisión de oficio del acto administrativo de subvención por primera instalación de agricultores jóvenes, formulada por x	399
53-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	406
54-09	Responsabilidad patrimonial instada por --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	410
55-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	414
56-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	414
57-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	415
58-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	420
59-09	Resolución de contrato por jubilación formalizado con x, para la ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol en la parcela “D” del monte público nº 58 “Puntales de Sánchez” en Fortuna	420
60-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	430
61-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación del CEIP x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos	444
62-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	459
63-09	Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia	459
64-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	467
65-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	474
66-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	488
67-09	Consulta facultativa sobre la interpretación del artículo 42.1 LPAC en responsabilidad sanitaria. Simultaneidad de procedimiento administrativo y proceso contencioso sobre una misma pretensión. Simultaneidad de resoluciones	488
68-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	498

69-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	498
70-09	Reconocimiento de obligaciones contraídas con omisión del trámite de fiscalización previa, por las que se conceden ayudas derivadas del Programa de Mejora Medioambiental en los Espacios Naturales Protegidos de la Región de Murcia.....	498
71-09	Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio en el expediente: “Modificado de las obras de acondicionamiento de la Ctra. C-3314 a su paso por Yecla entre los pp.kk. 64,600 al 66,180”	504
72-09	Modificación del contrato centralizado de los servicios de comunicaciones de la Administración Regional en los ejercicios 2006 a 2009. Lote 4 Servicio de Malla Troncal	514
73-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	521
74-09	Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho relativos a liquidación complementaria por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados	521
75-09	Proyecto de Decreto de creación y funcionamiento del Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	524
76-09	Proyecto de Decreto por el que se regula la composición, organización y funcionamiento de la comisión del juego y apuestas de la Región de Murcia	533
77-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	540
78-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	553
79-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	553
80-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	553
81-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	554
82-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	554
83-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y otra, como consecuencia de daños sufridos en accidente de circulación	571
84-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	586

85-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	586
86-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	590
87-09	Proyecto de Decreto por el que se desarrollan los requisitos básicos para la inscripción y funcionamiento del registro oficial de establecimientos y servicios biocidas de la Región de Murcia.....	591
88-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la ejecución de las obras de “Ampliación y reforma del Centro Social de Mayores de Los Ramos (Murcia)”	595
89-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	598
90-09	Resolución contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por la construcción del Centro de Atención Infantil de la calle Médico Miguel Rodríguez de Yecla	598
91-09	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los estatutos del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia.....	608
92-09	Modificación del contrato de “Concesión para la redacción de Proyecto de obras y construcción de un parque recreativo resultante de la unión del Jardín del Desierto y Parque Norte, y posterior gestión del servicio”, adjudicado a la U.T.E. “--”	617
93-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	647
94-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en finca de cultivo de su propiedad por anormal funcionamiento de los servicios públicos.....	647
95-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, por los daños y perjuicios sufridos en parcela de su propiedad como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.....	651
96-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción del Centro de Atención Infantil en la calle Dr. Grande Covián de Yecla.....	651
97-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	657
98-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, por accidente escolar.....	658
99-09	Resolución de contrato relativo al diseño y elaboración de un simulador virtual de calderas de vapor y otro de columnas de rectificación destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena	658

100-09	Proyecto de Decreto por el que se establece el procedimiento de autorización de implantación de las enseñanzas universitarias oficiales reguladas por Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, así como el de creación, modificación y supresión de centros en las Universidades de la Región de Murcia	668
101-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos por el retraso del cobro de ayudas al sector vacuno	694
102-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	700
103-09	Revisión de oficio del acuerdo de Pleno sobre aprobación de la modificación no estructural de la revisión de las NNSS de planeamiento, reajuste del sector nº 4 del suelo urbanizable	708
104-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	715
105-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente a consecuencia de obras en el Hospital Virgen de La Arrixaca	718
106-09	Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural	718
107-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	728
108-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	729
109-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	729
110-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	729
111-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por sustracción de prótesis durante intervención quirúrgica en centro hospitalario	730
112-09	Anteproyecto de Ley de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	735
113-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	740
114-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la mercantil ---, S.L., como consecuencia de los daños sufridos por la no devolución de cantidades pendientes	760

115-09	Consulta facultativa relativa al recurso de reposición interpuesto por x, contra el acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se inadmite a trámite la solicitud de revisión de oficio de determinadas Órdenes de la Consejería de Economía y Hacienda.....	773
116-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro universitario.....	782
117-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	787
118-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente dentro del recinto del centro de trabajo	794
119-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	799
120-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	800
121-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	808
122-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de su fallecida esposa, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	809
123-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	809
124-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	814
125-09	Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios para la clasificación de los electores incluidos en el censo de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.....	814
126-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	822
127-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación	828
128-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de día de personas mayores.....	829
129-09	Proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Asesor para la calidad de la edificación	833
130-09	Revisión de oficio del acto de adjudicación verbal de la obra de instalación de cableado de red informática y cuadros eléctricos en el I.E.S. “Ingeniero de la Cierva” de Patiño (Murcia) a la mercantil x	843
131-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales y judiciales	847

132-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	859
133-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	860
134-09	Proyecto de Decreto por el que se establece y regula la respuesta educativa a la diversidad del alumnado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	860
135-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	882
136-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	883
137-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	892
138-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro hospitalario.....	893
139-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	893
140-09	Proyecto de Decreto por el que se establece la compensación por regularización de viñedo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en desarrollo del Real Decreto 1244/2008, de 18 de julio, que regula el potencial de producción vitícola.....	893
141-09	Proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia	899
142-09	Proyecto de Decreto por el que se crea el Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias	909
143-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	917
144-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre ejecución de obras relativas al alumbrado público en las calles Santa Rita, Lorenzo Vicens, Argentina y otras.....	917
145-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	922
146-09	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	922
147-09	Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden de 17-05-2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados.....	929

148-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación	935
149-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	940
150-09	Responsabilidad patrimonial interpuesta por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	941
151-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	941
152-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	955
153-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	956
154-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar	960
155-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	964
156-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	964
157-09	Proyecto de Decreto por el que se desarrolla el sistema de información y registro de los profesionales sanitarios de la Región de Murcia	968
158-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	975
159-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad	976
160-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	981
161-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	981
162-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en las inmediaciones de centro hospitalario	981
163-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud	982
164-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	982
165-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación	982
166-09	Resolución de contrato de las obras relativas a urbanización del Plan Especial de Reforma Interior Sector Industrial nº 7: La Polvorista, margen derecha de Molina de Segura	986

167-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	990
168-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud	991
169-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	991
170-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	991
171-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	992
172-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro hospitalario.....	992
173-09	Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo asegurado .	992
174-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	999
175-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.....	999
176-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1007
177-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre vestuarios en campo de fútbol de El Raal (Murcia)	1014
178-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en su nombre y en representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1024
179-09	Revisión de oficio de la Orden dictada en expediente sancionador correspondiente al acta de infracción interpuesta contra la responsable solidaria x.....	1024
180-09	Proyecto de Decreto por el que se regula la acreditación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y se crea la Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios de la Región de Murcia..	1027
181-09	Resolución del contrato de construcción, mediante concesión de obra pública, de un aparcamiento en el subsuelo de la zona ajardinada Parcela V-I del Polígono II del P.P.CE nº 4 de Murcia capital, sita en San Benito-Ronda Sur.....	1042
182-09	Reconocimiento de obligaciones contraídas con omisión del trámite de fiscalización previa en la certificación liquidación del contrato de las obras de la Variante Norte de Totana a la empresa adjudicataria.....	1047

183-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1050
184-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	1059
185-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción del Centro de Atención Infantil en la calle Dr. Grande Covián de Yecla.....	1060
186-09	Resolución contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por la construcción del Centro de Atención Infantil de la calle Médico Miguel Rodríguez de Yecla	1069
187-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.....	1069
188-09	Proyecto de Decreto por el que se establece la forma de acceso, promoción y provisión de puestos de personal investigador de grupos A y B y del personal de apoyo a la investigación, del grupo C, del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario	1074
189-09	Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010.....	1084
190-09	Proyecto de Decreto por el que se crea el Registro en prevención de riesgos laborales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se regula su funcionamiento	1090
191-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1099
192-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1099
193-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de x, por perjuicios ocasionados debidos a intervención arqueológica.....	1118
194-09	Anteproyecto de Ley de Medidas en materia de Tributos Cedidos, Tributos Propios y Medidas Administrativas, año 2010.....	1152
195-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1156
196-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1156
197-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1171
198-09	Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de las estructuras sanitarias de atención primaria de la Región de Murcia	1171
199-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1178

200-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1187
201-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente deportivo...	1194
202-09	Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios sobre la señalización adicional e identificación de las oficinas de farmacia de la Región de Murcia	1198
203-09	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1207
204-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	1212
205-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar	1217
206-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	1218
207-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1221
208-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1222
209-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de y, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.....	1229
210-09	Revisión de oficio del acuerdo plenario de 12-05-2005 por el que se aprobó definitivamente la 1ª Modificación del Plan Parcial El Saladar II, de Lorquí.....	1237
211-09	Reconocimiento de obligaciones con omisión del trámite de fiscalización previa derivadas de los siguientes contratos: Construcción de instalaciones para la interpretación del patrimonio rural del Valle y Carrascoy, adquisición e instalación de 36 equipos contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia, y asistencia técnica para la dirección de obra, coordinación de seguridad y salud de las obras de instalación de 36 equipos contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia.....	1245
212-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción y explotación de aparcamiento en el subsuelo de la Plaza Pública Doctor Fortún en Águilas	1250
213-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la concesión del servicio público de transporte urbano en las Torres de Cotillas.....	1260
214-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por el diseño y elaboración de un simulador virtual de calderas de vapor y otro de columnas de rectificación destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Ocupacional de Cartagena.....	1271

215-09	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un edificio de servicios múltiples con funciones de demostración de la calidad ambiental y de la contaminación ubicado en Torre Pacheco, con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1292
216-09	Proyecto de Decreto por el que se crea la Red de Muladares para Aves Rapaces Necrófagas de la Región de Murcia.....	1299
217-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.....	1308
218-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una explotación ganadera de su propiedad.....	1318
219-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1324
220-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1324
221-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1337
222-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	1337
223-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1352
224-09	Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión de cuatro becas de formación a titulados superiores en prácticas, con omisión del trámite de fiscalización previa	1353
225-09	Responsabilidad Patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad, por obras en carretera comarcal	1356

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

NÚM.	PÁG.
A) Preceptivos:	
1.- Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía.	
	Subtotal.....0
2.- Anteproyecto de ley.	
07-09	157
63-09	459
112-09	735
189-09	1084
194-09	1152
	Subtotal.....5
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.	
23-09	265
46-09	365

75-09	Proyecto de Decreto de creación y funcionamiento del Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	524
76-09	Proyecto de Decreto por el que se regula la composición, organización y funcionamiento de la comisión del juego y apuestas de la Región de Murcia	533
87-09	Proyecto de Decreto por el que se desarrollan los requisitos básicos para la inscripción y funcionamiento del registro oficial de establecimientos y servicios biocidas de la Región de Murcia.....	591
91-09	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los estatutos del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia.....	608
100-09	Proyecto de Decreto por el que se establece el procedimiento de autorización de implantación de las enseñanzas universitarias oficiales reguladas por Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, así como el de creación, modificación y supresión de centros en las Universidades de la Región de Murcia	668
106-09	Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural	718
125-09	Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios para la clasificación de los electores incluidos en el censo de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.....	814
129-09	Proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Asesor para la calidad de la edificación	833
134-09	Proyecto de Decreto por el que se establece y regula la respuesta educativa a la diversidad del alumnado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	860
140-09	Proyecto de Decreto por el que se establece la compensación por regularización de viñedo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en desarrollo del Real Decreto 1244/2008, de 18 de julio, que regula el potencial de producción vitícola.....	893
141-09	Proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia.....	899
142-09	Proyecto de Decreto por el que se crea el Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias	909
147-09	Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden de 17-05-2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados.....	929
157-09	Proyecto de Decreto por el que se desarrolla el sistema de información y registro de los profesionales sanitarios de la Región de Murcia.....	968

180-09	Proyecto de Decreto por el que se regula la acreditación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y se crea la Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios de la Región de Murcia..	1027
188-09	Proyecto de Decreto por el que se establece la forma de acceso, promoción y provisión de puestos de personal investigador de grupos A y B y del personal de apoyo a la investigación, del grupo C, del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario.....	1074
190-09	Proyecto de Decreto por el que se crea el Registro en prevención de riesgos laborales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se regula su funcionamiento.....	1090
198-09	Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de las estructuras sanitarias de atención primaria de la Región de Murcia.....	1171
202-09	Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios sobre la señalización adicional e identificación de las oficinas de farmacia de la Región de Murcia.....	1198
216-09	Proyecto de Decreto por el que se crea la Red de Muladares para Aves Rapaces Necrófagas de la Región de Murcia.....	1299

Subtotal.....22

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

16-09	Revisión de oficio del acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Fuente Álamo, sobre revisión de oficio de los acuerdos de aprobación de la Modificación no Estructural de las NN.SS. de Planeamiento Municipal, que reajustan el Sector nº 4 de suelo Urbanizable Residencial.....	236
52-09	Revisión de oficio del acto administrativo de subvención por primera instalación de agricultores jóvenes, formulada por x.....	399
74-09	Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho relativos a liquidación complementaria por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.....	521
103-09	Revisión de oficio del acuerdo de Pleno sobre aprobación de la modificación no estructural de la revisión de las NNSS de planeamiento, reajuste del sector nº 4 del suelo urbanizable.....	708
130-09	Revisión de oficio del acto de adjudicación verbal de la obra de instalación de cableado de red informática y cuadros eléctricos en el I.E.S. “Ingeniero de la Cierva” de Patiño (Murcia) a la mercantil x.....	843
179-09	Revisión de oficio de la Orden dictada en expediente sancionador correspondiente al acta de infracción interpuesta contra la responsable solidaria x.	1024
210-09	Revisión de oficio del acuerdo plenario de 12-05-2005 por el que se aprobó definitivamente la 1ª Modificación del Plan Parcial El Saladar II, de Lorquí.....	1237

Subtotal.....7

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

22-09	Resolución de contrato de Adquisición de Mobiliario para Centros Educativos de la Región de Murcia	252
59-09	Resolución de contrato por jubilación formalizado con x, para la ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol en la parcela “D” del monte público nº 58 “Puntales de Sánchez” en Fortuna	420
88-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la ejecución de las obras de “Ampliación y reforma del Centro Social de Mayores de Los Ramos (Murcia)”	595
90-09	Resolución contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por la construcción del Centro de Atención Infantil de la calle Médico Miguel Rodríguez de Yecla	598
96-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción del Centro de Atención Infantil en la calle Dr. Grande Covián de Yecla.....	651
99-09	Resolución de contrato relativo al diseño y elaboración de un simulador virtual de calderas de vapor y otro de columnas de rectificación destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena	658
144-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre ejecución de obras relativas al alumbrado público en las calles Santa Rita, Lorenzo Vicens, Argentina y otras	917
166-09	Resolución de contrato de las obras relativas a urbanización del Plan Especial de Reforma Interior Sector Industrial nº 7: La Polvorista, margen derecha de Molina de Segura	986
177-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre vestuarios en campo de fútbol de El Raal (Murcia)	1014
181-09	Resolución del contrato de construcción, mediante concesión de obra pública, de un aparcamiento en el subsuelo de la zona ajardinada Parcela V-I del Polígono II del P.P.CE nº 4 de Murcia capital, sita en San Benito-Ronda Sur	1042
185-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción del Centro de Atención Infantil en la calle Dr. Grande Covián de Yecla.....	1060
186-09	Resolución contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por la construcción del Centro de Atención Infantil de la calle Médico Miguel Rodríguez de Yecla	1069
212-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción y explotación de aparcamiento en el subsuelo de la Plaza Pública Doctor Fortún en Águilas	1250

213-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la concesión del servicio público de transporte urbano en las Torres de Cotillas.....	1260
214-09	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por el diseño y elaboración de un simulador virtual de calderas de vapor y otro de columnas de rectificación destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Ocupacional de Cartagena.....	1271
	Subtotal.....	15

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.

39-09	Modificación del contrato centralizado de los servicios de comunicaciones de la Administración Regional en los ejercicios 2006 a 2009. Lote 5: Servicio de Acceso Indirecto al Bucle del abonado.....	336
72-09	Modificación del contrato centralizado de los servicios de comunicaciones de la Administración Regional en los ejercicios 2006 a 2009. Lote 4 Servicio de Malla Troncal	514
92-09	Modificación del contrato de “Concesión para la redacción de Proyecto de obras y construcción de un parque recreativo resultante de la unión del Jardín del Desierto y Parque Norte, y posterior gestión del servicio”, adjudicado a la U.T.E. “--”	617
	Subtotal.....	3

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

01-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debido a accidente escolar	97
02-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	102
03-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	113
04-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	126
05-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	131
06-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	148
08-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	170
10-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	185

11-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y --, S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	206
12-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	210
13-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.....	220
14-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	220
15-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	220
17-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar	240
18-09	Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil --, S.A., y --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.	240
19-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	246
20-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una embarcación de su propiedad.....	252
21-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	252
24-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	275
26-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	284
27-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	292
28-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	292
29-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia del fallecimiento de su hijo en accidente de circulación	292
30-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	306
31-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y la mercantil --, S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	306
32-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	306
33-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	313

34-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, por accidente escolar.....	320
35-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	320
36-09	Responsabilidad patrimonial instada por --, S.L., por gastos derivados del depósito de un aval	324
37-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en su vehículo por accidente de circulación	328
38-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	336
40-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	342
41-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar	352
42-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación	355
43-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	360
44-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	364
45-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	365
47-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	374
48-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	375
49-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	383
50-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente durante el festival Alter Arte.....	391
51-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	395
53-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	406
54-09	Responsabilidad patrimonial instada por --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	410
55-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	414

56-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	414
57-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	415
58-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	420
60-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	430
61-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación del CEIP x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.....	444
62-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	459
64-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	467
65-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	474
66-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.....	488
68-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	498
69-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.....	498
73-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	521
77-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	540
78-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	553
79-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	553
80-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	553
81-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	554
82-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	554
83-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, y otra, como consecuencia de daños sufridos en accidente de circulación.....	571

84-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	586
85-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	586
86-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	590
89-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	595
93-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	647
94-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en finca de cultivo de su propiedad por anormal funcionamiento de los servicios públicos	647
95-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, por los daños y perjuicios sufridos en parcela de su propiedad como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.....	651
97-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	657
98-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, por accidente escolar.....	658
101-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos por el retraso del cobro de ayudas al sector vacuno	694
102-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	700
104-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	715
105-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente a consecuencia de obras en el Hospital Virgen de La Arrixaca.....	718
107-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	728
108-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	729
109-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	729
110-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	729

111-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por sustracción de prótesis durante intervención quirúrgica en centro hospitalario.....	730
113-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	740
114-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la mercantil ---, S.L., como consecuencia de los daños sufridos por la no devolución de cantidades pendientes.....	760
116-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro universitario.....	782
117-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.....	787
118-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente dentro del recinto del centro de trabajo.....	794
119-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.....	799
120-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	800
121-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.....	808
122-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de su fallecida esposa, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	809
123-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.....	809
124-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	814
126-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	822
127-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación.....	828
128-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de día de personas mayores.....	829
131-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales y judiciales.....	847
132-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	859
133-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.....	860

135-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	882
136-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	883
137-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	892
138-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro hospitalario.....	893
139-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	893
143-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	917
145-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	922
146-09	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	922
148-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación	935
149-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	940
150-09	Responsabilidad patrimonial interpuesta por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	941
151-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	941
152-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escola	955
153-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	956
154-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar	960
155-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	964
156-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	964
158-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar	975
159-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad.....	976

160-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	981
161-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	981
162-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en las inmediaciones de centro hospitalario	981
163-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud	982
164-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.....	982
165-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.....	982
167-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	990
168-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud	991
169-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	991
170-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.....	991
171-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.....	992
172-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro hospitalario.....	992
173-09	Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo asegurado	992
174-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	999
175-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.....	999
176-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1007
178-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en su nombre y en representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1024
183-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1050
184-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	1059

187-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.....	1069
191-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1099
192-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1099
193-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de x, por perjuicios ocasionados debidos a intervención arqueológica.....	1118
195-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1156
196-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1156
197-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1171
199-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1178
200-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1187
201-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente deportivo...	1194
203-09	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1207
204-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	1212
205-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar	1217
206-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	1218
207-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1221
208-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1222
209-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de y, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.....	1229
217-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.....	1308
218-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una explotación ganadera de su propiedad.....	1318

219-09	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1324
220-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1324
221-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1337
222-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	1337
223-09	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1352
225-09	Responsabilidad Patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad, por obras en carretera comarcal	1356
Subtotal.....		163

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

Subtotal.....0

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

Subtotal.....0

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

70-09	Reconocimiento de obligaciones contraídas con omisión del trámite de fiscalización previa, por las que se conceden ayudas derivadas del Programa de Mejora Medioambiental en los Espacios Naturales Protegidos de la Región de Murcia	498
182-09	Reconocimiento de obligaciones contraídas con omisión del trámite de fiscalización previa en la certificación liquidación del contrato de las obras de la Variante Norte de Totana a la empresa adjudicataria.....	1047
211-09	Reconocimiento de obligaciones con omisión del trámite de fiscalización previa derivadas de los siguientes contratos: Construcción de instalaciones para la interpretación del patrimonio rural del Valle y Carrascoy, adquisición e instalación de 36 equipos contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia, y asistencia técnica para la dirección de obra, coordinación de seguridad y salud de las obras de instalación de 36 equipos contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia	1245
215-09	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un edificio de servicios múltiples con funciones de demostración de la calidad ambiental y de la contaminación ubicado en Torre Pacheco, con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1292

224-09 Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión de cuatro becas de formación a titulados superiores en prácticas, con omisión del trámite de fiscalización previa	1353
---	------

Subtotal.....5

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.

25-09 Resolución de reparos de la Intervención General en el expediente de responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar	275
---	-----

71-09 Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio en el expediente: "Modificado de las obras de acondicionamiento de la Ctra. C-3314 a su paso por Yecla entre los pp.kk. 64,600 al 66,180"	504
---	-----

Subtotal.....2

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

Subtotal.....0

15- Pliegos generales para contratación y para concesiones.

Subtotal.....0

16.- Alteración, creación y supresión de municipios.

Subtotal.....0

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

Subtotal.....0

B) Potestativos:

09-09 Recurso extraordinario de revisión interpuesto por --, S.L., frente a resolución denegadora de prima al sacrificio de bovinos	176
---	-----

67-09 Consulta facultativa sobre la interpretación del artículo 42.1 LPAC en responsabilidad sanitaria. Simultaneidad de procedimiento administrativo y proceso contencioso sobre una misma pretensión. Simultaneidad de resoluciones.....	488
--	-----

115-09 Consulta facultativa relativa al recurso de reposición interpuesto por x, contra el acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se inadmite a trámite la solicitud de revisión de oficio de determinadas Órdenes de la Consejería de Economía y Hacienda.....	773
---	-----

Subtotal.....3

T O T A L225

III.- Índice alfabético de materias

MATERIA DEL DICTAMEN

ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: 03-09, 29-09, 42-09, 83-09, 126-09, 127-09, 148-09, 165-09, 176-09, 203-09.

ACCIDENTE EN CENTRO UNIVERSITARIO: 116-09, 201-09.

ACCIDENTE EN EL TRABAJO: 118-09, 217-09.

ACCIDENTE EN INSTALACIONES SANITARIAS: 162-09, 163-09, 168-09, 172-09.

ACCIDENTE ESCOLAR: 01-09, 13-09, 17-09, 25-09, 34-09, 43-09, 47-09, 51-09, 66-09, 69-09, 84-09, 85-09, 86-09, 98-09, 107-09, 109-09, 117-09, 119-09, 121-09, 123-09, 133-09, 137-09, 143-09, 149-09, 152-09, 153-09, 158-09, 164-09, 170-09, 171-09, 184-09, 187-09, 204-09, 206-09, 222-09.

ACTOS ADMINISTRATIVOS: 74-09.

AVALES BANCARIOS: 36-09.

CARRETERAS: 71-09, 218-09.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: 39-09, 59-09, 72-09, 88-09, 90-09, 92-09, 96-09, 99-09, 144-09, 212-09, 213-09, 214-09.

COOPERATIVAS: 193-09.

DAÑOS: 20-09, 50-09, 94-09, 95-09, 101-09, 105-09, 159-09, 218-09, 225-09.

DAÑOS A PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 175-09.

EDUCACIÓN: 61-09.

FIANZAS: 114-09.

GANADERÍA: 218-09.

INTERVENCIÓN Y FISCALIZACIÓN: 25-09, 70-09, 71-09, 182-09, 211-09, 215-09, 224-09.

NULIDAD: 210-09.

PATRIMONIO HISTÓRICO: 193-09.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 67-09.

RECURSO DE REPOSICIÓN: 09-09, 115-09, 179-09.

REGLAMENTOS: 07-09, 23-09, 46-09, 63-09, 75-09, 76-09, 87-09, 91-09, 100-09, 106-09, 112-09, 125-09, 129-09, 134-09, 140-09, 141-09, 142-09, 147-09, 157-09, 180-09, 188-09, 189-09, 189-09, 190-09, 194-09, 198-09, 202-09, 216-09.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO: 22-09, 166-09, 177-09, 181-09, 185-09, 186-09, 212-09, 213-09, 214-09.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 67-09.

REVISIÓN DE OFICIO: 16-09, 52-09, 74-09, 103-09, 130-09, 179-09, 210-09.

SANIDAD: 02-09, 04-09, 05-09, 06-09, 10-09, 12-09, 14-09, 15-09, 21-09, 24-09, 26-09, 27-09, 30-09, 40-09, 44-09, 45-09, 48-09, 55-09, 58-09, 60-09, 62-09, 64-09, 65-09, 68-09, 73-09, 77-09, 78-09, 79-09, 80-09, 81-09, 82-09, 93-09, 97-09, 102-09, 108-09,

110-09, 113-09, 120-09, 122-09, 124-09, 132-09, 135-09, 136-09, 138-09, 139-09, 145-09, 150-09, 151-09, 155-09, 160-09, 161-09, 167-09, 169-09, 174-09, 178-09, 191-09, 192-09, 195-09, 196-09, 197-09, 199-09, 200-09, 207-09, 208-09, 209-09, 219-09, 220-09, 221-09, 223-09.

SERVICIOS SOCIALES: 128-09, 131-09.

SUBVENCIONES: 70-09.

SUSTRACCIÓN: 41-09, 111-09, 154-09, 205-09.

VEHICULOS: 08-09, 11-09, 18-09, 19-09, 28-09, 31-09, 32-09, 33-09, 35-09, 37-09, 38-09, 49-09, 53-09, 54-09, 56-09, 57-09, 89-09, 104-09, 146-09, 156-09, 173-09, 176-09, 183-09, 203-09.

VIVIENDA: 225-09.

IV.- Índice de referencias normativas

ÁMBITOS

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

ORGANIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES

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

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

ÁMBITO: 1.-Normativa Comunitaria

05.-Directiva de la C.E.

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

Genérico: 216-09.

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

Genérico: 216-09.

06.-Reglamento Comunitario

(CEE) n° 2078/92, del Consejo de 30 de junio de 1992, sobre métodos de producción agraria compatibles con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural.

Genérico: 70-09.

(CE) n° 894/96 del Consejo, de 29 de abril de 1996, por el que se modifica, en materia de sanciones, el Reglamento (CEE) n° 805/68 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la carne de bovino.

Genérico: 09-09.

(CE) n° 508/1999 de la Comisión, de 4 de marzo de 1999, por el que se modifican los anexos I a IV del Reglamento (CEE) n° 2377/90 del Consejo por el que se establece un procedimiento comunitario de fijación de los límites máximos de residuos de medicamentos veterinarios en los alimentos de origen animal.

Genérico: 09-09.

(CE) n° 1254/99 del Consejo de 17 de mayo de 1999, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la carne de vacuno.

Artículo 23: 101-09.

(CE) N° 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles.

Genérico: 216-09.

(CE) N° 1774/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2002, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano.

Artículo 1: 216-09.

Artículo 23: 216-09.

ÁMBITO: 2.-Normativa Estatal

07.-Constitución Española de 27 de diciembre de 1978

Genérico: 105-09.

Artículo 6: 100-09.

Artículo 9: 07-09, 61-09, 134-09, 189-09.

Artículo 14: 100-09, 115-09.

Artículo 15: 112-09.

Artículo 16: 87-09.

Artículo 17: 112-09.

Artículo 23: 87-09.

Artículo 27: 100-09, 134-09.

Artículo 29: 115-09.

Artículo 31: 75-09, 112-09, 216-09.

Artículo 33: 193-09.

Artículo 43: 02-09, 05-09, 06-09, 10-09, 12-09, 14-09, 15-09, 21-09, 24-09, 27-09, 30-09, 44-09, 45-09, 48-09, 55-09, 60-09, 62-09, 64-09, 65-09, 68-09, 77-09, 78-09, 79-09, 80-09, 82-09, 97-09, 108-09, 110-09, 113-09, 120-09, 122-09, 124-09, 132-09, 135-09, 136-09, 139-09, 145-09, 150-09, 151-09, 161-09, 167-09, 169-09, 178-09, 180-09, 196-09, 199-09, 207-09, 220-09, 221-09, 223-09.

Artículo 45: 216-09.

Artículo 49: 134-09.

Artículo 53: 100-09.

Artículo 66: 189-09.

Artículo 81: 100-09.

Artículo 97: 23-09, 141-09.

Artículo 103: 40-09, 71-09, 75-09, 112-09, 190-09, 216-09.

Artículo 106: 02-09, 03-09, 05-09, 06-09, 10-09, 12-09, 15-09, 19-09, 21-09, 24-09, 27-09, 30-09, 32-09, 37-09, 44-09, 45-09, 48-09, 49-09, 55-09, 60-09, 61-09, 62-09, 64-09, 65-09, 68-09, 73-09, 77-09, 78-09, 79-09, 80-09, 81-09, 82-09, 97-09, 108-09, 110-09, 113-09, 120-09, 122-09, 124-09, 127-09, 132-09, 135-09, 136-09, 139-09, 145-09, 150-09, 151-09, 155-09, 160-09, 161-09, 169-09, 172-09, 174-09, 178-09, 195-09, 196-09, 197-09, 199-09, 200-09, 207-09, 217-09, 218-09, 220-09, 221-09, 223-09.

Artículo 134: 189-09.

Artículo 138: 134-09.

Artículo 148: 216-09.

Artículo 149: 07-09, 75-09, 87-09, 100-09, 134-09, 140-09, 180-09, 188-09, 190-09, 202-09, 216-09.

Artículo 161: 100-09.

08.-Estatutos de Autonomía

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

Artículo 9: 91-09.

Artículo 10: 76-09, 91-09, 140-09, 142-09, 193-09.

Artículo 11: 87-09, 91-09, 125-09, 142-09, 180-09, 198-09, 202-09, 216-09.

Artículo 12: 75-09, 190-09.

Artículo 15: 75-09.

Artículo 16: 100-09, 134-09.

Artículo 29: 100-09.

Artículo 30: 07-09.

Artículo 32: 07-09, 23-09, 100-09, 134-09, 141-09, 180-09, 202-09.

Artículo 41: 91-09.

Artículo 43: 194-09.

Artículo 46: 189-09.

Artículo 48: 91-09.

Artículo 51: 07-09, 91-09, 142-09, 188-09.

Artículo 52: 188-09.

09.-Ley Orgánica

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

Artículo 479: 02-09.

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

Artículo 6: 134-09.

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

Genérico: 25-09.

Artículo 36: 134-09.

Artículo 37: 134-09.

9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes.

Genérico: 134-09.

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

Artículo 2: 131-09.

Artículo 11: 131-09.

Artículo 15: 131-09.

Artículo 16: 131-09.

Artículo 18: 134-09.

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

Genérico: 23-09, 118-09.

4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

Artículo 3: 115-09.

Artículo 9: 115-09.

Artículo 11: 115-09.

Artículo 62: 115-09.

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

Artículo 5: 189-09.

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

Artículo 8: 100-09.

Artículo 35: 100-09.

Artículo 37: 100-09.

Artículo 38: 100-09.

Artículo 72: 100-09.

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

Genérico: 75-09.

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

Genérico: 134-09.

2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Genérico: 204-09.

Artículo 1: 134-09.

Artículo 4: 134-09.

Artículo 8: 134-09.

Artículo 9: 134-09.

Artículo 19: 134-09.

Artículo 26: 134-09.

Artículo 27: 134-09.

Artículo 30: 134-09.

Artículo 46: 194-09.

Artículo 71: 134-09.

Artículo 72: 134-09.

Artículo 74: 134-09.

Artículo 76: 134-09.

Artículo 78: 134-09.

Artículo 79: 134-09.

Artículo 80: 134-09.

Artículo 81: 134-09.

Artículo 82: 134-09.

Artículo 84: 134-09.

Artículo 87: 134-09.

Artículo 117: 189-09.

Artículo 121: 134-09.

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

Genérico: 100-09.

10.-Ley

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

Artículo 2: 59-09.

Artículo 10: 59-09.

Artículo 21: 59-09.

Artículo 22: 59-09.

Artículo 38: 59-09.

17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo.

Genérico: 115-09.

2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

Artículo 3: 63-09.

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

Genérico: 134-09.

25/1983, de 23 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos.

Genérico: 115-09.

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

Artículo 21: 210-09.

Artículo 22: 103-09, 210-09.

Artículo 23: 103-09.

Artículo 25: 165-09, 193-09.

Artículo 26: 165-09.

Artículo 53: 16-09, 103-09, 210-09.

Artículo 62: 210-09.

Artículo 65: 16-09, 103-09.

Artículo 110: 103-09, 210-09.

Artículo 127: 88-09.

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

Artículo 7: 193-09.

Artículo 10: 193-09.

Artículo 36: 193-09.

Artículo 42: 193-09.

Artículo 43: 193-09.

Artículo 44: 193-09.

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

Genérico: 02-09, 05-09, 06-09, 10-09, 12-09, 14-09, 15-09, 21-09, 24-09, 27-09, 30-09, 44-09, 45-09, 48-09, 60-09, 62-09, 64-09, 65-09, 68-09, 78-09, 79-09, 82-09, 97-09, 108-09, 124-09, 135-09, 145-09, 150-09, 151-09, 160-09, 167-09, 169-09, 178-09, 199-09, 207-09, 220-09, 221-09.

Artículo 2: 180-09.

Artículo 7: 196-09.

Artículo 9: 110-09, 113-09, 139-09.

Artículo 10: 77-09, 80-09, 110-09, 113-09, 120-09, 122-09, 139-09, 161-09, 223-09.

Artículo 16: 147-09.

Artículo 25: 87-09.

Artículo 29: 180-09.

Artículo 31: 180-09.

Artículo 40: 87-09.

Artículo 57: 180-09.

Artículo 61: 136-09.

Artículo 67: 132-09.

Artículo 69: 180-09.

Artículo 83: 147-09.

Artículo 90: 180-09.

Artículo 103: 198-09.

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

Artículo 82: 213-09.

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

Artículo 15: 32-09, 49-09.

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

Genérico: 216-09.

31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

Artículo 33: 115-09.

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

Genérico: 75-09.

Artículo 2: 116-09.

Artículo 3: 120-09.

Artículo 4: 193-09.

Artículo 7: 93-09.

Artículo 12: 104-09.

Artículo 13: 91-09.

Artículo 14: 179-09.

Artículo 22: 46-09, 129-09, 141-09, 142-09, 180-09.

Artículo 23: 129-09, 141-09, 142-09.

Artículo 24: 141-09, 205-09.

Artículo 25: 141-09.

Artículo 26: 141-09, 142-09, 180-09.

Artículo 28: 37-09, 164-09.

Artículo 29: 37-09, 164-09.

Artículo 31: 12-09, 14-09, 15-09, 18-09, 27-09, 29-09, 31-09, 32-09, 40-09, 49-09, 60-09, 62-09, 64-09, 77-09, 80-09, 110-09, 111-09, 114-09, 116-09, 122-09, 127-09, 155-09, 161-09, 174-09, 179-09, 183-09, 187-09, 193-09, 208-09, 209-09, 219-09.

Artículo 32: 21-09, 81-09, 110-09.

Artículo 35: 29-09, 32-09, 60-09, 100-09.

Artículo 38: 23-09.

Artículo 42: 02-09, 08-09, 12-09, 16-09, 40-09, 44-09, 45-09, 59-09, 60-09, 67-09, 77-09, 82-09, 88-09, 90-09, 96-09, 99-09, 100-09, 103-09, 113-09, 120-09, 131-09, 135-09, 144-09, 146-09, 150-09, 160-09, 166-09, 172-09, 176-09, 177-09, 181-09, 185-09, 186-09, 195-09, 199-09, 202-09, 210-09, 212-09, 213-09, 214-09.

Artículo 43: 28-09, 67-09, 100-09.

Artículo 44: 16-09, 59-09, 88-09, 90-09, 96-09, 99-09, 144-09, 166-09, 177-09, 181-09, 185-09, 186-09, 212-09, 213-09, 214-09.

Artículo 45: 186-09.

Artículo 59: 221-09.

Artículo 60: 46-09.

Artículo 62: 16-09, 52-09, 103-09, 115-09, 130-09, 193-09, 210-09.

Artículo 63: 52-09, 103-09, 193-09, 214-09.

Artículo 66: 16-09, 210-09.

Artículo 67: 99-09, 103-09.

Artículo 69: 59-09, 99-09, 100-09.

Artículo 70: 20-09.

Artículo 71: 19-09, 23-09, 28-09, 32-09, 53-09, 58-09, 110-09, 114-09, 127-09, 201-09, 219-09.

Artículo 75: 105-09.

Artículo 76: 19-09, 28-09, 32-09, 53-09, 120-09, 127-09.

Artículo 78: 40-09, 42-09, 126-09, 163-09.

Artículo 79: 52-09.

Artículo 80: 19-09, 40-09, 50-09, 52-09, 120-09, 127-09, 163-09, 172-09, 203-09.

Artículo 81: 116-09, 120-09.

Artículo 82: 100-09, 115-09.

Artículo 83: 100-09, 127-09, 146-09.

Artículo 84: 23-09, 25-09, 36-09, 52-09, 59-09, 120-09, 127-09, 172-09, 203-09.

Artículo 85: 40-09, 122-09, 162-09.

Artículo 86: 46-09.

Artículo 88: 05-09.

Artículo 89: 67-09, 114-09.

Artículo 91: 183-09.

Artículo 92: 16-09, 59-09, 88-09, 90-09, 96-09, 99-09, 144-09, 166-09, 177-09, 181-09, 212-09, 214-09.

Artículo 102: 16-09, 36-09, 52-09, 61-09, 67-09, 103-09, 115-09, 130-09, 179-09, 210-09.

Artículo 103: 52-09.

Artículo 105: 52-09.

Artículo 106: 67-09, 130-09.

Artículo 112: 67-09, 179-09.

Artículo 116: 46-09.

Artículo 118: 09-09.

Artículo 129: 198-09.

Artículo 132: 36-09.

Artículo 139: 01-09, 02-09, 03-09, 04-09, 05-09, 06-09, 08-09, 12-09, 13-09, 14-09, 15-09, 17-09, 18-09, 19-09, 20-09, 21-09, 24-09, 26-09, 27-09, 28-09, 29-09, 30-09, 31-09, 32-09, 33-09, 34-09, 35-09, 37-09, 38-09, 40-09, 41-09, 43-09, 44-09, 45-09, 47-09, 48-09, 49-09, 50-09, 51-09, 53-09, 55-09, 56-09, 57-09, 58-09, 60-09, 61-09, 62-09, 64-09, 65-09, 66-09, 68-09, 69-09, 73-09, 77-09, 78-09, 79-09, 80-09, 81-09, 82-09, 83-09, 84-09, 85-09, 86-09, 89-09, 93-09, 94-09, 95-09, 97-09, 98-09, 102-09, 105-09, 107-09, 108-09, 109-09, 110-09, 111-09, 113-09, 114-09, 117-09, 118-09, 119-09, 120-09, 121-09, 122-09, 123-09, 124-09, 127-09, 128-09, 131-09, 132-09, 133-09, 135-09, 136-09, 137-09, 138-09, 139-09, 143-09, 145-09, 146-09, 148-09, 149-09, 150-09, 152-09, 153-09, 155-09, 156-09, 158-09, 159-09, 160-09, 161-09, 162-09, 163-09, 164-09, 165-09, 167-09, 168-09, 169-09, 170-09, 171-09, 172-09, 173-09, 174-09, 175-09, 176-09, 178-09, 183-09, 184-09, 187-09, 191-09, 192-09, 193-09, 195-09, 196-09, 199-09, 200-09, 203-09, 204-09, 205-09, 206-09, 207-09, 208-09, 209-09, 217-09, 218-09, 219-09, 220-09, 221-09, 222-09, 223-09, 225-09.

Artículo 140: 25-09, 193-09.

Artículo 141: 03-09, 05-09, 08-09, 10-09, 11-09, 15-09, 19-09, 20-09, 29-09, 32-09, 33-09, 36-09, 48-09, 49-09, 53-09, 56-09, 57-09, 60-09, 61-09, 64-09, 65-09, 73-09, 77-09, 81-09, 82-09, 83-09, 89-09, 102-09, 108-09, 110-09, 113-09, 114-09, 117-09, 120-09, 122-09, 124-09, 127-09, 132-09, 136-09, 139-09, 146-09, 148-09, 153-09, 155-09, 156-09, 173-09, 174-09, 175-09, 176-09, 187-09, 192-09, 193-09, 195-09, 196-09, 200-09, 204-09, 217-09, 218-09, 221-09, 222-09.

Artículo 142: 01-09, 02-09, 05-09, 10-09, 12-09, 13-09, 14-09, 15-09, 17-09, 18-09, 19-09, 20-09, 21-09, 24-09, 27-09, 28-09, 30-09, 31-09, 33-09, 34-09, 35-09, 36-09, 37-09, 40-09, 41-09, 43-09, 44-09, 47-09, 48-09, 50-09, 51-09, 53-09, 54-09, 55-09, 56-09, 57-09, 58-09, 60-09, 61-09, 62-09, 64-09, 65-09, 66-09, 68-09, 69-09, 73-09, 77-09, 78-09, 79-09, 81-09, 82-09, 84-09, 85-09, 86-09, 89-09, 93-09, 94-09, 95-09, 97-09, 98-09, 101-09, 102-09, 105-09, 107-09, 108-09, 109-09, 110-09, 111-09, 113-09, 114-09, 116-09, 118-09, 119-09, 120-09, 121-09, 122-09, 124-09, 128-09, 131-09, 132-09, 133-09, 135-09, 136-09, 137-09, 139-09, 143-09, 145-09, 146-09, 148-09, 149-09, 150-09, 151-09, 152-09, 153-09, 154-09, 155-09, 156-09, 158-09, 159-09, 160-09, 161-09, 162-09, 164-09, 165-09, 167-09, 169-09, 170-09, 171-09, 172-09, 173-09, 174-09, 176-09, 178-09, 184-09, 187-09, 191-09, 193-09, 195-09, 196-09, 199-09, 200-09, 201-09, 203-09, 204-09, 205-09, 206-09, 207-09, 208-09, 209-09, 217-09, 219-09, 220-09, 221-09, 222-09, 223-09, 225-09.

Artículo 145: 03-09.

Artículo 146: 13-09, 17-09, 34-09, 66-09, 69-09, 84-09, 121-09, 123-09, 133-09, 170-09, 171-09, 183-09, 193-09, 206-09, 209-09.

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

Artículo 8: 125-09.

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

Artículo 5: 59-09.

Artículo 41: 59-09.

Artículo 60: 59-09.

Artículo 96: 59-09.

Artículo 110: 59-09.

Artículo 111: 59-09.

Artículo 114: 59-09.

Artículo 141: 59-09.

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

Genérico: 03-09, 05-09, 25-09, 222-09.

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

Artículo 10: 190-09.

1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Artículo 6: 02-09.

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

Genérico: 07-09, 188-09.

7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales.

Genérico: 63-09.

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

Artículo 4: 67-09.

Artículo 5: 67-09.

Artículo 36: 02-09, 12-09, 40-09, 44-09, 45-09, 60-09, 67-09, 77-09, 110-09, 113-09, 120-09, 135-09, 150-09, 195-09, 199-09.

Artículo 64: 67-09.

Artículo 76: 67-09.

Artículo 103: 67-09.

Artículo 133: 114-09.

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

Artículo 91: 106-09.

50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Artículo 61: 188-09.

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

Genérico: 110-09, 115-09, 132-09, 193-09.

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

Genérico: 129-09,

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

Genérico: 40-09.

Artículo 217: 05-09, 12-09, 18-09, 19-09, 27-09, 28-09, 31-09, 35-09, 37-09, 65-09, 73-09, 80-09, 81-09, 105-09, 108-09, 110-09, 111-09, 114-09, 117-09, 132-09, 138-09, 145-09, 148-09, 155-09, 161-09, 162-09, 163-09, 165-09, 168-09, 172-09, 174-09, 192-09, 195-09, 196-09, 197-09, 200-09, 207-09, 218-09, 219-09, 220-09, 221-09, 223-09, 225-09.

Artículo 222: 67-09.

Artículo 284: 172-09.

Artículo 299: 127-09.

Artículo 335: 02-09, 05-09, 10-09, 14-09, 21-09, 24-09, 30-09, 44-09, 60-09, 62-09, 78-09, 79-09, 81-09, 97-09, 120-09, 122-09, 124-09, 135-09, 136-09, 139-09, 151-09, 160-09, 167-09, 169-09, 174-09, 178-09, 219-09, 220-09.

Artículo 339: 24-09.

Artículo 367: 127-09.

Artículo 376: 127-09.

Artículo 2025: 05-09.

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

Genérico: 189-09.

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

Artículo 64: 194-09.

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

Artículo 1: 07-09.

Artículo 4: 07-09.

Artículo 5: 07-09.

Artículo 6: 07-09.

Artículo 7: 07-09.

14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público y otras normas tributarias.

Genérico: 136-09.

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

Artículo 2: 194-09.

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: 08-09, 80-09, 161-09, 223-09.

Artículo 2: 82-09.

Artículo 3: 05-09.

Artículo 4: 82-09.

Artículo 8: 82-09.

Artículo 18: 14-09.

Artículo 20: 08-09.

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

Artículo 6: 216-09.

Artículo 8: 216-09.

Artículo 76: 216-09.

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

Genérico: 92-09.

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

Genérico: 157-09.

Artículo 26: 180-09.

Artículo 27: 180-09.

Artículo 28: 180-09.

Artículo 29: 180-09.

Artículo 62: 180-09.

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

Artículo 2: 176-09.

Artículo 22: 176-09.

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

Artículo 30: 91-09.

Artículo 37: 212-09.

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

Artículo 24: 52-09.

Artículo 25: 52-09.

Artículo 36: 52-09.

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

Artículo 12: 59-09.

Artículo 15: 59-09.

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

Artículo 5: 157-09.

Artículo 8: 157-09.

Artículo 37: 157-09.

Artículo 43: 157-09.

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

Artículo 21: 130-09, 211-09.

Artículo 85: 130-09.

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

Genérico: 134-09.

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

Artículo 16: 157-09,

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

Artículo 33: 114-09.

Artículo 167: 114-09.

Artículo 213: 115-09.

Artículo 217: 74-09.

62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Genérico: 74-09.

17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

Genérico: 173-09.

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

Genérico: 216-09.

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

Artículo 15: 82-09.

Artículo 81: 198-09.

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

Artículo 2: 188-09.

Artículo 38: 189-09.

Artículo 61: 188-09.

Artículo 76: 188-09.

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

Artículo 6: 190-09.

Artículo 11: 07-09.

Artículo 27: 190-09.

20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Artículo 19: 75-09.

Artículo 20: 75-09.

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

Genérico: 07-09, 39-09, 72-09, 90-09, 96-09, 99-09, 166-09, 177-09, 181-09, 185-09, 186-09, 212-09, 214-09.

Artículo 2: 22-09.

Artículo 3: 22-09.

Artículo 4: 22-09.

Artículo 19: 22-09, 71-09.

Artículo 88: 22-09.

Artículo 90: 22-09.

Artículo 94: 22-09.

Artículo 192: 22-09.

Artículo 195: 22-09.

Artículo 196: 22-09.

Artículo 198: 33-09, 105-09.

Artículo 206: 22-09.

Artículo 207: 22-09.

Artículo 208: 22-09, 180-09.

Artículo 268: 22-09.

Artículo 276: 22-09.

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

Artículo 5: 216-09.

Artículo 52: 216-09.

14.-Real Decreto Legislativo

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

Artículo 74: 59-09.

1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea.

Artículo 1: 91-09.

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 3: 29-09.

Artículo 57: 18-09, 28-09, 31-09, 32-09, 33-09, 49-09, 218-09.

Artículo 65: 29-09.

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 13: 74-09.

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

Artículo 49: 59-09.

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

Artículo 58: 07-09.

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

Artículo 1: 33-09.

Artículo 2: 22-09.

Artículo 3: 22-09, 33-09.

Artículo 15: 59-09.

Artículo 20: 59-09.

Artículo 41: 88-09.

Artículo 43: 90-09, 96-09.

Artículo 53: 130-09, 213-09.

Artículo 55: 130-09.

Artículo 59: 22-09, 39-09, 88-09, 90-09, 92-09, 96-09, 99-09, 144-09, 166-09, 177-09, 181-09, 185-09, 186-09, 212-09, 213-09, 214-09, 215-09.

Artículo 61: 130-09.

Artículo 62: 130-09.

Artículo 64: 130-09.

Artículo 65: 130-09.

Artículo 67: 130-09.

Artículo 81: 88-09.

Artículo 95: 22-09, 90-09, 99-09, 144-09, 185-09, 186-09, 214-09.

Artículo 96: 88-09, 99-09, 214-09.

Artículo 97: 03-09, 33-09, 83-09, 104-09, 105-09, 165-09, 225-09.

Artículo 98: 185-09, 186-09.

Artículo 101: 22-09, 39-09, 71-09, 72-09, 92-09, 215-09.

Artículo 102: 215-09.

Artículo 110: 214-09.

Artículo 111: 22-09, 59-09, 88-09, 90-09, 96-09, 99-09, 144-09, 185-09, 186-09, 212-09, 213-09, 214-09.

Artículo 112: 39-09, 186-09, 212-09.

Artículo 113: 22-09, 90-09, 185-09, 186-09, 214-09.

Artículo 120: 92-09.

Artículo 124: 92-09.

Artículo 130: 92-09.

Artículo 134: 92-09.

Artículo 144: 185-09.

Artículo 146: 92-09, 215-09.

Artículo 147: 215-09.

Artículo 149: 71-09.

Artículo 151: 185-09, 186-09.

Artículo 159: 92-09.

Artículo 167: 92-09.

Artículo 172: 99-09, 214-09.

Artículo 182: 22-09.

Artículo 193: 22-09.

Artículo 196: 39-09, 72-09, 99-09, 214-09.

Artículo 198: 39-09, 72-09.

Artículo 214: 39-09, 214-09.

Artículo 215: 214-09.

Artículo 217: 72-09.

Artículo 250: 92-09.

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

Genérico: 03-09, 05-09, 26-09, 48-09, 102-09.

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

Artículo 35: 193-09.

Artículo 46: 103-09, 210-09.

16.-Real Decreto

1360/1976, de 21 de mayo, por el que se hace obligatorio el uso por parte de los establecimientos sanitarios con régimen de internado de un libro de registro.

Genérico: 136-09.

1073/1977, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General e Carreteras.

Artículo 86: 176-09.

2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del fondo Nacional de Asistencia Social a ancianos y a enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo.

Artículo 1: 83-09.

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

Artículo 78: 59-09.

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 57: 08-09.

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

Artículo 203: 36-09.

357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

Artículo 1: 83-09.

557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de Universidades y Centros universitarios.

Artículo 16: 100-09.

13/1992, de 17 de enero, por el que se aprueba el 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.

Artículo 36: 38-09, 127-09.

Artículo 56: 37-09.

332/1992, de 3 de abril, sobre autorización de centros docentes privados, para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias.

Artículo 17: 61-09.

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

Genérico: 06-09, 15-09, 18-09, 31-09, 60-09, 64-09, 111-09, 114-09.

Artículo 1: 33-09, 104-09.

Artículo 2: 80-09.

Artículo 3: 02-09, 07-09.

Artículo 4: 01-09, 04-09, 08-09, 12-09, 26-09, 27-09, 29-09, 30-09, 32-09, 47-09, 49-09, 50-09, 51-09, 55-09, 58-09, 61-09, 65-09, 73-09, 77-09, 80-09, 93-09, 98-09, 102-09, 104-09, 105-09, 107-09, 108-09, 109-09, 110-09, 116-09, 118-09, 120-09, 127-09, 128-09, 132-09, 136-09, 137-09, 138-09, 145-09, 146-09, 149-09, 150-09, 152-09, 154-09, 155-09, 158-09, 160-09, 161-09, 162-09, 163-09, 168-09, 172-09, 176-09, 183-09, 193-09, 197-09, 199-09, 201-09, 208-09, 209-09, 220-09, 221-09.

Artículo 6: 25-09, 35-09, 37-09, 38-09, 53-09, 58-09, 80-09, 93-09, 110-09, 117-09, 120-09, 131-09, 136-09, 150-09, 155-09, 163-09, 168-09, 172-09, 174-09, 195-09, 197-09, 225-09.

Artículo 7: 42-09, 126-09.

Artículo 9: 40-09, 120-09.

Artículo 10: 02-09, 05-09, 10-09, 21-09, 24-09, 26-09, 30-09, 62-09, 78-09, 81-09, 97-09, 101-09, 104-09, 120-09, 136-09, 151-09, 160-09, 167-09, 169-09, 174-09, 178-09, 208-09, 220-09.

Artículo 11: 05-09, 120-09, 165-09, 172-09.

Artículo 12: 01-09, 02-09, 05-09, 08-09, 12-09, 13-09, 14-09, 17-09, 21-09, 24-09, 26-09, 27-09, 29-09, 30-09, 32-09, 34-09, 41-09, 42-09, 43-09, 44-09, 45-09, 47-09, 48-09, 49-09, 50-09, 51-09, 54-09, 55-09, 58-09, 61-09, 66-09, 68-09, 69-09, 77-09, 78-09, 79-09, 80-09, 81-09, 82-09, 84-09, 85-09, 86-09, 93-09, 94-09, 95-09, 97-09, 98-09, 102-09, 105-09, 107-09, 108-09, 109-09, 113-09, 119-09, 120-09, 121-09, 122-09, 124-09, 127-09, 128-09, 133-09, 135-09, 136-09, 137-09, 139-09, 143-09, 145-09, 149-09, 150-09, 151-09, 152-09, 153-09, 158-09, 159-09, 160-09, 161-09, 162-09, 164-09, 167-09, 168-09, 170-09, 171-09, 172-09, 174-09, 175-09, 183-09, 184-09, 187-09, 191-09, 195-09, 196-09, 197-09, 199-09, 200-09, 206-09, 208-09, 209-09, 219-09, 220-09, 221-09, 223-09, 225-09.

Artículo 13: 02-09, 05-09, 12-09, 14-09, 19-09, 27-09, 28-09, 29-09, 30-09, 33-09, 37-09, 38-09, 44-09, 45-09, 55-09, 65-09, 68-09, 73-09, 77-09, 79-09, 82-09, 110-09, 113-09, 118-09, 120-09, 122-09, 124-09, 132-09, 135-09, 138-09, 139-09, 145-09, 146-09, 150-09, 155-09, 160-09, 170-09, 176-09, 195-09, 196-09, 200-09, 208-09, 222-09, 223-09.

Artículo 18: 25-09, 193-09.

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

Artículo 76: 176-09.

Artículo 94: 176-09.

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

Genérico: 200-09.

Artículo 2: 64-09.

Artículo 5: 15-09, 64-09.

696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales.

Genérico: 134-09.

82/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el reglamento orgánico de las escuelas de educación infantil y de los colegios de educación primaria.

Genérico: 134-09.

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

Genérico: 134-09.

296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses.

Genérico: 02-09.

299/1996, de 28 de febrero, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación.

Genérico: 134-09.

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

Artículo 26: 59-09.

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

Genérico: 218-09.

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

Artículo 15: 190-09.

Artículo 21: 190-09.

Artículo 28: 190-09.

Artículo 29: 190-09.

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

Genérico: 134-09.

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

Genérico: 93-09.

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

Genérico: 90-09.

Artículo 7: 96-09.

1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos.

Genérico: 09-09.

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

Genérico: 25-09.

1472/2000, de 4 de agosto, por el que se regula el potencial de producción vitícola.

Genérico: 140-09.

541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación.

Artículo 2: 39-09.

Artículo 7: 39-09, 72-09.

613/2001, de 8 de junio, para la mejora y modernización de las estructuras de producción de las explotaciones agrarias.

Genérico: 52-09.

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

Genérico: 166-09, 177-09, 181-09.

Artículo 4: 07-09.

Artículo 37: 39-09, 72-09.

Artículo 96: 211-09.

Artículo 97: 99-09, 214-09.

Artículo 102: 92-09, 215-09.

Artículo 103: 215-09.

Artículo 109: 22-09, 59-09, 88-09, 90-09, 96-09, 144-09, 185-09, 186-09, 212-09, 214-09.

Artículo 113: 214-09.

Artículo 139: 71-09.

Artículo 168: 215-09.

Artículo 172: 185-09, 186-09.

138/2002, de 1 de febrero, sobre determinadas ayudas comunitarias en el sector de la carne de vacuno.

Artículo 4: 09-09, 101-09.

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

Artículo 27: 87-09.

1098/2002, de 25 de octubre, por el que se regula la alimentación de aves rapaces necrófagas con determinados animales muertos y sus productos.

Genérico: 216-09.

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

Artículo 29: 106-09.

943/2003, de 18 de julio, por el que se regulan las condiciones para flexibilizar la duración de los diversos niveles y etapas del sistema educativo para los alumnos superdotados intelectualmente.

Artículo 3: 134-09.

Artículo 4: 134-09.

Artículo 5: 134-09.

Artículo 6: 134-09.

Artículo 7: 134-09.

Artículo 8: 134-09.

Artículo 9: 134-09.

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

Genérico: 180-09, 198-09.

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

Genérico: 37-09, 38-09.

Artículo 29: 29-09.

Artículo 140: 42-09.

1429/2003, de 21 de noviembre, por el que se regulan las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en materia de subproductos de origen animal no destinados al consumo humano.

Artículo 8: 216-09.

56/2005, de 21 de enero, por el que se regulan los estudios universitarios oficiales de Postgrado.

Genérico: 100-09.

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

Artículo 4: 74-09.

Artículo 72: 114-09.

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

Genérico: 129-09.

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

Artículo 13: 134-09.

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

Artículo 8: 134-09.

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

Artículo 12: 134-09.

Artículo 13: 134-09.

Artículo 14: 134-09.

Artículo 15: 134-09.

664/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la alimentación de aves rapaces necrófagas con subproductos animales no destinados a consumo humano.

Genérico: 216-09.

Artículo 3: 216-09.

Artículo 4: 216-09.

Artículo 6: 216-09.

1133/2007, de 31 de agosto, por el que se modifica el capítulo III del Reglamento General de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, que regula el sistema electoral.

Artículo 16: 125-09.

1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprueba el documento básico “DB-HR Protección frente al ruido” del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.

Genérico: 128-09.

1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

Artículo 3: 100-09.

Artículo 11: 100-09.

Artículo 18: 100-09.

Artículo 24: 100-09.

Artículo 25: 100-09.

Artículo 26: 100-09.

Artículo 27: 100-09.

Artículo 28: 100-09.

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

Genérico: 134-09.

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

Artículo 7: 157-09.

1244 /2008, de 18 de julio, por el que se regula el potencial de producción vitícola.

Artículo 1: 140-09.

Artículo 4: 140-09.

Artículo 11: 140-09.

Artículo 12: 140-09.

197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

Genérico: 75-09.

17.-Decreto

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

Artículo 4: 92-09.

Artículo 114: 92-09.

Artículo 126: 92-09.

Artículo 127: 92-09.

Artículo 128: 92-09.

Artículo 129: 92-09.

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

Artículo 11: 59-09.

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

Artículo 157: 59-09, 88-09, 96-09, 144-09.

82/2001, de 16 de noviembre, por el que se regula la contratación centralizada de bienes, servicios y suministros.

Genérico: 72-09.

18.-Códigos

Código Civil.

Artículo 2: 07-09.

Artículo 161: 131-09.

Artículo 162: 05-09, 13-09, 17-09, 34-09, 40-09, 43-09, 60-09, 62-09, 66-09, 69-09, 84-09, 85-09, 86-09, 109-09, 119-09, 121-09, 131-09, 133-09, 145-09, 153-09, 164-09, 170-09, 171-09, 184-09, 204-09, 206-09, 222-09.

Artículo 172: 131-09, 134-09.

Artículo 173: 131-09.

Artículo 1214: 40-09.

Artículo 1215: 40-09.

Artículo 1226: 40-09.

Artículo 1231: 40-09.

Artículo 1253: 40-09.

Artículo 1903: 175-09.

Artículo 1973: 10-09.

19.-Orden

28 de diciembre de 1999, por la que se aprueba la norma 8.1-IC, señalización vertical, de la Instrucción de Carreteras.

Genérico: 83-09.

SCO/3269/2006, de 13 de octubre, por la que se establecen las bases para la inscripción y el funcionamiento del Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas.

Genérico: 87-09.

22.-Resolución

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

Genérico: 75-09, 147-09.

24 de enero de 2006, 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 que resultarán de aplicar durante 2006, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Genérico: 48-09.

ÁMBITO: 3.-Normativa Autonómica

10.-Ley

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

Artículo 2: 07-09.

Artículo 6: 07-09.

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

Genérico: 129-09.

Artículo 1: 141-09, 142-09.

Artículo 2: 142-09.

Artículo 3: 142-09.

Artículo 10: 141-09.

Artículo 12: 142-09.

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

Genérico: 07-09, 134-09, 180-09.

3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia.

Artículo 35: 70-09.

Artículo 51: 70-09.

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

Artículo 20: 32-09, 49-09, 176-09.

Artículo 22: 176-09.

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

Genérico: 07-09.

Artículo 1: 91-09.

Artículo 3: 91-09.

Artículo 9: 91-09.

Artículo 49: 39-09, 72-09.

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

Artículo 5: 75-09.

1/1994, de 29 de abril, de Modificación de la Ley 9/1985, de 10 de diciembre, de los Órganos Consultivos de la Administración Regional.

Genérico: 129-09, 142-09.

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

Artículo 2: 180-09.

Artículo 6: 180-09.

Artículo 23: 64-09.

Artículo 24: 64-09.

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

Artículo 29: 76-09.

Artículo 33: 76-09.

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

Artículo 2: 216-09.

13/1995, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Región de Murcia para 1996.

Genérico: 70-09.

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

Artículo 15: 76-09.

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

Artículo 2:

Apartado 5: 129-09.

Artículo 11: 09-09, 67-09, 115-09.

Artículo 12: 67-09.

Apartado 2: 07-09, 63-09, 112-09, 189-09, 194-09.

Apartado 5: 23-09, 46-09, 75-09, 76-09, 87-09, 91-09, 100-09, 106-09, 125-09, 129-09, 134-09, 140-09, 141-09, 142-09, 147-09, 157-09, 180-09, 188-09, 190-09, 198-09, 202-09, 216-09.

Apartado 6: 16-09, 52-09, 74-09, 115-09, 130-09, 179-09, 210-09.

Apartado 7: 22-09, 59-09, 88-09, 90-09, 96-09, 99-09, 144-09, 166-09, 177-09, 181-09, 185-09, 186-09, 212-09, 213-09, 214-09.

Apartado 8: 39-09, 72-09, 92-09.

Apartado 9: 01-09, 02-09, 04-09, 05-09, 08-09, 10-09, 11-09, 12-09, 13-09, 14-09, 15-09, 17-09, 18-09, 19-09, 20-09, 21-09, 24-09, 25-09, 26-09, 27-09, 28-09, 29-09, 30-09, 31-09, 32-09, 33-09, 34-09, 35-09, 36-09, 37-09, 38-09, 40-09, 41-09, 42-09, 43-09, 44-09, 45-09, 47-09, 48-09, 49-09, 50-09, 51-09, 53-09, 54-09, 55-09, 56-09, 57-09, 58-09, 60-09, 61-09, 62-09, 64-09, 65-09, 66-09, 68-09, 69-09, 73-09, 77-09, 78-09, 79-09, 80-09, 81-09, 82-09, 84-09, 85-09, 86-09, 89-09, 93-09, 94-09, 95-09, 97-09, 98-09, 101-09, 102-09, 104-09, 105-09, 107-09, 108-09, 109-09, 110-09, 111-09, 113-09, 114-09, 116-09, 117-09, 118-09, 119-09, 120-09, 121-09, 122-09, 124-09, 126-09, 127-09, 128-09, 131-09, 132-09, 133-09, 135-09, 136-09, 137-09, 138-09, 139-09, 143-09, 145-09, 146-09, 148-09, 149-09, 150-09, 151-09, 152-09, 153-09, 154-09, 155-09, 156-09, 158-09, 159-09, 160-09, 161-09, 162-09, 163-09, 164-09, 165-09, 167-09, 168-09, 169-09, 170-09, 171-09, 172-09, 173-09, 174-09, 175-09, 176-09, 178-09, 183-09, 184-09, 187-09, 191-09, 193-09, 195-09, 196-09, 197-09, 199-09, 200-09, 201-09, 203-09, 204-09, 205-09, 206-09, 207-09, 208-09, 209-09, 217-09, 219-09, 220-09, 221-09, 222-09, 223-09, 225-09.

Apartado 12: 70-09, 182-09, 211-09, 215-09, 224-09.

Apartado 13: 25-09, 71-09, 222-09.

Artículo 14: 103-09.

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

Artículo 16: 202-09.

Artículo 19: 202-09.

Artículo 31: 198-09.

Artículo 34: 198-09.

Artículo 35: 198-09.

12/1997, de 23 de diciembre, de “Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 1998”

Artículo 42: 70-09.

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

Artículo 3: 63-09.

Artículo 4: 63-09.

Artículo 6: 63-09.

Artículo 12: 63-09.

Artículo 13: 63-09.

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

Artículo 5: 91-09.

Artículo 19: 91-09.

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

Artículo 2: 100-09.

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

Artículo 1: 188-09.

Artículo 2: 188-09.

Artículo 16: 188-09.

Artículo 17: 188-09.

Artículo 18: 188-09.

Artículo 19: 188-09.

Artículo 20: 188-09.

Artículo 21: 188-09.

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

Artículo 12: 99-09.

Artículo 14: 99-09.

Artículo 22: 99-09.

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

Artículo 28: 134-09.

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

Artículo 8: 125-09.

Artículo 12: 125-09.

Artículo 22: 125-09.

Artículo 29: 125-09.

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

Artículo 4: 02-09, 12-09, 40-09, 44-09, 45-09, 60-09, 110-09, 113-09, 135-09, 150-09, 199-09.

Artículo 7: 25-09.

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

Artículo 4: 23-09.

Artículo 10: 23-09.

Artículo 12: 23-09.

Artículo 22: 23-09.

Artículo 25: 141-09.

Artículo 28: 23-09.

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

Artículo 21: 23-09, 100-09, 134-09, 141-09.

Artículo 22: 07-09, 23-09, 46-09, 100-09, 129-09, 134-09, 141-09.

Artículo 26: 112-09.

Artículo 38: 46-09, 100-09, 129-09, 134-09, 180-09, 202-09.

Artículo 46: 07-09, 63-09, 112-09, 189-09, 194-09.

Artículo 52: 23-09, 46-09, 100-09, 129-09, 134-09, 141-09, 142-09, 157-09, 180-09, 202-09.

Artículo 53: 23-09, 46-09, 75-09, 76-09, 87-09, 91-09, 100-09, 125-09, 129-09, 134-09, 140-09, 141-09, 142-09, 147-09, 157-09, 180-09, 190-09, 198-09, 202-09, 216-09.

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

Artículo 3: 25-09, 91-09, 105-09.

Artículo 6: 134-09.

Artículo 11: 91-09.

Artículo 14: 07-09, 91-09.

Artículo 16: 07-09, 11-09, 13-09, 73-09, 74-09, 77-09, 80-09, 81-09, 85-09, 101-09, 114-09, 129-09, 130-09, 131-09, 147-09, 153-09, 155-09, 174-09, 195-09, 197-09, 202-09, 223-09, 225-09.

Artículo 23: 46-09, 180-09.

Artículo 24: 46-09, 142-09.

Artículo 25: 76-09, 129-09.

Artículo 28: 46-09.

Artículo 31: 46-09.

Artículo 32: 100-09.

Artículo 33: 07-09, 130-09, 179-09.

Artículo 34: 130-09.

Artículo 35: 07-09.

Artículo 38: 91-09.

Artículo 39: 07-09.

Artículo 40: 07-09, 91-09, 188-09.

Artículo 41: 07-09, 91-09, 188-09.

Artículo 42: 07-09.

Artículo 44: 07-09, 188-09.

Artículo 45: 91-09.

Artículo 47: 91-09.

Artículo 48: 91-09.

Artículo 49: 07-09.

Artículo 52: 07-09.

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

Artículo 4: 194-09.

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

Artículo 9: 100-09.

Artículo 11: 100-09.

Artículo 12: 100-09.

Artículo 13: 100-09.

Artículo 14: 100-09.

Artículo 17: 100-09.

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

Artículo 11: 70-09.

Artículo 31: 52-09.

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

Artículo 10: 129-09.

Artículo 11: 129-09.

Artículo 24: 129-09.

Artículo 25: 129-09.

10/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2006.

Genérico: 141-09.

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

Genérico: 07-09.

1/2006, de 5 de junio, del Consejo Agrario Gallego.

Genérico: 142-09.

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

Artículo 1: 91-09.

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

Artículo 3: 194-09.

4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Artículo 1: 193-09.

Artículo 6: 193-09.

Artículo 8: 193-09.

Artículo 54: 193-09.

Artículo 55: 193-09.

Artículo 56: 193-09.

Artículo 57: 193-09.

Artículo 59: 193-09.

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

Genérico: 23-09, 100-09, 134-09, 141-09.

Artículo 10: 140-09.

10/2007, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2008

Artículo 41: 101-09.

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

Genérico: 91-09.

1/2008, de 21 de abril, por la que se modifica la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.

Genérico: 76-09.

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

Artículo 3: 28-09.

Artículo 26: 08-09, 32-09, 218-09.

5/2008, de 13 de noviembre, por la que se extingue la Cámara Agraria de la Región de Murcia.

Artículo 2: 46-09.

Artículo 3: 142-09.

Artículo 4: 142-09.

Artículo 5: 46-09.

Artículo 6: 46-09.

Artículo 7: 46-09.

7/2008, de 26 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas en materia de Tributos Cedidos, Tributos Propios y Tasas Regionales para el año 2009.

Genérico: 91-09.

8/2008, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009.

Artículo 1: 91-09.

Artículo 41: 101-09.

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

Artículo 36: 180-09.

Artículo 66: 180-09.

Artículo 67: 180-09.

Artículo 70: 157-09.

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

Genérico: 194-09.

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: 91-09, 112-09, 129-09, 194-09.

Artículo 3: 114-09.

Artículo 22: 130-09, 211-09, 215-09.

Artículo 37: 70-09.

Artículo 49: 07-09.

Artículo 79: 114-09.

Artículo 90: 182-09.

Artículo 93: 101-09.

Artículo 95: 211-09.

Artículo 97: 25-09, 222-09.

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: 91-09, 134-09.

Artículo 19: 189-09.

Artículo 29: 188-09.

Artículo 67: 189-09.

Artículo 68: 189-09.

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: 194-09.

Artículo 20: 07-09.

Artículo 21: 147-09.

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 4: 193-09.

Artículo 8: 16-09, 193-09.

Artículo 12: 103-09.

Artículo 78: 193-09.

Artículo 81: 193-09.

Artículo 98: 210-09.

Artículo 106: 210-09.

Artículo 138: 16-09, 103-09, 210-09.

Artículo 139: 103-09, 210-09.

Artículo 140: 210-09.

Artículo 149: 103-09, 210-09.

Artículo 217: 193-09.

Artículo 232: 103-09, 210-09.

17.-Decreto

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

Artículo 3: 142-09.

57/1986, de 27 de junio, de Acceso a la Función Pública, Promoción Interna, y provisión de puestos de la Administración Regional.

Artículo 5: 188-09.

180/1987, de 26 de noviembre, sobre normativa reguladora de las actuaciones arqueológicas en la Región de Murcia.

Genérico: 193-09.

46/1990, de 28 de junio, por el que se aprueba el modelo y se dictan normas para la aprobación y modificación de las relaciones de puestos de trabajo y se configuran las especialidades u opciones de distintos cuerpos de esta Administración

Artículo 5: 07-09.

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

Genérico: 92-09.

1/1995, de 20 de enero, por el que se crea el Consejo Asesor Regional de Consumo de la Región de Murcia.

Artículo 2: 180-09.

27/1996, de 29 de mayo, por el que se regula la composición, organización y funcionamiento de la Comisión del Juego y Apuestas de la Región de Murcia.

Genérico: 76-09.

50/1996, de 3 de julio de 1996, sobre ingreso y traslado en Centros Ocupacionales de la Administración Regional para personas con deficiencia intelectual.

Artículo 3: 209-09.

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

Genérico: 07-09, 175-09.

69/1997, de 10 de octubre, sobre indemnizaciones por razón del servicio de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Genérico: 07-09.

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

Artículo 3: 130-09.

Artículo 46: 05-09, 16-09, 22-09, 25-09, 92-09, 112-09, 115-09, 144-09, 166-09, 177-09, 212-09.

Artículo 47: 144-09.

32/1998, de 4 de junio, por el que se configuran opciones en los distintos cuerpos de la Administración Pública Regional, se establecen Medidas de Fomento de Promoción Interna, y se modifica el Decreto 46/1990, de 28 de junio.

Genérico: 134-09.

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

Artículo 36: 202-09.

Artículo 37: 202-09.

279/1998, de 23 de diciembre, por el que se regula la composición, organización y funcionamiento de la Comisión de Juego y Apuestas de la Comunidad de Castilla y León.

Genérico: 76-09.

138/1999, de 28 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja de Depósitos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Artículo 1: 114-09.

Artículo 3: 114-09.

Artículo 14: 114-09.

Artículo 18: 114-09.

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 9: 203-09.

Artículo 10: 203-09.

Artículo 11: 203-09.

Artículo 14: 203-09.

Artículo 17: 25-09, 222-09.

Artículo 33: 70-09, 130-09, 182-09, 211-09, 215-09, 224-09.

25/2001, de 23 de marzo, por el que se establece la estructura de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Trabajo y Política Social.

Genérico: 75-09.

34/2001 de 4 de mayo, por el que se modifica el Decreto 47/1984, de 10 de mayo, que regula el Consejo Asesor Regional Agrario.

Genérico: 142-09.

75/2001, de 26 de octubre, por el que se desarrollan, para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, las normas de aplicación del Real Decreto 1.472/2000, de 4 de agosto, que regula el Potencial de Producción Vitícola.

Artículo 9: 140-09.

82/2001, de 16 de noviembre, por el que se regula la contratación centralizada de bienes, servicios y suministros.

Genérico: 39-09.

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

Artículo 3: 63-09.

441/2004, de 29 de junio, por el que se establece el régimen económico de los derechos de alta y otros costes de los servicios derivados del suministro a percibir por las empresas distribuidoras de gases combustibles por canalización que operen en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 6: 106-09.

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

Artículo 4: 180-09.

Artículo 8: 180-09.

Artículo 18: 180-09.

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

Genérico: 46-09.

96/2005, de 29 de julio, por el que se establece la estructura orgánica del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia

Artículo 1: 07-09.

4/2006, de 3 de febrero, 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.

Genérico: 100-09.

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

Genérico: 188-09.

13 /2006, de 17 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario.

Artículo 20: 188-09.

72/2006, de 11 de abril, por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta que tienen que aplicar las empresas distribuidoras de gas natural por canalización.

Artículo 5: 106-09.

44/2006, de 18 de mayo, por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y resto de costes a percibir por las empresas distribuidoras de gas natural canalizado.

Artículo 5: 106-09.

108/2006, de 26 de septiembre, por el que se regula la alimentación de aves rapaces necrófagas con cadáveres y restos de animales de especies de ganadería o cinegéticas, y se crea una red de muladares en el ámbito territorial de Castilla- La Mancha.

Genérico: 216-09.

99/2007, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.

Artículo 9: 125-09.

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

Genérico: 216-09.

290/2007, de 14 de septiembre, por el que se regula el Registro de Universidades, centros, estructuras y enseñanzas universitarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Artículo 10: 100-09.

291/2007, de 14 de septiembre, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Artículo 11: 134-09.

Artículo 13: 134-09.

315/2007, de 26 de octubre, por el que se establece el régimen económico de los derechos de alta y otros costes derivados a percibir por las empresas distribuidoras de gases combustibles por canalización.

Artículo 5: 106-09.

336/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueban las bases del programa de financiación de las universidades públicas de la Región de Murcia en el periodo 2007-2011.

Genérico: 100-09.

369/2007, de 30 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Artículo 9: 134-09.

Artículo 18: 134-09.

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

Artículo 9: 196-09.

Artículo 12: 79-09, 124-09, 196-09.

Artículo 14: 79-09, 124-09, 180-09, 196-09.

45/2008, de 11 de abril, por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros servicios relacionados con el suministro de gas por canalización.

Artículo 1: 106-09.

144/2008, de 22 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el potencial de producción vitícola.

Genérico: 140-09.

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

Genérico: 07-09, 134-09.

Artículo 10: 91-09.

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

Artículo 1: 190-09.

7/2009, de 13 de febrero, por el que se regula el control del potencial vitícola en la Comunidad Autónoma de la Rioja.

Genérico: 140-09.

13/2009, de 17/02/2009, por el que se determina el procedimiento para la autorización de la implantación y puesta en funcionamiento de las enseñanzas universitarias oficiales en el marco del Espacio Europeo.

Genérico: 100-09.

89/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan las normas que regulan el potencial de producción vitícola en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Genérico: 140-09.

107/2009, de 8 de mayo, por el que se regula la inscripción, cancelación y acceso al Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia.

Genérico: 141-09.

102/2009, de 26 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la autorización de la instalación y uso de comederos para la alimentación de aves rapaces necrófagas con determinados subproductos animales no destinados al consumo humano y se amplía la Red de comederos de Aragón.

Genérico: 216-09.

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

Artículo 8: 190-09.

19.-Orden

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

Genérico: 93-09.

13 de noviembre de 1995, de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua, por la que se establecen las ayudas derivadas del Programa de Mejora Agroambiental en los Espacios Naturales.

Artículo 2: 70-09.

20 de enero de 1997, por la que se modifica la Orden de 13 de noviembre de 1995, que establece las ayudas derivadas del Programa de Mejora Agroambiental en los Espacios Naturales Protegidos de la Región de Murcia.

Genérico: 70-09.

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

Artículo 12: 188-09.

Artículo 13: 188-09.

Artículo 21: 188-09.

12 de marzo de 2002, de la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, por la que se regula el procedimiento para la concesión de ayudas comunitarias en el sector de la carne de vacuno.

Artículo 2: 09-09.

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

Artículo 5: 188-09.

14 de diciembre de 2004, de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se refunden y modifican las órdenes reguladoras de las ayudas derivadas del Programa de Mejora Agroambiental en los Espacios Naturales Protegidos de la Región de Murcia.

Genérico: 70-09.

21 de septiembre de 2005, de la Consejería de Agricultura y Agua por la que se convocan ayudas a la primera instalación de agricultores y jóvenes y se establecen sus bases reguladoras en la Región de Murcia, en aplicación del Real Decreto 613/2001, de 8 de junio, para la mejora y modernización de las estructuras de producción de las explotaciones agrarias.

Genérico: 52-09.

17 de mayo de 2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud, por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados.

Genérico: 147-09.

AYG 1328/2009, de 17 de junio, por la que se regula el Potencial de Producción Vitícola en la Comunidad de Castilla y León.

Genérico: 140-09.

V. Dictámenes del año 2009

DICTAMEN 01/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debido a accidente escolar.**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 05/01/09****Extracto de Doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante oficio registrado el 29 de mayo de 2007, la Directora del IES “Miguel Hernández”, de Alhama de Murcia, remitió a la Consejería de Educación un escrito de reclamación formulado por x., por el accidente sufrido el 22 de mayo de 2007 por su hija en el citado Instituto. La reclamante hace uso del modelo de instancia del “Ministerio de Educación y Ciencia”, en el que no relata su versión de los hechos ni concreta la relación de causalidad entre el servicio público y el daño sufrido, si bien adjunta fotocopia del Libro de Familia y originales de facturas por los conceptos de “montura de gafas” y “cristal graduado”. El daño cuya cuantía se reclama como indemnización se valora en 177,70 euros.

La reclamación, presentada en el centro educativo, se remite a la Consejería junto con una “comunicación de accidente escolar” suscrita por la dirección del centro, en la que se relatan los hechos ocurridos el día 22 de mayo de 2007, a las 13 horas, en el pabellón municipal, siendo la actividad la de Educación Física: “*En clase de educación física, realizando un ejercicio colectivo, x. fue golpeada, de modo fortuito, por un compañero en la cabeza*”.

SEGUNDO.- Requerida la Directora para que informara sobre los hechos ocurridos, el 20 de junio de 2007, expresa lo siguiente:

“El día 23 de mayo de 2007 el grupo de 3º de Diversificación (D3C) se encontraba en clase de Educación Física, con el profesor x., en las instalaciones del Pabellón Municipal de Deportes, lugar donde habitualmente se desarrolla esta actividad.

En el momento del accidente, el grupo se encontraba realizando un ejercicio colectivo; en cuya ejecución y de modo totalmente casual y fortuito, la alumna x., fue golpeada en la cabeza por un compañero.

Como consecuencia del golpe, la alumna citada necesitó atención médica, por lo que fue trasladada al Ambulatorio de la Seguridad Social donde le fue suturada la herida que llevaba en la ceja. Además, las gafas que portaba quedaron completamente rotas.

Tras ser atendida médicamente, la familia de la accidentada se personó en el Centro con la intención de iniciar el trámite necesario para solicitar, a través del Seguro Escolar, la reposición de los gastos ocasionados en los hechos descritos. Esto fue hecho con fecha 28 de mayo de 2007”.

TERCERO.- Solicitado informe a la Inspección Educativa de la Consejería sobre diversos extremos relativos a la práctica de la asignatura de Educación Física, fue emitido el 4 de julio de 2007, formulando las siguientes conclusiones:

“1. La legislación educativa en vigor no permite en ningún caso la exención de cursar la Educación Física salvo para los mayores de 25 años.

2. El profesorado de esta materia, en su práctica docente, debe adaptarse a las peculiaridades físicas, temporales o permanentes, que presente cada uno de sus alumnos, manteniendo una actitud activa en la prevención de todas aquellas prácticas que pudieran dañar su salud. No cabe por tanto arbitrar procedimiento alguno por parte del alumno o sus familias para procurar la exención, aunque sí la aportación de aquellos documentos e informes que ilustren al profesorado acerca del estado psicofísico de sus alumnos.

3. Los profesores, como técnicos de la Administración Educativa, serán los que, de oficio, adopten las decisiones necesarias para la participación de todo el alumnado en las actividades que se propongan, según sus peculiaridades individuales”.

CUARTO.- Otorgado a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente para la formulación de alegaciones, no consta que haya hecho uso de dicho trámite.

QUINTO.- El 6 de febrero de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño por el que se reclama.

SEXTO.- Remitido el expediente a este Consejo Jurídico para su preceptivo Dictamen, el 2 de abril de 2008 emitió el nº 62/08, que finalizó con las siguientes conclusiones:

“PRIMERA.- Procede determinar el nivel y curso escolar de la niña en el momento del accidente y, si a la vista de ello, se confirmara que los daños están cubiertos por el seguro escolar, actuar conforme con lo indicado en el punto 1º de la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Sin perjuicio de lo anterior, y salvo desistimiento de la reclamante del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, procedería realizar el acto de instrucción reseñado en la Consideración Segunda de este Dictamen, con posterior remisión del expediente a este Consejo Jurídico para la emisión del Dictamen que proceda. (Informe del profesor de Educación Física).

TERCERA.- Por todo lo anterior, en este momento la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente”.

SÉPTIMO.- A la vista de lo anterior, la instrucción procedió a cumplimentar lo indicado en el referido Dictamen, remitiendo el oportuno oficio al centro escolar, cuya Directora emitió comunicación de fecha 30 de abril de 2008 en la que indica que la interesada no llegó a reclamar el resarcimiento de los gastos en cuestión al amparo del Seguro Escolar porque éste no cubre la prestación solicitada (reposición de gafas).

Asimismo, dicha Directora remitió informe, de la misma fecha, del profesor encargado de la clase de Educación Física en que ocurrió el accidente por el que se reclama. Dicho informe expresa lo siguiente:

“El bloque de contenidos que se estaba trabajando aquel día con los alumnos era el de expresión corporal utilizando el aerosport como recurso para la elaboración de una coreografía. Estos contenidos se adecúan a la edad de los alumnos de 3º ESO y así está reflejado en nuestra programación de Educación Física.

La sesión se llevó a cabo en una sala polivalente del Pabellón de deportes, sin duda, el lugar más apropiado de los que disponemos en el instituto para realizar este tipo de actividades. Por otra parte, los alumnos trabajaban en pequeños grupos de 5-6 alumnos mediante la asignación de tareas.

En un momento determinado dos alumnos se desmarcaron momentáneamente de la actividad propuesta para jugar y bromear entre ellos alejándose ligeramente de su zona de trabajo. En esta acción x. hizo un desplazamiento hacia atrás y sin mirar, golpeando a x., quien resultó herida de levedad en la ceja izquierda, al tiempo que resultaron rotas las gafas de la alumna.

Después del accidente la alumna fue socorrida por el profesor. Asimismo, al comprobar el resultado de la broma, los alumnos causantes del incidente se disculparon inmediatamente ante su compañera y el profesor, alegando falta de intencionalidad y un sentido arrepentimiento. Actualmente, x. considera, como ya lo hizo en aquel momento, que el accidente fue una acción fortuita, involuntaria y no intencionada.”

OCTAVO.- Otorgado a la reclamante un nuevo trámite de audiencia, mediante escrito de 6 de mayo de 2008 manifestó su intención de no formular alegaciones.

NOVENO.- El 19 de mayo de 2008 la instructora emite informe en el que, por una parte, señala que, según la normativa vigente, los gastos de reposición de gafas no están cubiertos por el Seguro Escolar. En lo que atañe a la reclamación de responsabilidad, informa lo siguiente:

“CUARTO.- Mediante fax remitido con fecha 30 de abril de 2008, la Directora del centro adjunta el informe elaborado por el profesor de Educación Física y comenta que la interesada no presentó petición de indemnización al Seguro escolar por rotura de gafas ya que éste no cubre esta contingencia. En el informe indicado se señala que la alumna cursaba 3º de ESO, así como que fue accidental, debido en alguna medida a la acción de los propios alumnos, por lo que me reitero en la apreciación de falta de nexo causal”.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 22 de mayo de 2008, el Consejero de Educación, Ciencia e Investigación remitió a este Consejo Jurídico la documentación reseñada en los Antecedentes Séptimo a Noveno y solicitó la emisión de nuestro preceptivo Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

I.- La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II.- La hija de la reclamante, menor de edad (actuando su madre en su representación legal), al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

III.- En lo que se refiere al procedimiento, se advierte que, tras las actuaciones instructoras adicionalmente practicadas, debería haberse formulado una nueva propuesta de resolución en la que, a la vista de todo lo actuado, la instructora expresase su parecer sobre la reclamación presentada. No obstante, dado que de su informe reseñado en el Antecedente Noveno se extrae dicho parecer, en el presente caso no existe obstáculo sustancial para la emisión del Dictamen, sin perjuicio de que, posteriormente, deba elaborarse una formal propuesta de resolución que incluya las actuaciones realizadas con posterioridad a la propuesta remitida en su día a este Consejo Jurídico y las consideraciones adicionales correspondientes.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama. Inexistencia.

El Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, Dictamen 180/02), ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Asimismo 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”*. El mismo órgano consultivo sostiene la ausencia de nexo causal entre el actuar administrativo y los daños sufridos por los escolares en los centros docentes de titularidad pública, cuando se ocasionan por acciones fortuitas de otros niños enmarcadas en un contexto de juego o involuntariedad. En este sentido, también es abundante la doctrina sentada por el

Consejo Jurídico 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.

Así, en nuestro Dictamen núm. 2/2003 indicamos: “*A tal efecto, ha de recordarse que, en supuestos similares, en que los daños se producen como consecuencia de actuaciones de otros alumnos tales como zancadillas o empujones, en 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 de este Consejo Jurídico*”.

En el presente caso, y según el informe emitido por el profesor de Educación Física que dirigía la clase en la que se produjo el daño, éste fue producto de una acción involuntaria de uno de los alumnos, tratándose de un suceso que resulta inevitable para el profesorado dentro de la dinámica de desenvolvimiento de aquéllos en el centro escolar.

Por ello, no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama, esto es, no concurre uno de los requisitos establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, lo que conduce a la desestimación de la reclamación presentada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Conforme con lo expresado en la Consideración Segunda, III, de este Dictamen, debe elaborarse una nueva propuesta de resolución en la que se incluyan las actuaciones realizadas después de la formulación de la propuesta que obra en el expediente, así como las consideraciones adicionales que correspondan, a la vista de tales actuaciones.

SEGUNDA.- No existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. Por ello, procede desestimar la reclamación de referencia, previa realización de lo indicado en la Conclusión Primera.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 02/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 05/01/09

Extracto de Doctrina

Sólo en el caso de que se produzca una infracción de la lex artis responde la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica, tanto en la indicación de la cirugía como durante la intervención quirúrgica, permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación en una intervención quirúrgica realizada conforme a la lex artis.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 9 de enero de 2006, y por medio de Letrado del Turno de Oficio, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud (SMS), por los daños sufridos como consecuencia de la inadecuada asistencia sanitaria recibida. Según expone el reclamante, desde el año 2001 padecía una espondilolistesis L5-S1, de la que fue intervenido quirúrgicamente el 4 de diciembre de 2003, en el Hospital Morales Meseguer, de Murcia. Durante el postoperatorio mostró salida de líquido cefalorraquídeo (LCR) por la herida y orificio de drenaje, razón por la que, después de intentar un tratamiento conservador, hubo de ser reintervenido de urgencia, el 21 de diciembre de 2003, mediante taponamiento de fuga anterior de LCR no suturable con parche de duramide.

Según el reclamante, después de la intervención, presentó hallazgos congruentes con afectación radicular a nivel de L5 izquierda en grado leve y signos crónicos de evolución. Ante el creciente dolor lumbar que padece, es remitido a la Unidad del Dolor, en fecha 5 de julio de 2005, sin mejoría a pesar del tratamiento pautado, tal como confirman los resultados de la TAC y electro-miografía practicadas el 9 de noviembre de 2005, en las que se refieren: “hallazgos congruentes con lesión orbicular L5 izq. grado leve a moderado, en estado crónico de evolución con signos de denervación”.

En opinión del reclamante, la intervención que se le practicó, el 4 de diciembre de 2003, no era la adecuada para la lesión que padecía, lo que le provocó un detrimento de su capacidad antropobiológica, con declaración por el INSS de incapacidad permanente total para su trabajo habitual, de forma que no pudo continuar con su trabajo de conductor de camiones, de transporte internacional.

Por todo lo expuesto, solicita una indemnización de 316.477,12 euros, cantidad que en su momento concretaría, dado el carácter evolutivo de las secuelas padecidas, y que ha cal-

culado conforme al sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación.

Propone prueba pericial, consistente en que se recabe informe del Médico Forense adscrito a la Administración de Justicia, sobre la determinación y cuantificación de las secuelas padecidas a causa de la intervención, de la relación de causalidad entre éstas y dicha intervención, y de si se pudo producir un error médico en la misma.

Acompaña a la solicitud diversa documentación relativa a su declaración de incapacidad laboral y a la asistencia sanitaria recibida, que acredita mediante la aportación de abundante documentación clínica.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se designa órgano instructor, que procede a comunicar aquélla a la correduría de seguros del SMS, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y al Director Gerente del Hospital Morales Meseguer, recabando de este último la remisión de la historia clínica del paciente e informe de los médicos que lo atendieron.

TERCERO.- Junto a la historia clínica, la Dirección Médica del Hospital remitió, entre otros, los siguientes informes:

— El Informe del facultativo especialista en Traumatología que operó al paciente, según el cual:

“1. El enfermo acude a consulta de cirugía del raquis del Hospital Morales Meseguer, por primera vez el día 3 de diciembre de 2002, acuciado por una completa incapacidad para cualquier tarea física mínimamente exigente, que le impide no ya su actividad profesional sino la bipedestación y la sedestación normal por dolor lumbar mecánico y ciático izquierdo de alta intensidad, a resultas del cual había dejado de realizar su actividad laboral habitual y sobre el que el tratamiento conservador, medicamentoso y físico, se mostró ineficaz absolutamente. Como puede comprobarse en la historia clínica inicial, en el apartado exploración, tenemos anotada la frase: “enormes muestras de dolor a la exploración”, que está escrita el 3 de diciembre de 2002. La segunda visita (12 de marzo de 2003), el enfermo no acude a su cita (...) Finalmente desde su primera visita hasta la intervención, transcurrió un año, en el que intentamos tratamiento conservador que no mostró eficacia ninguna.

2. Su intervención transcurrió sin incidencias, más allá de las dificultades típicas de una espondilolistesis sobre una displasia L5-S1 al uso.

3. Efectivamente hubo una complicación en el postoperatorio inmediato, una fístula de LCR por su herida, sobre la que fracasado el tratamiento postural, se aplicó tratamiento quirúrgico urgente, tratamiento que hice personalmente con carácter de urgencia (21 de diciembre de 2003) en periodo no laboral, y por lo tanto no remunerado, y que fue totalmente resolutivo, desapareciendo cualquier signo de escape de LCR directo o indirecto.

4. Efectivamente desde el punto de vista del paciente —a través de las infinitas visitas postoperatorias realizadas a mi consulta, incluido un ingreso para tratamiento analgésico que el enfermo pospuso voluntariamente por causas personales—, y del mío propio, la evolución postoperatoria ha sido negativa desde el punto de vista del alivio del dolor lumbar y radicular izquierdo.

5. *Discrepamos con el x., respecto del hecho de que el grado de dolor lumbar es mayor que previamente a la intervención, pues preoperatoriamente el enfermo ya presentaba un dolor lumbociático izquierdo, completamente invalidante. De todas formas, sabemos que la percepción de cualquier dolor es completamente subjetivo, hecho que aceptamos y con el que ejercemos con el mejor de los ánimos nuestra actividad quirúrgica. Por ello fue enviado al Servicio de Rehabilitación del Hospital, siendo valorado por la Dra. x., quien al respecto de dicha visita hace un informe de incidencias, dejando escrito el comportamiento vejatorio que para con ella tiene el señor x. en la consulta.*

6. *En la EMG tras la intervención, el enfermo presenta hallazgos de afectación radicular L5 leve crónica, estudio que yo mismo solicito ante las desmesuradas muestras de dolor y porque en ese momento realmente me parece que tiene una clínica sensitivo-motora incompleta de dicha raíz, y además por dos veces, dado que el primer estudio resulta incompleto por intolerancia del enfermo al mismo, y por la reacción violenta que en el enfermo se desencadena y que la electromiografista me comenta en persona el día después. El resultado final de dicha prueba muestra similares alteraciones radiculares que las halladas preoperatoriamente”.*

Continúa el facultativo relatando la remisión del enfermo a la Unidad del Dolor, por ser la más adecuada por la sintomatología que presentaba. Destaca que, estando citado para ser infiltrado con bótox por una contractura muscular, no se presentó.

Finaliza el informe afirmando: a) que el tratamiento quirúrgico aplicado al enfermo era el idóneo una vez agotados, como de hecho se agotaron, todos los medios de tratamiento no quirúrgico; b) que la operación transcurrió sin incidencias intraoperatorias; y c) que la complicación postoperatoria fue definitivamente resuelta mediante una intervención urgente.

— El Informe del Servicio de Rehabilitación del Hospital, según el cual se trata de un “paciente de cuarenta y tres años revisado en consultas externas del Servicio de Rehabilitación, por cuadro de raquialgias de origen lumbar irradiadas a región lateral de miembro inferior izquierdo hasta primer dedo.

Fue intervenido el 4 de diciembre de 2003 de espondilolistesis L5-S1, realizando una artrodesis y descompresión foraminal bilateral. Más tarde, precisó reintervención por fuga de LCR desde el saco dural, el 21 de diciembre de 2003.

Recibió tratamiento rehabilitador en clínica concertada, desde el 10 de mayo de 2004, hasta el 7 de junio de 2004, sin experimentar mejoría de sus síntomas.

Acudió el pasado 6 de agosto de 2004, a revisión médica. El paciente solicitaba ayuda para acudir a tratamiento en centro de hidroterapia-balneoterapia búlgaro. Se le informó de la no existencia de esa prestación dentro del catálogo de prestaciones del Servicio Murciano de Salud y, dada la no respuesta a tratamiento rehabilitador, se remitió a traumatología-Unidad de Raquis, para reevaluar su situación.

Entre las pruebas diagnósticas a nuestra disposición destacaba la siguiente resonancia magnética, de 05/07/2004:

Prolapso discal difuso L5-S1 con estenosis de los agujeros de conjunción sobre todo del derecho con contacto con las raíces nerviosas. Artrodesis L5-S1. Anterolistesis grado I L5-S1.

No imágenes claras de cambios degenerativos en articulaciones facetarias. Canal raquídeo y médula espinal sin hallazgos”.

Asimismo, consta en la historia clínica el informe de la Unidad del Dolor, sobre el tratamiento aplicado al paciente tras la intervención, afirmando que *“desde entonces continuaba con sensación de dolor, incluso mayor que la previa a la intervención por lo que había sido tratado mediante rehabilitación, sin respuesta adecuada al tratamiento.*

En nuestra Unidad se aprecia dolor lumbar, siendo diagnosticado de síndrome miofasial de músculo cuadrado lumbar y psoas iliacos bilaterales, así como de radiculopatías en territorio L5-S1. Se ajusta tratamiento con opioides, anticonvulsivantes, antiinflamatorios y protección gástrica, sin obtener mejoría clínica y se le propone infiltración con anestésicos locales y corticoides de dichos músculos, que aún no ha sido realizada.

En cuanto al pronóstico no podemos ser optimistas dada la falta de respuesta terapéutica a los tratamientos analgésicos administrados, no obstante, todavía quedan opciones terapéuticas por probar”.

CUARTO.- El 16 de octubre de 2006 se notifica al reclamante el acuerdo del órgano instructor por el que rechaza la práctica de la prueba pericial por él propuesta consistente en que el Médico Forense se pronuncie sobre la adecuación a normopraxis de la asistencia que se le dispensó, de la posible relación de causalidad entre ésta y las posibles secuelas que padezca el reclamante, y en su caso la cuantificación de las mismas, al considerarla impropcedente, toda vez que dichas cuestiones serían informadas en su momento por la Inspección Médica, órgano competente en esta materia en el ámbito de la Administración Sanitaria.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica el 20 de diciembre de 2006, se emite el 31 de marzo de 2008, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1. Se trata de paciente de 40 años, con patología de 10 años de evolución, periodos largos de Incapacidad Temporal por hiperalgia e incapacidad. Déficit motor y alteración radicular señalada en el EMG, y diagnóstico de espondilolistesis confirmado por RNM, sometido a tratamiento conservador durante al menos 1 año, y con un trabajo (camionero) que requiere posturas que están descritas como desencadenantes de la enfermedad.

2. Por tanto, el diagnóstico fue correcto y la actitud terapéutica, expectante primero, y más tarde, la propuesta de intervención quirúrgica, fue la mejor, considerando la situación patológica del paciente.

3. El consentimiento informado estaba firmado por el paciente desde el 11 de abril de 2003, casi ocho meses antes de la intervención. Se trata de un consentimiento informado específico para instrumentación de columna lumbar y artrodesis y que expresamente contiene en qué consiste la intervención, que ha sido informado adecuadamente y las posibles circunstancias que pueden darse durante o post-intervención.

4. Queda expresamente especificado en el consentimiento informado, las alternativas terapéuticas a la intervención quirúrgica, así como que el documento puede ser revocado en todo momento.

5. En el post-operatorio inmediato presentó fistula de líquido cefalorraquídeo, riesgo típico de esta intervención, actuándose con total diligencia en su resolución, quedando resuelto y sin secuelas.

6. *La actitud posterior y de recuperación con el paciente han sido correctas, derivándose a otras especialidades (Rehabilitación, tratamiento fisioterápico y Unidad del Dolor), buscando siempre el mejor beneficio y más inmediato para el paciente. El paciente continúa sometido a revisiones periódicas, tanto por la Unidad de Raquis como por la Unidad del Dolor.*

7. *Queda demostrado que el dolor residual post-intervención que refiere el paciente puede tener su causa en:*

a) *Circunstancia intrínseca de la intervención quirúrgica, establecido en el consentimiento informado como posibilidad de dolor local permanente.*

b) *Síndrome miofascial como consecuencia de las condiciones específicas en que este paciente debe realizar las tareas esenciales de su profesión habitual, de camionero.*

No pudiendo decirse, por tanto, que exista una relación causa efecto directa entre la intervención realizada al paciente con un hipotético mal resultado, como así mismo establece el Dr. x. en su informe”.

La conclusión final, a modo de síntesis, es del siguiente tenor: *“la asistencia prestada al paciente tanto en cuanto al diagnóstico, información, preparación, indicación quirúrgica, técnica aplicada y postoperatorio y tratamiento posterior a través de la Unidad del Dolor, Unidad de Raquis y Servicio de Rehabilitación de la espondilolistesis ha sido en todo momento adecuada a la medicina basada en la evidencia de los conocimientos actuales y con la consideración que la situación requería”.*

SSEXTO.- Por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta Dictamen pericial que, tras relatar los hechos objeto de la reclamación y formular las oportunas consideraciones médicas, concluye que la actuación sanitaria es conforme a “lex artis”, toda vez que la intervención estaba indicada y se llevó a cabo de forma técnicamente correcta, considerando que el paciente sufrió una complicación inherente al propio acto quirúrgico, cuyo riesgo conocía, del que no le quedaron secuelas y que había aceptado mediante el correspondiente consentimiento informado. Además, dicha complicación fue resuelta de forma inmediata y conforme a *lex artis*.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, no consta que el reclamante formulara alegación alguna.

OCTAVO.- Figura en el expediente que, durante la instrucción del procedimiento, el reclamante interpuso recurso contencioso administrativo, tramitado con número de procedimiento ordinario (P.O.) 379/2006, ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12

del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación ha sido interpuesta por quien sufre los daños 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 (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, como titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños, conforme a lo previsto en el artículo 142.2 LPAC y 3 RRP, correspondiendo su resolución a la Consejera de Sanidad y Consumo.

2. 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 en que se produce la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño, el 4 de diciembre de 2003, y la presentación de la reclamación el 9 de enero de 2006. Resta por determinar, no obstante, cuál es el momento de estabilización de los daños que se imputan a la atención recibida, pues tal será el *dies a quo* del plazo de prescripción.

Ante el silencio del reclamante en la fijación de tal momento, el órgano instructor lo sitúa en el 5 de mayo de 2005, fecha en la que el paciente se somete a una electromiografía que desvela "*hallazgos congruentes con la existencia de lesión radicular L5 Izda. en grado leve a moderado, en estadio crónico de evolución, con presencia de signos electromiográficos de actividad de fenómenos de denervación-reinervación*". Estima, por ello, el instructor que tal afectación radicular constituye una secuela del proceso médico al que fue sometido el paciente, y que es en ese momento cuando puede considerarse estabilizada. Por su parte, la Inspección Médica señala expresamente que esa afectación radicular existía ya con carácter previo a la intervención, persistiendo tras ella con fenómenos sugestivos de actividad de regeneración nerviosa. Afirmo, asimismo que, por tanto, no puede considerarse que el dolor que presenta el paciente tenga su causa exclusiva en la intervención quirúrgica.

Por tanto, y existiendo dudas acerca de si la situación que presenta el paciente a 5 de mayo de 2005 es consecuencia de la intervención o si, por el contrario, se debe a la patología previa, procede considerar que la reclamación se presentó dentro de plazo, en aplicación del principio *pro actione*.

3. Respecto a la tramitación, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

Sin embargo, conviene destacar la ausencia de prueba por parte del reclamante de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible en

exclusiva al mismo. En el presente supuesto los informes médicos de los facultativos que le atendieron en el Hospital y de la compañía de seguros del SMS no han sido cuestionados o rebatidos por la parte actora a través de las correspondientes alegaciones en el trámite de audiencia que se le ha otorgado. Antes al contrario, el reclamante solicita, en ejercicio de su derecho a la asistencia jurídica gratuita, que se recabe el informe del Médico Forense para acreditar la existencia de error médico en la actuación de los facultativos actuantes, así como el nexo de causalidad entre la asistencia sanitaria y los daños sufridos. Por la instrucción se considera dicha prueba improcedente, toda vez que durante la instrucción del procedimiento se recabará informe de la Inspección Médica cuyo objeto serán, precisamente, las cuestiones que el reclamante pretende probar a través de la pericia solicitada. El interesado se aquieta frente a la sustitución de la prueba por él propuesta, por el informe de la Inspección.

En primer lugar, la calificación más adecuada para justificar el rechazo de la prueba invocada, más que improcedente sería la de innecesaria, pues la intervención de la Inspección Médica en este tipo de procedimientos ya permite contar en el expediente con una prueba pericial de carácter objetivo e imparcial que ilustre acerca de las cuestiones controvertidas, sin necesidad de acudir a una pericia que, en su caso, podrá solicitarse en el transcurso del correspondiente proceso jurisdiccional, sede natural de actuación de los Médicos Forenses, atendida su vinculación con la Administración de Justicia (Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses y 479 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial).

En cualquier caso, el régimen del beneficio de justicia gratuita de que disfruta el reclamante posibilita acudir a técnicos dependientes de la Administración, para ofrecer la asistencia pericial que aquél conlleva. En efecto, el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende una serie de prestaciones, que se detallan en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de dicho sistema, entre las que se encuentra la asistencia pericial gratuita (apartado 6 de dicho artículo), que se llevará a efecto por el personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas y, en última instancia, y siempre que el Juez o Tribunal lo estime pertinente en resolución motivada, por técnicos privados.

En el supuesto sometido a consulta y encontrándonos en un procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, no jurisdiccional, el recurso a la Inspección Médica, al tiempo que contemplado por la normativa reguladora del derecho a la asistencia jurídica gratuita, cumple con la finalidad de la prueba pericial, en la medida en que ofrece un juicio de la actuación sanitaria realizada desde la óptica de la técnica médica.

Las consecuencias de la falta de respaldo probatorio de las imputaciones del interesado, que se desprenden del informe de la Inspección Médica, serán analizadas en ulteriores consideraciones.

4. La circunstancia de que se haya interpuesto por el actor ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (art. 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el

artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (art. 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestros Dictámenes núms. 72/06 y 102/08, entre otros.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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

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

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

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

La actuación del personal sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad

o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan a la asistencia sanitaria recibida.

1. Alegaciones del reclamante.

Para el interesado, la intervención practicada “*no era la adecuada para la lesión que padecía*” y le ha provocado un detrimento en su capacidad antropobiológica, que identifica con un incremento del dolor crónico y un agravamiento de la lesión de columna que se intentó resolver con la operación.

2. La *lex artis* y su prueba.

La determinación de si la referida imputación genera el derecho del reclamante a ser indemnizado por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de “*lex artis*”. Como se ha dicho en la Consideración precedente, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*” (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001).

Asimismo, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, revelándose así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*”.

Corolario de lo expuesto es que sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica, tanto en la indicación de la cirugía como durante la intervención quirúrgica, permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los

profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación en una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial —el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999—. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

En el supuesto sometido a consulta, el reclamante inicialmente solicitó la asistencia pericial gratuita del Médico Forense, que el instructor rechazó y substituyó por el informe de la Inspección Médica, aquietándose el interesado a esta decisión. En consecuencia, dicho informe adquiere una especial relevancia en el presente supuesto.

3. Indicación de la cirugía para el tratamiento de la patología del paciente.

De conformidad con el informe de la Inspección Médica, la cirugía está indicada cuando se dan los siguientes factores:

— *“Dolor persistente en extremidades inferiores pese a manejo médico mayor a tres meses”*. *“Las espondilolistesis dolorosas que presentan lumbalgias o radiculalgias rebeldes; cuando la compresión radicular es manifiesta (sobre todo si existe un déficit motor), la indicación será entonces imperativa para eliminar la compresión y preservar la función”*.

En el caso, el paciente es diagnosticado en 2001 de discreta espondilolistesis (deslizamiento de una vértebra hacia delante, de manera que toda la columna que se encuentra por encima de ella la acompaña en su desplazamiento) con lesión radicular L5-S1 de grado moderado y evolución crónica sin signos de actividad. Junto a su reclamación (folio 12 del expediente) presenta un informe de consultas externas, no fechado, donde consta lumbalgia de 10 años de evolución. Ha sufrido diversas bajas médicas por lumbalgia (en el momento de la intervención ya llevaba un mes en dicha situación), con recomendación de reposo, en abril de 2003, en crisis hiperálgicas.

Las pruebas realizadas confirman la afectación radicular, toda vez que las radiografías muestran una listesis del 20% y en la electromiografía se detectan hallazgos congruentes con afectación radicular a nivel L5.

— Déficit neurológico progresivo.

En los informes médicos obrantes en el expediente se refleja cómo durante el largo período en que sufre de lumbalgias los dolores van en aumento, con crisis hiperálgicas y disestesias, disminución de sensibilidad a nivel L5 izquierda y pérdida de ROT (reflejo osteotendinoso) aquileo izquierdo (informe de 3 de diciembre de 2002, folio 118 del expediente). Desde este momento hasta la intervención transcurre un año en el que se intentó tratamiento conservador.

— Mala calidad de vida.

A lo largo del expediente quedan profusamente reflejadas las dificultades que la patología suponía para el paciente, quien no sólo no podía realizar su actividad laboral (camionero), lo que determinó diversos períodos de baja hasta su declaración de incapacidad permanente total, sino que incluso sentía dolor con la bipedestación, refiriendo mejoría sólo en cama.

El juicio crítico que efectúa la Inspección Médica a la luz de la historia clínica del paciente y en función de los citados criterios, es que, siendo éste joven (alrededor de 40 años), con patología de 10 años de evolución, períodos largos de incapacidad temporal por hiperalgia e incapacidad, déficit motor y alteración radicular señalada en electromiograma, y presentando un diagnóstico de espondilolistesis confirmado por resonancia magnética, que no responde a tratamiento conservador de un año de duración, existía indicación para la cirugía de artrodesis, pues ésta consistía en la mejor opción considerando la situación patológica del paciente, realizándose además, de forma correcta.

En relación con la complicación postoperatoria consistente en la salida de líquido cefalorraquídeo por rotura de la duramadre, constituye un riesgo típico de la intervención a la que fue sometido, como demuestra su plasmación en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente. Además, fue detectada y resuelta mediante una intervención de urgencia, sin que quedaran secuelas ligadas a tal complicación.

4. Incremento del dolor y agravamiento de la patología previa a la intervención.

Para la Inspección Médica, el dolor que sufre el paciente tras la intervención no tiene su causa exclusiva en la intervención quirúrgica, toda vez que éste presentaba una afectación radicular previa a la operación, que ya le ocasionaba un dolor plenamente invalidante, y que persiste con posterioridad a la misma, con fenómenos de denervación-reinervación que significan que existe actividad en la regeneración nerviosa.

Asimismo, tras la intervención, el paciente es diagnosticado por la Unidad del Dolor de síndrome miofascial, consistente en un trastorno no inflamatorio que se manifiesta por dolor localizado y rigidez. Atendidos los múltiples factores precipitantes de esta patología, entre las cuales se encuentran la radiculopatía, la neuralgia o la compresión nerviosa, así como la presencia en el paciente de otros factores que pueden favorecer el desarrollo de la enfermedad, como es el caso de las alteraciones posturales ligadas a su profesión de camionero, la Inspección Médica afirma que es imposible establecer cuál es la causa de este síndrome en el caso del reclamante.

Corolario necesario de lo expuesto es que la situación residual del paciente tras la intervención no puede ser vinculada causalmente con la asistencia sanitaria recibida, la cual fue en todo momento correcta y adecuada a normo praxis, como de forma expresa afirma

la Inspección Médica en su conclusión final. Antes bien, el estado actual del paciente sería debido a la patología de base que sufría antes de la operación, que a la postre se ha demostrado ineficaz para su resolución. Ahora bien, ya se dijo que la obligación que incumbe al personal sanitario en el ámbito de la medicina curativa es de medios, no de resultados. Y en el supuesto sometido a consulta ha quedado acreditado que se aplicaron todos los que exigía la ciencia médica, atendida la enfermedad del paciente, cumpliendo los facultativos actuantes con los mandatos de la *lex artis ad hoc*, lo que excluye cualquier antijuridicidad del daño que el paciente imputa a la actuación sanitaria.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos a los que el ordenamiento anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado ni la antijuridicidad de éste.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 03/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 05/01/09

Extracto de Doctrina

Lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso a la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, si no hay obligación de funcionamiento del servicio público conforme al parámetro o nivel de que en cada caso se trate, la cuestión no estribará en si la Administración tiene o no culpa, sino, desde el punto de vista de la relación de causalidad, en que la actividad o inactividad administrativa no ha sido causante del daño, en cuanto no podrá decirse que haya existido una omisión pública indebida generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no hay omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar ese daño, como riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista otro tercero responsable).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Cabe dar por reproducidos los Antecedentes de nuestro Dictamen 29/2008, emitido en el mismo procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial en que se inserta el presente Dictamen. No obstante, es oportuno recordar los hechos en que se basa la reclamación.

Con fecha 31 de mayo de 2005, x. formula reclamación de responsabilidad patrimonial, en representación de x, y, z., contra la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes como consecuencia de los daños y perjuicios padecidos por dos accidentes de tráfico ocurridos el 31 de mayo de 2004, causados por las obras que la empresa “--, S.A.” llevaba a cabo en la carretera C1 (Alcantarilla-Fuente Librilla), y que estaban deficientemente señalizadas.

Se reclaman las siguientes cantidades y conceptos:

- a) X., conductora del primero de los vehículos accidentados:
 - 6.343,9 euros por lesiones, conforme al siguiente desglose: días de incapacidad (78 improductivos y 17 no improductivos), más secuelas (síndrome postraumático cervical, valorado en 3 puntos, conforme al sistema de valoración de daños contenido en la legislación de seguros).
 - 1.180 euros por gastos médicos (rehabilitación en clínica privada).
 - 95,77 euros por gastos de grúa.
- b) X., conductor del segundo de los vehículos:
 - 6.423,9 euros por lesiones: días de incapacidad (50 improductivos y 59 no improductivos) y secuelas (cervicalgia por agravación de artrosis, 4 puntos)
 - 1.620 euros por gastos médicos (rehabilitación en clínica privada).
- c) X., esposa del anterior y titular del vehículo accidentado: 19.500 euros por los daños materiales del vehículo, declarado en estado de siniestro total, por lo que se reclama el valor venal (15.000 euros), más un 30% de valor de afección (4.500 euros).

La reclamación se acompaña de la siguiente documentación:

— Sendas escrituras de apoderamiento de representación procesal otorgadas por los reclamantes a favor de la Letrada que interpone la reclamación.

— Tres declaraciones de personas que llegaron al lugar de los accidentes tras su producción y que refieren la ausencia de señalización alguna que advirtiera de las obras que se realizaban en la carretera o de la existencia de gravilla suelta.

Uno de los declarantes afirma que, con ocasión del accidente sufrido por la x., dio aviso a la Guardia Civil, uno de cuyos agentes comentó que el lugar del siniestro *“parecía tercermundista por el estado en que se encontraba el pavimento, a consecuencia de las obras que se estaban realizando”*.

— 4 fotografías del lugar del accidente.

— Sendos informes médicos de atención en urgencias que, respecto de la x., concluyen con juicio clínico de *“contractura cervical, TCE leve”* y, respecto del x., *“TCE leve. Policontusión”*.

— Informes médicos de valoración de daños:

a) Respecto de la x., concluye que persiste cervicalgia con cefaleas y mareos posturales, debido a contractura muscular, afirmando que existe secuela de *“Sde. cervical postraumática por rectificación lordosis valoración 3 puntos”*.

Recibe el alta el 2 de septiembre de 2004, habiendo tardado en curar 95 días, de los cuales 78 fueron impeditivos y 17 no impeditivos.

b) El x., tras su alta el 16 de septiembre de 2004, presenta cervicalgia con mareos y vértigos que no ceden al tratamiento médico, concluyendo que existe una secuela de *“cervicalgia por agravación de artrosis valoración 4 puntos”*.

Ha tardado en curar 109 días, de los cuales 50 impeditivos y 59 no impeditivos.

— Partes médicos de baja y alta de incapacidad temporal de la x., según los cuales estuvo de baja entre el 1 de junio y el 17 de julio de 2004.

— Facturas acreditativas del importe de los tratamientos recibidos por los reclamantes en la Clínica Juan Carlos I de Murcia.

— Factura acreditativa del coste del servicio de grúa prestado a la x.

— Permiso de circulación del vehículo conducido por el x., en el que consta x. como titular.

— Fotografías del estado en que quedó el vehículo e informe del perito de la compañía aseguradora del automóvil que tasa los daños en 30.000 euros, indicando como valor venal el de 15.000 euros, proponiendo una indemnización en cuantía igual a este último.

SEGUNDO.- De la actividad instructora realizada y cuyo detalle se contiene ya en el Dictamen 29/2008, merece destacar el informe de la Dirección General de Carreteras, que es del siguiente tenor literal:

“En referencia al citado expediente le informo que, efectivamente, la Ctra. C-1 en diversos tramos de la misma estaba en obras de reparación del firme en la fecha de los accidentes, objeto de las reclamaciones, siendo la empresa adjudicataria --,SA. En cuanto al planteamiento por parte de los reclamantes de no existir señalización alguna, no es cierto, ya que estaba colocada la imprescindible señalización de obra, tales como obreros trabajando, limitación de velocidad y peligro por gravilla suelta entre otras. Por

otro lado es extraño que la conductora del vehículo “—” se produjera daños corporales apreciables y del vehículo no se mencionen los desperfectos ocasionados. No se aporta atestado de la Guardia Civil de Tráfico que aclarase la autoría del accidente y sus pormenores o, al menos, un informe policial sobre los hechos ocurridos y características de los mismos. Las fotografías aportadas están obtenidas dentro del tramo en obras no apareciendo señalización vertical porque ésta se coloca metros antes del inicio del tramo. En cuanto a la declaración que se acompaña de los testigos no se deduce en absoluto que la carretera fuera la culpable de los accidentes, ya que no está demostrado que estuviesen presentes en el momento de producirse y, por tanto, desconocen si la señalización existente fue respetada por los demandantes sobre todo la de limitación de velocidad. Uno de los testigos pone en boca de un agente de la Guardia Civil el aspecto tercermundista de la carretera en obras que, de ser así, lo correcto es que hubiera hecho un informe sobre la situación o hubiera ordenado al personal de la empresa constructora la colocación de señales preceptivas en el caso puntual de la inexistencia de alguna de ellas, por lo que entendemos lo sorprendente de dicha declaración. Se ha de deducir que se produjeron ambos accidentes, pero no está suficientemente fundamentado que fuesen en el tramo con maquinaria en obras ni que la carretera careciese de la señalización vertical obligatoria. No obstante de estar motivados los accidentes por los hechos que exponen los demandantes sería la empresa --,SA”, adjudicataria de las obras, la responsable en todo caso de los daños originados”.

Además, constan en el expediente las actas con la declaración de tres testigos.

TERCERO.- Con fecha 26 de diciembre de 2007, la instrucción formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no consta acreditada en el expediente la relación de causalidad entre los daños padecidos por los interesados y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

CUARTO.- Solicitado el Dictamen del Consejo Jurídico, es emitido, con el número 29/2008, siendo sus conclusiones las siguientes:

“PRIMERA.- *Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que se ha omitido un trámite esencial del procedimiento, como es el de la audiencia al contratista de las obras que se realizaban en la carretera en el momento del accidente, tal como se razona en la Consideración Segunda de este Dictamen.*

SEGUNDA.- *Procede que por la instrucción se recabe de la Guardia Civil el oportuno atestado o, en su defecto, la información que obre en su poder acerca de los hechos que motivan la reclamación y sobre la intervención de sus agentes tras el accidente”.*

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a la empresa contratista de las obras, presenta escrito de alegaciones el 21 de abril, para afirmar la inexistencia de nexo causal entre el funcionamiento de la Administración y los daños sufridos, pues ni del escrito de reclamación ni de las declaraciones de los testigos puede inferirse cómo se produjeron los accidentes. En consecuencia, para el representante de la mercantil no es posible conocer la causa de los accidentes, más allá de la alegada falta de señalización del tramo en obras. Alegación ésta que, no obstante, resulta contestada y rebatida en el informe de la Dirección General de Carreteras que, de forma expresa, manifiesta que el tramo estaba debidamente señalizado.

Considera, en suma, que los accidentes se debieron a una conducción inadecuada a las circunstancias de la vía, por lo que la participación de las víctimas en la producción del daño habría roto el necesario nexo causal.

Termina el escrito de alegaciones solicitando la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- El 4 de septiembre de 2008, el instructor del procedimiento formula propuesta de resolución desestimatoria, al considerar que no ha quedado acreditada la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos de carreteras y el daño sufrido por los reclamantes.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 17 de septiembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación y plazo para reclamar.

Cabe dar por reproducidas las consideraciones efectuadas acerca de dichos extremos en nuestro Dictamen 29/2008, añadiendo ahora, en relación a la legitimación pasiva, que corresponde a la Administración regional, al ser la vía donde se producen los accidentes de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento. El hecho de que las obras en la carretera se llevaran a cabo por una empresa contratista, no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser el contratista.

En 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 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP, RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba su texto refundido) (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 3ª, de 20 de octubre de 1998, 5 de diciembre de 1997, 11 de febrero de 1997 y 18 de diciembre de 1995), hay que entender que cuando el ordenamiento jurídico establece que la Administración ha de determinar el sujeto responsable de los daños, oído el contratista en el procedimiento, está queriendo decir que, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, 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 aquella se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista en ejecución de su propia resolución.

Con ello se consigue aunar el carácter directo de la responsabilidad administrativa con la determinación, en el mismo procedimiento de responsabilidad, del sujeto que ha de soportar en definitiva la indemnización, evitando así una posterior e innecesaria vía de regreso.

También señalamos como una peculiaridad de la responsabilidad de los contratistas de la Administración que, a diferencia de lo que sucede con las autoridades, funcionarios y demás agentes públicos, que responden sólo en caso de dolo, culpa o negligencia graves (artículo 145.2 LPAC), los primeros responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución.

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, entendiendo suficiente para generar tal responsabilidad el riesgo inherente a la misma cuando objetivamente sea susceptible de generar esos daños, cual es el caso de la actividad técnica de los contratistas de la Administración.

SEGUNDA.- Procedimiento

Conforme a lo indicado en nuestro Dictamen de constante cita, el instructor ha conferido trámite de audiencia a la empresa contratista, que ha hecho uso del mismo, subsanando así un defecto de tramitación de carácter esencial.

Sin embargo, la instrucción no ha considerado oportuno recabar información de la Guardia Civil acerca de la intervención de sus agentes en los accidentes de los que trae causa la reclamación. La omisión de esta actividad instructora, sugerida de forma expresa y motivada en nuestro Dictamen 29/2008, no ha merecido siquiera una mínima justificación por parte del instructor, a pesar de que podría haber aportado elementos de juicio relevantes para la resolución del procedimiento.

La trascendencia de esta omisión respecto a la acreditación de los hechos en una valoración global del material probatorio existente será objeto de consideración más adelante, sin dejar de recordar, una vez más, al órgano instructor el carácter vicarial de su actuación, como ya señaló el Consejo Jurídico en su Memoria de 1999: *“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”*.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. La relación causal.

1. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de *“lesión”*, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al *“funcionamiento”* de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el *“no funcionamiento”* de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación de que se trata imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber señalado la existencia de obras en la vía de referencia, pues le corresponde el deber de conservación y vigilancia de la misma; por ello, estiman los reclamantes que no tienen el deber jurídico de soportar los daños causados por los dos accidentes, que se debieron a dicha ausencia de señalización.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso a la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, si no hay obligación de funcionamiento del servicio público conforme al parámetro o nivel de que en cada caso se trate, la cuestión no estribará en si la Administración tiene o no culpa, sino, desde el punto de vista de la relación de causalidad, en que la actividad o inactividad administrativa no ha sido causante del daño, en cuanto no podrá decirse que haya existido una omisión pública indebida generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no hay omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar ese daño, como riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista otro tercero responsable).

2. En el supuesto sometido a consulta se imputan los dos accidentes acaecidos el mismo día, con una diferencia de escasas horas, al mal estado de la calzada, debido a la presencia de gravilla suelta derivada de las obras que estaban realizando sobre la vía y a la ausencia de señalización específica que advirtiera de dichas circunstancias.

La instrucción del procedimiento ha permitido unir al expediente material probatorio diverso que ofrece versiones contradictorias, lo que obliga a efectuar una valoración global de la prueba practicada.

De conformidad con el informe del Ingeniero de la Dirección General de Carreteras, director de las obras que se realizaban sobre el firme de la vía en cuestión, estaba colocada la imprescindible señalización de obra, tales como obreros trabajando, limitación de velocidad y peligro por gravilla suelta, entre otras. En el mismo sentido se expresa el Ingeniero de la empresa contratista en su declaración testifical, al afirmar que la señalización de las obras se puso antes de comenzar éstas, siendo imposible que no haya señalización pues al haber maquinaria en una carretera de dos carriles *“estás ocupando el carril, debe haberse señalizado”*.

Por el contrario, dos testigos afirman que no existía señalización. Así, x., quien no presencié ningún accidente, pero fue la primera persona que pasó por el lugar de los hechos tras el de la x., y que transita a diario por la carretera, dice que no vio ninguna señal que advirtiera de las obras. A repreguntas del instructor, manifiesta que únicamente recuerda que hubiera la señalización habitual, de curvas peligrosas. Por su parte, el x., quien transita por la carretera hasta cuatro veces al día, manifiesta que la carretera estaba en obras y no había ninguna señalización de advertencia de éstas. Únicamente se veían los operarios y los camiones, porque era un tramo recto y se veían a lo lejos. Al día siguiente del accidente ya había un cartel anunciador de las obras. Las obras empezaron el mismo día del accidente y comenzaron echando gravilla. Este último testigo, en una declaración aportada junto a la reclamación (folio 30), afirma que durante el tiempo que estuvo en el lugar del siniestro observó *“que no había ninguna señalización donde indicara la peligrosidad de gravilla, a su vez también vi como dos trabajadores de la obra de la carretera estaban poniendo más señalizaciones”*.

3. Atendidas las circunstancias, estima el Consejo Jurídico que no cabe dudar de las deposiciones de los testigos en el desarrollo de la prueba realizada ante el instructor. Estas personas, si bien no presenciaron los accidentes, sí que estuvieron presentes en el lugar del siniestro momentos después de acaecido el primero de ellos, por lo que, aunque no pueden testificar acerca de cómo ocurrieron los siniestros, sí pueden hacerlo acerca de las circunstancias en que se encontraba la vía en el momento del primer accidente. Y ambos coinciden en señalar la ausencia de señalización que advirtiera expresamente de la existencia de las obras. Unas actuaciones sobre el firme que, por añadidura, habían comenzado el día de los accidentes, lo que las convertía en algo inesperado para quien transita habitualmente por la carretera, quien por tanto no puede prever, salvo que sea advertido de manera expresa por medio de la señalización o de otro modo (operarios reguladores del tráfico), la alteración del estado y las circunstancias ordinarias de la vía.

Ambos testigos estuvieron en el lugar de los accidentes tras el de la x. y antes del sufrido por el x.

Frente a dichas declaraciones, las de los ingenieros no expresan su conocimiento directo, pues no explicitan si supervisaron personalmente el lugar de las obras al comienzo de las mismas o, al menos, antes de acaecer el primero de los siniestros. De hecho, el técnico de la empresa contratista afirma que no estaba en el lugar de las obras durante toda la jornada y que tuvo conocimiento del accidente de la x. cuando llegó allí y se lo comentaron, de donde cabe inferir que no conocía cómo estaba señalizado el tramo en el momento de ocurrir el primer accidente, más allá de que considere imposible que no estuviera señalizado, por las características de las obras y la ocupación de la vía que éstas conllevaban.

4. En consecuencia, atendida la actividad probatoria desplegada por las partes y ante la ausencia en el procedimiento de un elemento de juicio tan relevante en el análisis de las causas y circunstancias de los accidentes de tráfico como es el atestado de las fuerzas de seguridad, cabe considerar verosímil que, en el momento de ocurrir el primero de los siniestros, no existía señalización que advirtiera de la existencia de obras en la calzada. Unas obras que habían comenzado precisamente ese día y que, en un primer tratamiento, consistían en el vertido de gravín sobre el firme, generando así una situación de riesgo para la circulación y una evidente merma de las condiciones de seguridad de la carretera para su uso ordinario, que debía haber sido expresamente advertido a los conductores.

En nuestro Dictamen 102/2003, entre otros, señalamos que “*cabe recordar el criterio jurisprudencial mantenido en accidentes donde concurre la circunstancia de gravilla suelta en la carretera (SSTS, Sala 3ª, de 2 de diciembre de 1996, de 27 de diciembre de 2000 y SAN de 29 de abril de 1998) conforme al cual, para imputar los daños a la Administración, ha de tenerse en cuenta la existencia o no de señalización en las carreteras que advierta de los riesgos (Dictamen nº 87/01 del Consejo Jurídico). En este mismo sentido la Sentencia de 29 de septiembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*”.

Atendiendo a las circunstancias del accidente, descritas en el expediente al folio 128, no puede descartarse que la gravilla suelta y no señalizada contribuyese a la pérdida de control del vehículo y su posterior accidente, con lo que la actuación, por omisión, de la Administración, es corresponsable de los daños sufridos. Y se dice corresponsable porque la conducción del vehículo no puede considerarse adecuada para las circunstancias del tramo de vía en que se produjo el accidente, tanto por la propia existencia de obras como por la gravilla suelta, que la conductora debía haber advertido durante su circulación, aun sin existir la debida señalización, pues el lugar del accidente es un tramo recto y con buena visibilidad en el que, de conformidad con uno de los testigos, se advertían, a lo lejos las máquinas y los operarios. La no adecuación de la conducción a las características de la vía se constituye así en otra causa del siniestro.

Esta concurrencia causal en la producción del daño implica atribuir parcial responsabilidad a la Administración, sin que el expediente ofrezca elementos de juicio suficientes para determinar que el estado y el firme de la vía fuera la causa “*principal*” del accidente. Como tampoco puede establecerse de modo indubitado que lo fuera de modo prevalente la falta de adecuación de la conducción a las características de la carretera, procede atribuir a cada una de dichas causas la misma relevancia en la producción del hecho dañoso, lo que se traduce en la minoración en un 50% de la indemnización que proceda. Con ello se sigue lo establecido para casos análogos al presente en nuestros Dictámenes 23 y 57 de 2003, y 8/2007 entre otros.

Ahora bien, lo dicho únicamente es predicable del primero de los accidentes, el sufrido por la x.

5. Respecto al segundo de los siniestros, el del x., si bien cabe considerar acreditada su ocurrencia, en modo alguno se ha aportado prueba de que las circunstancias de la carretera, horas después de acaecido el primero de los accidentes, continuaran inalteradas, sin señalización alguna que advirtiera de la existencia de obras. Se alcanza esta conclusión al advertir que los testigos que declararon en el procedimiento estuvieron en el lugar de los hechos en los momentos que suceden al primer accidente, y sobre las circunstancias de éste versan sus deposiciones, sin que se aporte declaración alguna que afirme que, horas después, tras el accidente del x., el tramo de carretera en cuestión siguiera sin señalar. Antes al contrario, en una declaración aportada junto a la reclamación, el x. afirma que, tras el primer accidente, vio cómo dos trabajadores de la obra ponían más señalizaciones.

En consecuencia, se afirma la concurrencia de nexo causal entre el anormal funcionamiento del servicio público regional de carreteras consistente en la ausencia de señalización que advirtiera de la existencia de obras en la calzada y los daños sufridos por la reclamante x. Por el contrario, no ha quedado acreditado dicho nexo causal en relación al accidente padecido por el x.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

1. Como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización, la doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de la indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

El baremo vigente en el momento de producirse las lesiones (enero de 2003) era todavía el introducido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, actualizado para el año 2004 por Resolución de la Dirección General de Seguros de 9 de marzo de ese mismo año. El texto refundido de la primera Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, no entraría en vigor hasta el 6 de noviembre de 2004.

2. La x. reclama ser indemnizada con las siguientes cantidades:

a) 95,77 euros, por gastos de grúa.

Al folio 9 del expediente consta una factura de una empresa de grúas, expedida a nombre de x., por importe de 95,77 euros, por el servicio prestado para la retirada del vehículo accidentado de la vía.

Atendidos los datos de la factura, singularmente el nombre de la persona a cuyo nombre se expide, que cabe presumir es quien abona el importe consignado en la misma, no procede indemnización alguna para la reclamante por este concepto, toda vez que no fue ella quien sufrió el detrimento patrimonial por el que se reclama, sino quien parece ser su padre. Tampoco puede entenderse que la reclamante actúe en representación de éste, toda vez que dicha circunstancia no queda acreditada en el expediente.

b) 6.343,9 euros por las lesiones sufridas, según el siguiente desglose:

— Por secuelas, 3 puntos, debidos al síndrome postraumático cervical resultante del accidente y que persiste tras el tratamiento, según informe médico de valoración del daño corporal adjunto a la reclamación. Se reclama una indemnización por este concepto de 2.021,13 euros.

El valor del punto, atendida la edad de la lesionada en el momento del accidente (22 años) y el baremo aplicable en el momento de producirse la lesión (2004), asciende a 652,823313 euros, que multiplicados por 3, da un total de 1.958,47 euros. A esta cantidad, y dado que la reclamante se encuentra en edad laboral, procede aplicar un factor de corrección del 10%, resultando una cantidad total por secuelas de 2.154,32 euros.

— Por días de baja, que desglosa en 78 impeditivos y 17 no impeditivos, 4.120,66 euros.

La determinación de los días impeditivos y no impeditivos se realiza en el informe de valoración del daño, sin indicar en qué se ha basado su autor para efectuar tales cálculos, por lo que procede acudir al expediente para intentar establecer qué días fueron impeditivos y cuáles no, tomando como *dies ad quem* del período de incapacidad la fecha del 2 de septiembre de 2004, considerada como fecha del alta en el indicado informe y fecha de expedición de la factura por las sesiones de rehabilitación prestadas a la reclamante.

Constan en el expediente dos partes de baja laboral de la interesada, según los cuales ésta permaneció en situación de incapacidad laboral entre los días 1 y 25 de junio de 2004, recibiendo el alta por curación, y nueva baja laboral por recaída entre el 1 y el 17 de julio de dicho año, en que se le da el alta laboral por curación. En consecuencia, en el presente supuesto, y a falta de mayor explicación en el informe de valoración del daño, los días impeditivos cabría identificarlos con aquellos de baja laboral, es decir, 40 (24+16) días, debiendo considerar los 54 restantes hasta el 2 de septiembre de 2004, como no impeditivos.

En consecuencia, la indemnización a aplicar en tal supuesto asciende a 1.832,54 euros (40x45,813548) por los días impeditivos y 1.332,28 euros, por los no impeditivos, para un total de 3.164,82 euros.

c) Por gastos de rehabilitación, 1.180 euros.

Según indicamos en los Dictámenes 157/2004, 58/2006 y 17/2008, 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. Es doctrina del Alto Órgano Consultivo (por todos, Dictamen de 5 de diciembre de 2000) que 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 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, es evidente que no puede aceptarse la existencia de una denegación o retraso asistencial de los servicios sanitarios públicos, porque no consta que la reclamante acudiera a los mismos. Tal circunstancia lleva a desestimar la indemnización de los gastos reclamados por el tratamiento rehabilitador, pues dicha prestación estaba cubierta por el sistema sanitario público que, en el supuesto y dado que se trata de un accidente de trabajo (así consta en los partes de baja aportados), habría de ser satisfecha por la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

En conclusión, la suma de todas las cuantías obtenidas de los cálculos anteriores arroja un resultado de 5.319,14 euros, cantidad a la que tras aplicar el 50% resultante de la coresponsabilidad de la reclamante en la producción del accidente, arroja un montante final de la indemnización de 2.659,57 euros, cantidad que habrá de ser actualizada conforme a lo indicado en el artículo 141.3 LPAC.

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.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en la medida en que existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que reclama x., por omisión del deber de señalización de la vía en la que ocurrió el accidente por ella sufrido, concurriendo con dicha responsabilidad administrativa la propia conducta de la reclamante y, por tanto, su coresponsabilidad en la producción de dichos daños, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- No se aprecia relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños sufridos por x., conforme a lo expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- La indemnización a satisfacer a la x. debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

CUARTA.- Procede declarar que corresponde al contratista abonar la indemnización a la perjudicada.

QUINTA.- 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 04/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 05/01/09

Extracto de Doctrina

Aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que el reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 21 de diciembre de 2007 (certificación en la Oficina de Correos), x. presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, en el que expone que cuando se disponía a salir del Servicio de Rehabilitación del Hospital Santa María del Rosell el 28 de octubre de 2007, a las 19:30 horas, la rampa de acceso estaba húmeda, por lo que resbaló y se cayó, sufriendo un chasquido en la pierna derecha y, tras el auxilio de dos viandantes que pasaban por las inmediaciones del lugar que observaron la caída y la socorrieron, fue trasladada al Servicio de Urgencias de dicho Hospital, en donde se le diagnosticó una fractura bimalleolar (rotura de tibia y peroné), de la que fue intervenida al día siguiente del accidente.

Sostiene la reclamante que el deficiente estado de conservación de la rampa de acceso al Servicio de Rehabilitación ha sido determinante en la producción del daño, ya que si

hubiera dispuesto de los elementos antideslizantes adecuados no hubiera ocurrido el evento dañoso. Sobre la cuantía indemnizatoria manifiesta que todavía no es posible determinarla, puesto que no se encuentra completamente recuperada; en cualquier caso, señala que la Administración estará obligada a reparar el daño causado de forma integral.

Finalmente, la reclamante solicita que se dicte resolución en la que se reconozca el derecho a una indemnización económica por los daños producidos, y propone como medios de prueba los siguientes:

— Documental, consistente en la historia clínica de la asistencia realizada a la paciente el 28 de octubre de 2007.

— Más documental, consistente en la copia del certificado de la intervención quirúrgica que se le practicó en el Hospital Santa María del Rosell y el reportaje fotográfico del lugar donde ocurrió la caída.

— Testifical, con la declaración de las dos personas que presenciaron los hechos ocurridos, aportando sus identidades.

SEGUNDO.- El 22 de enero de 2008, la instructora, al observar que el escrito de reclamación carecía de firma, requirió a la reclamante para que subsanara tal defecto, otorgándole un plazo de diez días durante el cual se subsanó el error detectado (folios 8 y ss.).

También solicitó al Director Gerente del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena que aportara determinada documentación sobre los hechos descritos en la reclamación, concretamente los siguientes: informes sobre el estado de la rampa de acceso al Servicio de Rehabilitación, y del celador que recogió a la reclamante, así como de los facultativos que la atendieron en el Servicio de Urgencias del citado centro hospitalario.

TERCERO.- Desde el Hospital Santa María del Rosell se remiten los siguientes informes:

1. Del responsable del Servicio de Limpieza del Hospital que indica:

“En contestación a su carta comunicación interior de fecha 20 de febrero de 2008 por reclamación puesta por x., tengo a bien comunicarle que la humedad que había en la puerta exterior de rehabilitación, es la que se produce durante todo el invierno por humedad ambiental, sobre todo en la tarde y noche, siendo la causa de la misma la orientación del propio Hospital.”

2. Del responsable Coordinador del Servicio de Urgencias que destaca:

“La paciente ingresa por urgencias a las 19:35 del día 28 de octubre de 2007 no constando su procedencia ni en la Hoja de Urgencias ni en la Historia Clínica de Traumatología, se le toman los datos como accidente casual.

Vista por la Dra. x. se le diagnostica fractura bimalleolar de tobillo, pasando al Servicio de Traumatología, efectuando el ingreso el Traumatólogo de Guardia.”

3. Por el Jefe del Personal Subalterno se traslada la siguiente información:

“Según se relata en el libro de incidencias de esta Jefatura de Personal por el encargo de turno x. sobre el día 28 de octubre de 2007 y del cual se adjunta copia. La celadora que fue avisada y actuó para el traslado de x. fue x.

Consultada por esta Jefatura de Personal Subalterno, la celadora x., la misma declara que en la tarde del citado día, hacia las 19:00 horas aproximadamente, y encontrándose en el retén de celadores situado en la zona Sótano C del Hospital, recibe aviso por parte de personas ajenas al Centro, de una caída en la puerta de Rehabilitación, personándose en la misma con una silla de ruedas y viendo a una mujer caída en la zona exterior de la puerta de acceso a Rehabilitación, sobre la pequeña rampa que ahí existe, a la cual ayuda a incorporar, y traslada al Servicio de Urgencias del Centro volviendo acto seguido a incorporarse a su servicio.”

Por último, se acompaña copia de la anotación realizada por el encargado del turno de personal subalterno el día de la caída en el libro de incidencias, en la que hace constar lo siguiente:

“Sobre las 19 horas una persona llamada x., resbala en la zona de acceso a RHB. Parece ser por la humedad del suelo ya que había llovido. Después es trasladada a Urgencias por la celadora x. en una silla de ruedas.

Una vez dado los datos fue atendida en dicho Servicio, sin que en el momento de hacer ese escrito se conociera el diagnostico de su dolencia, aunque al parecer consultado con el personal de Urgencias, podía existir una fractura de tobillo”.

CUARTO.- Con posterioridad se solicita por la instructora del procedimiento el informe del Servicio de Mantenimiento del Hospital sobre el estado de la rampa de la puerta de acceso al Servicio de Rehabilitación, que es evacuado el 1 de abril de 2008 en el siguiente sentido:

“Como se aprecia en las fotos que aporta la misma interesada, el estado de la rampa en cuestión no presenta ninguna anomalía, es terrazo antideslizante cuyo relieve está formado por granito irregular para evitar resbalones, tiene en la parte central una chapita de hierro para el alojamiento del resbalón inferior de la puerta, y en todo caso, esta chapa ocasionaría tropezones no resbalones, su colocación no incumple ninguna normativa, pues según el Código Técnico de Edificación se permiten irregularidades de hasta 6 mm.

Que sepamos todavía no se ha dado ningún caso de caídas con tropiezo. No obstante, este Servicio está estudiando la posibilidad de eliminar esta chapita”.

QUINTO.- Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial por Resolución de 8 de abril de 2008 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, fue notificada a las partes interesadas.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a la interesada, en el que se especifica que se considera innecesaria la prueba testifical propuesta dado que no se cuestiona la caída sufrida, no consta que formulara alegaciones, tras lo cual se adopta propuesta de resolución desestimatoria el 8 de agosto de 2008, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

SÉPTIMO.- Con fecha 7 de octubre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Sanidad y Consumo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional sanitario en el que se integra el Hospital en el que se produjo el accidente.

Finalmente, la reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP y 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.

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

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de estos principios al supuesto cuyo análisis nos ocupa:

En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, el Consejo Jurídico considera que ha quedado acreditado que la reclamante, de 64 años de edad, sufrió daños como consecuencia de una caída ocurrida el 28 de octubre

de 2007 en la rampa de acceso al Servicio de Rehabilitación del Hospital Santa María del Rosell, que se concretan en una fractura bimalleolar, según refiere el informe de alta (folio 11). Sin embargo, de la realidad de tal hecho no puede colegirse automáticamente que la lesión traiga causa directa de un funcionamiento, normal o anormal, imputable al centro hospitalario citado.

En efecto, aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que el reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que *“...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama”*. Añadiendo en su sentencia de 11 de septiembre de 1995 que *“esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor, mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración”*.

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002).

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

En el presente caso, la reclamante ha probado únicamente que la caída tuvo lugar en la zona de acceso al Servicio de Rehabilitación y, por lo tanto, dentro del recinto hospitalario, pero no que se debiera a la falta de condiciones de seguridad de la rampa de acceso. Frente a sus imputaciones de que el suelo se encontraba húmedo y que no disponía de medidas antideslizantes, el Jefe de Servicio de Mantenimiento, sobre la base de las mismas fotografías aportadas por la interesada, señala que el estado de la rampa en cuestión no presenta ninguna anomalía, siendo de terrazo antideslizante cuyo relieve está formado por granito irregular para evitar resbalones. Además, la circunstancia de la humedad del suelo del acceso se debía a que había llovido, según se anotó aquel día en el Libro de Incidencias por el encargado del turno (folio 17).

De otra parte, la existencia de una chapita de hierro en la parte central para el alojamiento del resbalón inferior de la puerta, que describe el informe del técnico de mantenimiento, en realidad no es citada por la reclamante como causa del resbalón, pero, en cualquier caso, cumpliría lo dispuesto en el Código Técnico de Edificación (folio 20).

Sin embargo, la reclamante, a quien incumbe la carga de probar la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público, ni ha cuestionado

en el trámite de audiencia los argumentos de los informes indicados, ni la ha acreditado por otros medios.

En consecuencia, el Consejo Jurídico comparte las argumentaciones de la propuesta de resolución “en tanto la caída de la reclamante fue un hecho accidental, desafortunado, ocurrido en las instalaciones de un centro sanitario, pero ajeno a un mal funcionamiento del mismo, que ocurrió allí como podía haber sucedido en otro lugar, no existiendo ni relación causal, ni antijuridicidad del hecho lesivo”.

Por último, tampoco ha concretado la interesada, a quien incumbe, la cuantía indemnizatoria reclamada.

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

CONCLUSIÓN

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 05/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 12/01/09

Extracto de Doctrina

1. La instrucción culmina en sendas propuestas de acuerdo convencional. La primera (folios 128 y ss) constituye en realidad un informe-propuesta en la que el órgano instructor alcanza la conclusión de la existencia de responsabilidad patrimonial y considera adecuada al interés público terminar el procedimiento mediante el oportuno acuerdo transaccional; la segunda (folios 132 y ss), suscrita por los reclamantes y el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, supone la materialización del indicado acuerdo. No obstante, para la emisión de Dictamen por el Consejo Jurídico se requiere únicamente la propuesta de acuerdo convencional del órgano instructor, según establece el artículo 12.1 RRP, puesto que la formalización del acuerdo por el órgano competente se ha de producir tras la emisión del preceptivo Dictamen (artículo 13 del mismo Reglamento).

2. De conformidad con el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, es a dicha figura (el médico responsable) a quien corres-

ponde coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y quien, además, firma el informe de alta que, en virtud del mismo precepto legal, debe incluir las “recomendaciones terapéuticas”, entre las cuales, evidentemente, se encuentran las revisiones médicas que se estimen necesarias.

3. De forma análoga a lo que vino a concluir este Consejo Jurídico en los Dictámenes 4, 71 y 184 de 2006, el órgano consultante, previo informe de la Inspección Médica que contemplara la globalidad del proceso patológico de la paciente y la final audiencia del interesado, debería haber determinado en qué medida los daños alegados en la reclamación (la ceguera bilateral de la niña y el consiguiente daño moral de los padres) 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 la corta edad de la niña y el lapso de tiempo en que la víctima habrá de sufrir las secuelas. 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 de la retinopatía del prematuro, 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, trasladándose, por tanto, dicho porcentaje a la cuantificación de la indemnización final.

ANTECEDENTES.

PRIMERO.- X., en representación de x, y., actuando éstos en su propio nombre y en representación de su hija, presentó escrito de reclamación patrimonial el 1 de octubre de 2003 ante la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por los daños y perjuicios sufridos tras ser atendida la niña en el Hospital General Universitario “Virgen de la Arrixaca” de Murcia.

Según los reclamantes, la pequeña nació el 1 de noviembre 2002, en la semana 27 de gestación, siendo dada de alta el 27 de diciembre, tras practicarle una prueba de fondo de ojo, sin que se observase ninguna anormalidad.

Sin embargo, el 17 de febrero de 2003, en revisión practicada en el Servicio de Oftalmología del mencionado Hospital a instancia del Pediatra de Zona, quien ante los síntomas que presenta la niña decide adelantar la programada para diez días después, se le diagnostica de “rinopatía del prematuro grado 4 en ojo izquierdo y grado 5 en ojo derecho” con afectación muy grave de su capacidad visual, que queda limitada de forma irreversible y casi absoluta.

Para los reclamantes, la ceguera de su hija se debe al indebido sistema de control de la patología de la niña, propia de los prematuros, lo que la hacía previsible, al tiempo que sugieren la posibilidad de que al momento de efectuarle la prueba de ojo, pudiera haberse cometido un error médico al no detectar la enfermedad, pues de lo contrario resulta extraña la particular rapidez y virulencia con que aquélla se desarrolló.

Se evalúa el daño sufrido en 300.000 euros, si bien señalan que *“se reservan la facultad de modificar dicha valoración una vez examinada la prueba que en su día se practique”*.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 30 de octubre de 2003, se encarga la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del referido Ente Público, que la comunica a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la correduría de seguros y a la Dirección Gerencia del Hospital General Universitario “Virgen de la Arrixaca”, requiriendo de este último la remisión de la historia clínica e informe de los facultativos que atendieron a la niña. Dicha documentación será recibida por el órgano instructor, tras cuatro requerimientos, el 10 de agosto de 2004.

TERCERO.- El informe del Jefe de Servicio de Oftalmología Infantil, de fecha 13 de julio de 2004, quien realizó la prueba de fondo de ojo, es del siguiente tenor:

“Pretérmino de 27 semanas y 1200 gr. Fue pedida hoja de interconsulta por Neonatología el 20/12/02, y vista ese día con fondo de ojo normal, se informó de que pidieran revisión al mes como es habitual y establecido por los protocolos. Le dieron el alta hospitalaria y fue vista en la consulta externa el 17/02/03, presentando OD sinequia anterior y retinopatía del prematuro grado V y en OI retinopatía del prematuro grado IV-V. Ante este cuadro se contacta telefónicamente con el Dr.... (Médico Adjunto de Oftalmología Infantil del Hospital La Paz, Madrid), y la cita al día siguiente 18/02/03. El enviarla allí es porque en nuestro hospital no se realiza vitrectomía en niños. El Hospital La Paz, al tener saturación de niños con estas patologías, nos aconseja la enviemos al IMO de Barcelona. El Servicio Murciano de Salud la remite a dicho centro. Allí la intervinieron en marzo de 2003 y adjuntamos el único informe que tenemos de ellos”. Asimismo, se acompaña informe de 21 de mayo de 2003, redactado a instancias de los padres de la niña.

En dicho informe, el oftalmólogo señala que la paciente *“presentaba una retinopatía del prematuro grado V en ambos ojos. Se le ha realizado vitrectomía con lensectomía y extracción del tejido fibroso en ambos ojos en el Instituto de Microcirugía Ocular (IMO) de Barcelona. En el día de la fecha presenta una ocupación vítrea en ambos ojos y la consiguiente amaurosis en ambos ojos”*. Asimismo, indica que en el momento actual no hay tratamiento alguno indicado.

El informe del IMO, de fecha 4 de marzo de 2004, señala que la niña, debido a su prematuridad, ha precisado cuidados especiales y ha desarrollado retinopatía de la prematuridad severa. En el ojo derecho presenta un contacto iridocorneal y en el izquierdo una retinopatía del prematuro de grado V, con desprendimiento de la retina total y túnel estrechado. Se realiza cirugía del ojo izquierdo, bajo anestesia general, con tres incisiones corneocorneales, lensectomía, extracción del tejido fibroso e intercambio de líquido por aire. En control postoperatorio se observa un cierto grado de hemorragia intravítrea y se le indica cirugía en el otro ojo.

CUARTO.- Consta en la historia clínica remitida por el hospital (folio 31 del expediente) el alta indicada por el Servicio de Neonatología, con fecha 27 de diciembre de 2002, que refleja cómo el 20 de diciembre se le realizó la prueba de fondo de ojo con resultado normal. Asimismo, al folio 20 del expediente, obra el informe relativo a la indicada prueba, en el que se hace constar la normalidad de la exploración y la cita para revisión en un mes.

En el alta hospitalaria se cita a revisión por Pediatría en consultas externas el 30 de enero de 2003. Antes de esa fecha, el 16 de enero, está citada por Neonatología para realizar hemograma e Hitachi.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, se remite el mismo con propuesta estimatoria en atención a las siguientes conclusiones:

— *Considero que no hay datos objetivos para rebatir el diagnóstico en la exploración del fondo de ojo del día 20/12/02, que ésta se hizo siguiendo el protocolo establecido y que, aunque no es frecuente, entra dentro de lo posible según la bibliografía consultada, que la ROT (retinopatía del prematuro) se desarrollara después o estuviera en un grado inicial.*

— *El Dr. x. tras su exploración informó de que pidieran revisión al mes, parece que por motivos de organización se le citó en fecha no determinada en ningún documento, pero en todo caso después del día 17/02/03, que fue cuando acudió a instancias del pediatra de zona, considero que entra dentro de lo posible que si se le hubiera visto sobre el 20 de enero el estadio de la ROT no hubiera estado tan avanzado y con las actuaciones que se realizaron con absoluta diligencia tras el diagnóstico haber conseguido unos resultados más funcionales”.*

Finaliza el informe con la sugerencia de llegar a un acuerdo indemnizatorio con los reclamantes, al considerar la cuantía solicitada desproporcionada.

Con posterioridad, el órgano instructor debió de requerir (no consta en el expediente dicha solicitud) a la Inspección Médica un informe complementario al anterior, que manifestaba:

— *Dado que aporta la hoja de petición de consulta a Oftalmología Infantil solicitada por el Dr. x., médico adjunto de Neonatología el 07/02/03, donde figura que en un principio se le cita para el 25 de febrero de 2003 a las 9 horas y, después, se tacha y se anota para el día 17 de febrero de 2003, que es cuando consta que le vieron en Oftalmología. No hay constancia de que el 20 de diciembre se solicitara la interconsulta con oftalmología como debería haber ocurrido. Se ha verificado que cuando se solicita una interconsulta ésta la establecen los servicios implicados, no tiene que pedirla el paciente. Por lo expuesto, la propuesta es la misma”.*

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, al igual que a la aseguradora del SMS, --, S.A., a la que previamente se había trasladado copia del expediente, sólo los reclamantes presentan escrito de alegaciones en el que:

— Insisten en afirmar la existencia de un error de diagnóstico al valorar la prueba de fondo de ojo realizada el 20 de diciembre de 2002 y que arrojó un resultado normal en ambos ojos. Consideran los reclamantes que la Administración no ha probado la corrección del diagnóstico ni que la enfermedad, en menos de dos meses, pudiera haber evolucionado desde la normalidad hasta el máximo grado de afectación oftalmológica.

— Que los factores organizativos que pudieran influir en la demora de la revisión programada no eximen de responsabilidad a la Administración.

— Que *“en relación a la propuesta que se hace en el informe médico de la Inspección de llegar a un acuerdo indemnizatorio”*, concretan la evaluación económica de las secuelas que padece la niña y el daño moral de los padres en un millón y doscientos mil euros, respectivamente, conforme al sistema de valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación.

SÉPTIMO.- Consta en el expediente que por los interesados se presentó recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la solicitud, dando lugar a las

actuaciones que se siguen ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con el número de procedimiento ordinario 247/2006.

OCTAVO.- Con fecha 24 de marzo de 2008, los reclamantes presentan escrito en el cual manifiestan su disposición a llegar a una terminación convencional del expediente, mediante acuerdo indemnizatorio de 600.000 euros.

NOVENO.- El 27 de marzo, la instrucción formula propuesta de acuerdo convencional, sobre la base de considerar que existe responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud. En relación a la cuantía de la indemnización, coincidente con la ofrecida por los reclamantes, se justifica con el siguiente argumento: *“dado que el baremo que establece la Dirección General de Seguros para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, considera la ceguera como una gran invalidez, de lo que se deriva la necesidad de una tercera persona para las actividades de la vida diaria, y valorando las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15.03.2007 y de 27.06.2008, en las que este tribunal se muestra partidario de conceder una indemnización global en atención a la gravedad de las secuelas, así como al daño moral causado a los padres, la instrucción considera adecuada la cantidad de 600.000 euros para la justa compensación de los daños producidos, cantidad algo inferior a la que correspondería por baremo por lo que de esta forma se salvaguarda el interés público encomendado a la Administración Sanitaria”*.

DÉCIMO.- El 7 de abril, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud y los reclamantes suscriben propuesta de acuerdo convencional, en los siguientes términos:

— El Servicio Murciano de Salud, en el plazo máximo de tres meses a contar desde que los reclamantes incorporen al expediente el escrito de conformidad del Ministerio Fiscal, les abonará 600.000 euros en concepto de indemnización global.

— Una vez recibida la indicada cantidad, los interesados se considerarán totalmente indemnizados, desistiendo del procedimiento contencioso iniciado y renunciando al ejercicio de cuantas acciones y derechos pudieran corresponderles en relación con los hechos que motivaron la solicitud de indemnización, comprometiéndose a no reclamar por dichos hechos ante el Servicio Murciano de Salud ni ante la aseguradora de éste.

— A la firma de la propuesta de acuerdo convencional, los reclamantes se comprometen a solicitar la suspensión del procedimiento contencioso y la conformidad del Ministerio Fiscal con el acuerdo alcanzado.

UNDÉCIMO.- Con fecha 24 de octubre de 2008, los reclamantes aportan al expediente copia del Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 9 de octubre, por el que se autoriza la transacción pretendida. En el referido auto se alude a la no oposición del Ministerio Fiscal al acuerdo.

DUODÉCIMO.- El 31 de octubre se comunica a la Dirección de los Servicios Jurídicos el acuerdo alcanzado.

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 6 de noviembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación ha sido interpuesta por los padres de la niña lesionada, en su condición de representantes legales de la misma (art. 162 del Código Civil). Si bien el parentesco inicialmente quedaba huérfano de prueba en el expediente, con posterioridad se ha incorporado copia del Libro de Familia.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en su condición de titular de la función pública de atención sanitaria de la población, singularmente, de la asistencia médica hospitalaria a la que se imputa el daño padecido.

2. Comoquiera que la copia del expediente remitida al Consejo Jurídico es de ínfima calidad, lo que impide leer el sello del registro de entrada de documentos estampado sobre el escrito inicial de reclamación, ha de estarse a lo indicado en el extracto de secretaría, cuando afirma que la reclamación se presentó el 10 de octubre de 2003.

A dicha fecha aún no había transcurrido el plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que la atención sanitaria a la que se imputa el daño tuvo lugar con posterioridad al nacimiento de la niña, acaecido el 1 de noviembre de 2002.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

Sin embargo, las peculiaridades del presente expediente, que propone la terminación convencional del procedimiento, suscita una serie de cuestiones, algunas ya solventadas y otras susceptibles de ser advertidas a la Consejería competente:

a) Conviene destacar que la instrucción culmina en sendas propuestas de acuerdo convencional. La primera (folios 128 y ss) constituye en realidad un informe-propuesta en la que el órgano instructor alcanza la conclusión de la existencia de responsabilidad patrimonial y considera adecuado al interés público terminar el procedimiento mediante el oportuno acuerdo transaccional; la segunda (folios 132 y ss), suscrita por los reclamantes y el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, supone la materialización del indicado acuerdo. No obstante, para la emisión de Dictamen por el Consejo Jurídico se requiere únicamente la propuesta de acuerdo convencional del órgano instructor, según establece el artículo 12.1 RRP, puesto que la formalización del acuerdo por el órgano competente se ha de producir tras la emisión del preceptivo Dictamen (artículo 13 del mismo Reglamento).

b) Por otra parte, al afectar el acuerdo de terminación convencional a los derechos de una menor, el procedimiento ha sido completado con la autorización para la transacción por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, mediante Auto de 9 de octubre de 2008, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, por exigencia de los artículos 2.025 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse interpuesto por los reclamantes el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación.

No obstante, no consta en el expediente el informe del Ministerio Fiscal, aun cuando los reclamantes se comprometieron a solicitarlo y, lógicamente, a aportarlo, toda vez que el acuerdo señala como *dies a quo* del plazo de tres meses con que el Servicio Murciano de Salud contaría para abonar la indemnización, la fecha en que el indicado documento fuera unido al expediente. En cualquier caso, la mención que a la ausencia de oposición del Ministerio Fiscal se realiza en el Auto de la Sala permite considerar que el informe se emitió, si bien no ha sido traído al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial por quien debía hacerlo.

c) En cuanto a los requisitos procedimentales exigibles a la propuesta de acuerdo convencional, ha de ponerse de manifiesto el cumplimiento del requisito temporal para proponer el acuerdo indemnizatorio, en la medida que el artículo 11.2 RRP posibilita que el interesado proponga la terminación convencional durante el plazo del trámite de audiencia, si no lo hubiera hecho con anterioridad. En el presente caso, la situación de paralización del procedimiento, tras el acuerdo de la comisión de seguimiento del seguro de entablar negociaciones con los interesados, no permite encuadrar *strictu sensu* dicha petición en el trámite de audiencia otorgado, pero, en todo caso, se ha planteado durante el periodo de instrucción y, sobre todo, se ha propuesto por los interesados con anterioridad a la propuesta que ha de realizar el órgano instructor.

4. Debe recordarse al órgano consultante que, de conformidad con el artículo 46.2, letra a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, la consulta se acompañará de todos los antecedentes que puedan influir en el Dictamen. En el presente supuesto, no consta en el expediente la solicitud de informe complementario a la Inspección Médica.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial en la asistencia sanitaria. Requisitos.

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

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

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del facultativo ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

1. Alegaciones de los actores.

Para los reclamantes, la ceguera de su hija se debe al indebido sistema de control de la patología de la niña, propia de los prematuros, lo que la hacía previsible, al tiempo que sugieren la posibilidad de que, al momento de efectuarle la prueba de ojo, pudiera haberse cometido un error médico al no detectar la enfermedad, pues de lo contrario resulta extraña la particular rapidez y virulencia con que aquélla se desarrolló.

2. La *lex artis* y su prueba.

La determinación de si la referida imputación genera el derecho a ser indemnizados por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de “*lex artis*”. Como se ha dicho en la Consideración precedente, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento*

del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente” (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001).

Asimismo, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, revelándose así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*”.

Corolario de lo expuesto es que sólo si se produce 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 anti-jurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. En consecuencia, analizar la praxis médica, 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.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial —el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999—. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

En el supuesto sometido a consulta, los reclamantes omiten traer al procedimiento un informe técnico valorativo de la asistencia prestada, limitándose su proposición de prueba a la documental consistente en la historia clínica. En consecuencia, el único informe que

contiene un juicio crítico de la atención facultativa recibida por la niña es el emitido por la Inspección Médica que, por ello, adquiere una especial relevancia en el presente supuesto.

3. Error médico en la apreciación de normalidad de los resultados arrojados por la prueba de fondo de ojo.

Si en el escrito inicial los reclamantes formulan esta imputación en sentido meramente potencial o especulativo —“*posible error médico*”—, en su escrito de alegaciones ya afirman con rotundidad que se produjo un defectuoso diagnóstico en la revisión oftalmológica efectuada con anterioridad al alta hospitalaria y que fue el causante de la grave secuela que padece la niña, llegando a afirmar que la Administración no prueba la corrección del diagnóstico ni justifica la rápida evolución de la enfermedad.

Con tales alegaciones, los reclamantes pretenden una inversión de la carga de la prueba que resulta inaceptable. Parece obligado recordar que el artículo 217 LEC les obliga a acreditar los hechos de los que se derive el efecto jurídico pretendido en la demanda, es decir, que el diagnóstico fue erróneo y que la enfermedad no podría progresar tan rápido como para alcanzar el grado V en tan sólo unas semanas.

Tales hechos, como ya se adelantó, deberían haberse probado a través de un informe pericial, máxime cuando la propia Inspección Médica afirma que no hay datos objetivos para rebatir el diagnóstico efectuado, que se alcanzó en una exploración oftalmológica realizada siguiendo el protocolo establecido, y que “*aunque no es frecuente entra dentro de lo posible según la bibliografía consultada, que la ROT se desarrollara después o estuviera en un grado inicial*”.

En consecuencia, esta primera imputación debe ser rechazada.

4. Omisión del deber de establecer un más adecuado y exhaustivo seguimiento médico de la evolución de su hija.

Para los reclamantes, la prematuridad de la niña hacía altamente previsible la patología que sufrió, por lo que la falta de un adecuado control posterior al alta hospitalaria la privó de un tratamiento que, aplicado más precozmente, habría evitado o disminuido los efectos que la retinopatía tuvo sobre la vista de la menor.

Consta en el expediente que, tras realizar el Jefe del Servicio de Oftalmología Infantil la prueba de fondo de ojo el 20 de diciembre de 2002, se indica la necesidad de revisión en el plazo de un mes, y así se deja expresado en la Hoja de Interconsulta expedida por el Servicio de Neonatología (responsable del tratamiento de la niña).

Antes de que transcurra el mes, el 27 de diciembre, la niña obtiene el alta hospitalaria, firmada por un médico residente y dos Pediatras, uno de ellos el responsable del alta. En el informe de alta se indican las revisiones que ha de pasar la niña, quedando citada el día 16 de enero de 2003 en Neonatología para realizarle pruebas (hemograma e hitachi) y el 30 de enero en consultas externas de Pediatría. No consta que en dicho informe se recoja la necesidad de someterse a revisión oftalmológica el día 20 de enero, como había indicado el Servicio de Oftalmología Infantil.

Tampoco consta en el expediente que por los pediatras que atienden a la niña tras el alta hospitalaria se solicitara interconsulta al Servicio de Oftalmología Infantil, para que la niña fuera revisada el 20 de enero de 2003. En este sentido, el informe complementario elaborado por la Inspección Médica a solicitud del órgano instructor, además de confirmar

que no existe tal solicitud, manifiesta que *“se ha verificado que cuando se solicita una interconsulta, ésta la establecen los servicios implicados, no tiene que pedirla el paciente”*.

En consecuencia, la omisión de la revisión pautada por el Servicio de Oftalmología Infantil para el 20 de enero de 2003, tras el alta hospitalaria, y en la medida en que se realiza con ocasión de una interconsulta, no puede ser imputada a los padres de la niña, sino más bien al médico responsable. Y ello porque, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, es a dicha figura a quien corresponde coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y quien, además, firma el informe de alta que, en virtud del mismo precepto legal, debe incluir las *“recomendaciones terapéuticas”*, entre las cuales, evidentemente, se encuentran las revisiones médicas que se estimen necesarias.

La necesidad de una revisión y seguimiento adecuados queda patente en el informe de la Inspección Médica, cuando afirma que la retinopatía del prematuro o fibroplasia retro-lental comienza durante los primeros días de vida y puede progresar rápidamente, causando ceguera en cuestión de semanas. La inmadurez y el oxígeno son los factores que con mayor frecuencia se han implicado en su patogenia. De hecho, la edad de gestación y el peso al nacer son los factores predictivos más potentes de la incidencia de la enfermedad, estando documentada una incidencia del 65,8% de la misma (en sus diversos grados), en niños con un peso al nacer inferior a 1.250 gramos. La paciente, en el supuesto sometido a consulta, nació en la vigesimoséptima semana de gestación con tan sólo 1.200 gramos de peso.

Así pues, los indicados factores predictivos de la enfermedad se daban en la niña, la cual, debido a su prematuridad, había recibido además oxígeno durante su estancia en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales. Este cúmulo de circunstancias hacía altamente previsible la aparición de la retinopatía. Ya hemos señalado que el expediente no arroja datos que permitan poner en duda la normalidad de la primera exploración de fondo de ojo realizada el 20 de diciembre de 2002, pero lo que en ningún modo puede considerarse adecuado a normopraxis es demorar la siguiente revisión de la niña más allá de un mes, como ocurrió en el presente supuesto, en el que, al parecer, y según se desprende del segundo informe de la Inspección Médica, la niña fue citada para esa revisión con posterioridad al 17 de febrero de 2003, es decir, más de dos meses después de realizarse la primera prueba.

La omisión de un estricto y cercano seguimiento de la terrible enfermedad que padecía la niña ha sido considerada por la jurisprudencia como causante de responsabilidad, en casos similares al aquí planteado. Así, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 24 de marzo de 2001, dirá que la ceguera bilateral derivada de una fibroplasia retrolental en un prematuro tuvo su causa en *“la pasividad profesional al dejar evolucionar espontáneamente y de forma anómala y descontrolada una retina inmadura, siendo preciso conforme a la ciencia médica, lo que resultaba posible, haber llevado a cabo exploraciones oftalmológicas que, en estos casos, debían de practicarse entre la séptima y la novena semana del nacimiento, y reexplorado cada dos o tres semanas por si se llegase a detectar áreas de vasoproliferación, a fin de aplicar el tratamiento oportuno oftalmológico, tratándose, en definitiva, de necesarias medidas de prevención impuestas en casos como el que nos ocupa y que no adoptó el recurrente, pues al contrario, mantuvo una pasividad (...) que pone de manifiesto clara infracción de la lex artis por no practicar los elementales y necesarios medios de previsión”*.

Del mismo modo, el Consejo de Estado, en Dictamen 2357/2001, analiza un supuesto muy similar al planteado en la actual consulta, afirmando la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, con base en el informe de la Inspección Médica, en cuya virtud, en la situación que presentaba la víctima del caso (prematureo de 700 gramos de peso y 26 semanas de gestación), se aconseja revisar el fondo de ojo de manera sistemática a las dos o tres semanas del nacimiento y luego hacer revisiones periódicas semanales, e incluso en ocasiones con mayor frecuencia. Sin embargo, únicamente se le realizaron dos pruebas de fondo de ojo, una a las siete semanas del nacimiento, que dio resultado normal, y otra cuatro meses después, que mostraba ya una retinopatía del prematuro grado V, que no admitía tratamiento alguno dado lo avanzado de la fase.

En el supuesto sometido a consulta y al igual que en el caso analizado por el Alto Órgano Consultivo, la omisión de una revisión más precoz, tras la primera exploración realizada el 20 de diciembre de 2002, para la Inspección Médica es un factor que incide causalmente en la ceguera bilateral de la niña, pues afirma en sus conclusiones que *“entra dentro de lo posible que, si se le hubiera visto sobre el 20 de enero, el estadio de la ROT no hubiera estado tan avanzado y con las actuaciones que se le realizaron con absoluta diligencia tras el diagnóstico haber conseguido unos resultados más funcionales”*.

Lo anterior, así como la propuesta de la Inspección estimatoria de la reclamación, llevan a considerar que, tras el alta hospitalaria en la que no se indica la necesidad de someterse a la revisión oftalmológica señalada por el Servicio de Oftalmología Infantil para ser efectuada en torno al 20 de enero de 2003, y hasta el 17 de febrero de 2003, fecha en que, tras realizarse nueva prueba de fondo de ojo se obtiene el diagnóstico de retinopatía del prematuro en estadios tan avanzados (grados IV y V) que el tratamiento aplicado resulta ineficaz para conservar la visión de la niña, existió un retraso imputable a los servicios sanitarios públicos, que fueron incapaces de coordinar la actuación de los Servicios implicados (Neonatología, Pediatría y Oftalmología Infantil) para abordar un problema multidisciplinar, como el generado por la retinopatía del prematuro.

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”.

Existe, en consecuencia, responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional, en la medida en que se dan todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula su nacimiento, singularmente el nexo causal entre el anormal funcionamiento de los servicios asistenciales públicos y los daños irrogados a la víctima, los cuales ésta no tenía el deber de soportar. Ahora bien, dichos daños no pueden ser imputados en toda su extensión a la Administración regional.

QUINTA.- El quantum indemnizatorio.

1. Escasez de elementos de juicio que orienten la labor de cálculo de la indemnización.

A la hora de determinar la indemnización, este caso presenta unas singularidades que motivan que la tradicional dificultad inherente a estos supuestos se vea notablemente aumentada, en especial por la ausencia en el expediente de un análisis de la incidencia del retraso diagnóstico en la evolución de la dolencia de la paciente. Y es que, ni la Inspección Médica en su informe ni los reclamantes mediante la oportuna prueba pericial han aportado al procedimiento datos que permitan efectuar el indicado análisis, que deviene esencial para poder efectuar una valoración ajustada de qué parte del daño puede ser realmente imputada a la Administración y cuál no.

Y es que, 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 a la enferma el retraso diagnóstico imputable a la Administración, lo que requiere de un análisis detallado de las características de la enfermedad y de su evolución, atendiendo a datos estadísticos y en consideración a las circunstancias del caso concreto (período de tiempo del retraso, probabilidad de éxito de un tratamiento precoz, resultado final esperable, 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.

A tal efecto, y de forma análoga a lo que vino a concluir este Consejo Jurídico en los Dictámenes 4, 71 y 184 de 2006, el órgano consultante, previo informe de la Inspección Médica que contemplara la globalidad del proceso patológico de la paciente y la final audiencia del interesado, debería haber determinado en qué medida los daños alegados en la reclamación (la ceguera bilateral de la niña y el consiguiente daño moral de los padres) 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 la corta edad de la niña y el lapso de tiempo en que la víctima

habrá de sufrir las secuelas. 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 de la retinopatía del prematuro, 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, trasladándose, por tanto, dicho porcentaje a la cuantificación de la indemnización final.

Desconoce el Consejo Jurídico si la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, que ha asumido la dirección de las largas (4 años) negociaciones tendentes a alcanzar el acuerdo transaccional, ha contado con esa información médica más detallada que permite cuantificar la trascendencia de cada concausa en la secuela padecida por la víctima, pero, de existir tal información, ésta no ha sido trasladada a este Órgano Consultivo. En cualquier caso, el presente Dictamen y sus conclusiones, singularmente en relación a la cuantía indemnizatoria, se ajustan a la documentación obrante en el expediente remitido junto a la consulta, donde no consta información alguna que permita establecer, de forma razonada y cuantificada, en qué medida el retraso diagnóstico incidió en la evolución de la enfermedad ni si la detección de la enfermedad el 20 de enero de 2003 habría permitido a la niña conservar la vista y en qué grado, pues el informe de la Inspección Médica es absolutamente inespecífico en relación a ambos extremos, al limitarse a señalar que *“entra dentro de lo posible”* que, de haberse alcanzado un diagnóstico precoz de la enfermedad, se podrían haber obtenido unos *“resultados más funcionales”*.

En consecuencia, se procede a continuación a efectuar una valoración del daño causado, considerando que la cuantía resultante habrá de ser dividida por la mitad para ajustar la indemnización a la relevancia de la única concausa imputable a la Administración o, en palabras del Consejo de Estado en el Dictamen antes citado, *“dada la incertidumbre de lo que hubiera acontecido si efectivamente se hubiera detectado a tiempo la retinopatía”*.

2. Cuantificación del daño.

Los reclamantes, si bien inicialmente pretenden una indemnización de 300.000 euros, tras conocer el informe de la Inspección Médica elevan dicha pretensión económica a 1.200.000 euros, como suma de las cantidades solicitadas en reparación de la secuela de la niña (1.000.000 de euros) y del daño moral de sus padres (200.000 euros). Como referencia para efectuar esta cuantificación acuden al baremo del sistema de valoración de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación, considerando que la ceguera total de la niña ha de ser valorada en 85 puntos, un perjuicio estético *“bastante importante”*, que estiman merecedor de 30 puntos, más los factores de corrección consistentes en el *“daño moral complementario ocasionado por la necesidad de verse sometida a tratamiento médico-quirúrgico, la incapacidad absoluta que dicha secuela comporta para el normal desarrollo de la personalidad (estudiar, jugar, ...), la necesidad de contar con ayuda de otra persona para realizar las actividades más elementales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer y análogos (ceguera absoluta=gran invalidez)”*.

No obstante, su oferta de terminación convencional establece como cantidad del acuerdo indemnizatorio la de 600.000 euros por todos los conceptos.

Como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización, la doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de la indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

El baremo vigente en el momento de producirse las lesiones (enero de 2003) era todavía el introducido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, actualizado para el año 2003 por Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de ese mismo año. El texto refundido de la primera Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, no entraría en vigor hasta el 6 de noviembre de 2004.

No obstante, comoquiera que lo que se persigue con la presente valoración es determinar qué cantidad podría corresponderle a la víctima como indemnización en orden a su comparación con la ofrecida para la terminación convencional, las cuantías que se van a tomar como referencia para la valoración son las que corresponderían a 2008 (Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de enero de 2008), en razón a la fecha del auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que acuerda autorizar la transacción.

a) Indemnización por lesiones permanentes.

La valoración de secuelas se encuentra dificultada en el presente supuesto por el hecho de no haber aportado los reclamantes un informe médico específico de valoración del daño. Ello no obstante, tomando como punto de referencia el informe del Jefe del Servicio de Oftalmología Infantil del Hospital “Virgen de la Arrixaca”, cabe considerar acreditada la secuela de amaurosis en ambos ojos, no susceptible de tratamiento.

La amaurosis se define como “*ceguera, especialmente la que ocurre sin lesión aparente del ojo, por enfermedad del nervio óptico, retina, médula o cerebro*” (Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, 13ª Edición, Editorial Masson); “*privación total de la vista, ocasionada por lesión en la retina, en el nervio óptico o en el encéfalo, sin más señal exterior en los ojos que una inmovilidad constante del iris*” (www.dicciomed.es).

De conformidad con el sistema de valoración de constante referencia, a la ceguera se le asignan 85 puntos. Atendido el valor del punto en consideración a la edad de la paciente (2.894,08 euros), la indemnización básica por secuela ascendería a 245.996,8 euros.

En orden a la aplicación de los correspondientes factores de corrección, y ante la ausencia en el expediente de datos como el grado de minusvalía que correspondería a la niña, que en ocasiones ha sido utilizado como criterio para moderar o ajustar los importes máximos previstos en el baremo para cada factor de corrección de los mismos, considera el Consejo Jurídico que, a tales efectos, y dado que la puntuación máxima a asignar a las secuelas es 100, procede entender que la secuela, valorada en 85 puntos, ha supuesto un menoscabo en la salud de la niña de un 85%.

Los factores de corrección a aplicar serían los siguientes:

— Daños morales complementarios, pues la secuela excede los 75 puntos. Sobre la cuantía máxima a computar (86.158,38 euros), cabría aplicarle un porcentaje de reducción del 15% (100-85), lo que arroja un resultado de 73.234,62 euros.

— Por lesiones permanentes que inhabilitan a la niña para la realización de cualquier ocupación o actividad, determinantes, por tanto, de una incapacidad permanente absoluta, 146.469,24 euros, resultantes de aplicar a la cantidad máxima prevista en el baremo una reducción del 15%, de conformidad con el criterio de modulación general ya apuntado.

— Por tener la consideración de gran inválido y necesitar la ayuda de otra persona, ponderando la edad de la víctima y el grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, 300.000 euros.

Se alcanza esta cantidad considerando que, si bien la edad de la niña justificaría la aplicación de la cuantía máxima establecida para el factor de corrección, lo cierto es que el otro criterio a ponderar, es decir, el grado de incapacidad de la víctima, conlleva una minoración de aquella cuantía, pues una atención especializada temprana permite de ordinario el aprendizaje de los niños aquejados de ceguera, en orden a adquirir una cierta autonomía e independencia. Por otro lado, la cantidad que se ha considerado adecuada resulta acorde con una minoración cercana al 15% de la cuantía máxima prevista para este factor de corrección, lo que resulta coherente con el criterio general de modulación más arriba expresado.

— Perjuicios morales de los familiares próximos al incapacitado, en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias. Tales circunstancias a considerar, y ante la ausencia de acreditación en el expediente de otras que pudieran influir en la valoración de este factor de corrección, serían las expresadas en el párrafo anterior, por lo que sobre la cantidad máxima establecida en el baremo (129.237,57 euros), cabría aplicar una disminución del 15%, arrojando una indemnización, por este concepto de 109.851,94 euros.

— Perjuicio estético. Para los reclamantes, el perjuicio estético derivado de la amaurosis bilateral que padece la niña cabe calificarlo como “bastante importante”, asignándole 30 puntos. Sin embargo, la ausencia de un informe de valoración del daño corporal que así lo acredite, así como la propia definición de amaurosis antes consignada, que alude a la pérdida total de visión “*sin más señal exterior en los ojos que una inmovilidad constante del iris*”, hacen que la calificación del perjuicio estético como “bastante importante” parezca excesiva, máxime en comparación con otras lesiones oculares como la ablación del globo ocular, de mayor impacto en la imagen de la víctima y cuya valoración en términos de per-

juicio estético merece una calificación inferior a la pretendida por los reclamantes (Sentencia núm. 581/2005 de 25 octubre, Audiencia Provincial de Valencia). Tales razonamientos aconsejan modular la calificación del perjuicio estético derivado de la amaurosis bilateral de la niña, para entenderlo como “moderado”, con una asignación de valor en puntos de 10, equivalentes a 9.232,40 euros.

Evalrados todos los conceptos indemnizatorios alegados por los reclamantes, la suma total asciende a 884.785 euros. A esta cantidad sería procedente aplicar el 50% de reducción derivado de la aplicación en el supuesto sometido a consulta de la denominada teoría de la pérdida de oportunidad, como se razona en el apartado 1 de esta Consideración Quinta, dando como resultado final una indemnización de 442.392,5 euros.

Esta cantidad resulta muy inferior a la fijada en el acuerdo transaccional (600.000 euros). Dicha circunstancia determina que, en el supuesto sometido a consulta, no pueda considerarse debidamente justificada en el expediente la adecuación de tal acuerdo al interés público, a cuya satisfacción debe dirigirse la terminación convencional del procedimiento, por imperativo del artículo 88.1 LPAC.

En cualquier caso y como ya se dijo, el cálculo realizado se ha ceñido a los datos obrantes en el expediente, el cual, ya sea por la actividad probatoria de los reclamantes en cuanto a la valoración del daño causado, ya por la inespecificidad del informe de la Inspección Médica en la determinación de la incidencia del retraso diagnóstico en el estado de salud de la niña, no ofrece todos los elementos de juicio de los que habría sido posible y conveniente disponer.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el supuesto sometido a consulta, se advierte la concurrencia de todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por lo que en este concreto extremo se informa favorablemente la propuesta de terminación convencional del procedimiento.

SEGUNDA.- De conformidad con lo indicado en la Consideración Quinta no se ha justificado en el expediente que la cuantía propuesta en el acuerdo transaccional resulte acorde con el interés público, por lo que se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 06/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 12/01/09

Extracto de Doctrina

Sobre el cálculo de la indemnización, el Consejo Jurídico viene aplicando de forma constante una serie de criterios legales y jurisprudenciales, entre los que destacamos que la legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo, debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del lesionado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo Jurídico ya conoció de la reclamación presentada por x, y., emitiendo el Dictamen 163/2008, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos en orden a evitar innecesarias reiteraciones. El Dictamen concluyó acordando la necesidad de completar la instrucción del procedimiento, requiriendo a la Inspección Médica para que, atendiendo el contenido de la historia clínica, precisase los siguientes extremos:

“a) Si considera que ante el resultado de la ecografía y de la exploración física que se describen en el informe clínico de alta que obra al folio 269, es correcto mantener que la gestante estaba de 34-35 semanas, cuando todo su historial previo apuntaba a una edad gestacional de 31 semanas.

b) Si considera que hubo infracción de la lex artis ad hoc al haber omitido la realización de pruebas complementarias que despejaran las dudas que se presentaban en relación con la citada edad gestacional.

c) Que concrete en qué consistió la valoración que se realizó ante la rotura prematura de membranas y en qué aspectos estuvo condicionada por la discrepancia en la apreciación de la edad gestacional.

d) Si la lex artis aconsejaba, dadas las dudas existentes sobre la edad gestacional, la utilización de la ventosa obstétrica.

e) Si la sepsis neonatal sufrida por el menor fue de transmisión vertical, que indique si la lex artis aconsejaba haber descartado, mediante las correspondientes pruebas, la infección vaginal como causa de la amenaza de parto prematuro que presentaba la reclamante.

f) Si la sepsis neonatal contraída por el menor es de origen nosocomial, que concrete si los servicios sanitarios se ajustaron a la lex artis al cumplir con la obligación de medios que les correspondía, adoptando las medidas precisas para evitar el contagio, e implantando la antibioterapia adecuada.

g) Cualquier otra consideración que estime pertinente formular en orden a mantener la existencia de responsabilidad patrimonial tal como hace al final de su informe.

Por último, como quiera que la estimación que propone es sólo parcial, se deduce que estima que no todos los daños que presenta el menor derivarían de una infracción de la lex artis, es preciso que concrete cuáles y en qué grado serían imputables al funcionamiento del servicio público sanitario, ya que únicamente así podrá este Órgano Consultivo pronunciarse sobre la adecuación de la indemnización que se recoge en la propuesta de acuerdo”.

SEGUNDO.- Recibido el Dictamen en la Consejería consultante, por la instrucción se llevan a cabo las siguientes actuaciones:

1.ª Se solicita a la Inspección Médica informe en el que se precisen los aspectos a los que se refiere el Dictamen antes citado, el cual es evacuado con fecha 7 de noviembre, con el siguiente contenido:

“Cuando se analiza un proceso asistencial habitualmente no existe un solo momento que sea la causa única del resultado adverso, sino más bien la confluencia de varios factores que contribuyeron al resultado desfavorable.

Podríamos enumerar en el caso que nos ocupa:

- Un informe ecográfico que discrepaba de la edad gestacional que constaba en la historia clínica.*
- La “fascinación tecnológica” de los profesionales sanitarios que ignoran los antecedentes de la historia clínica y los datos de la anamnesis y dudan de los hallazgos de la exploración física ‘parece una gestación de 34-35 semanas’.*
- Es imposible determinar si la supresión del tratamiento tocolítico interviene o no en la Rotura Prematura de Membranas, ya que ésta fue espontánea y no había dinámica uterina y fue necesaria la oxitocina en la inducción al parto.*
- La actitud terapéutica errónea ante la Rotura Prematura de Membranas, condicionada por el informe ecográfico y la dudosa impresión diagnóstica del informe de alta.*
- Durante un parto sólo son contraindicaciones absolutas para la aplicación de ventosa obstétrica: la dilatación incompleta, las distocias pélvico-fetales, las presentaciones podálica y de cara, las deflexiones cefálicas, las ventosas ‘altas’ (por encima del III plano en primíparas), el sufrimiento fetal agudo o el feto muerto. Ninguna de estas situaciones estaba presente.*
- Ninguna de las complicaciones sufridas por el Recién Nacido están en relación con la aplicación de la ventosa obstétrica.*
- La sepsis neonatal sufrida por el RN a partir del 3^{er} día de vida, fue un germen desconocido, a pesar de los hemocultivos realizados (Folios n° 343 y 347) y el cultivo de catéter venoso (Folio n° 346). No es posible por tanto definir el origen exacto, vertical o nosocomial de la infección sufrida. La prematuridad del parto impidió la realización del screening de portadoras de Streptococcus Agalactiae.*
- La aparición a partir de las 72 horas de la infección y a pesar del tratamiento profiláctico frente a Streptococcus Agalactiae con ampicilina y gentamicina, sugiere un origen nosocomial, y la obligación de medios para la prevención de infección nosocomial implica no sólo la adopción de medidas precisas para evitar el conta-*

gio, sino la realización de controles y vigilancia activa de la infección nosocomial, sobre todo en servicios con pacientes especialmente sensibles. Esta vigilancia y control no consta que se realizara.

La estimación parcial de Responsabilidad Patrimonial obedece a la determinación objetiva del funcionamiento del servicio público sanitario, independientemente de que existan conductas irregulares o infracciones de la lex artis.

- *Es imputable al funcionamiento del servicio público el diagnóstico erróneo de la edad gestacional y la posterior actitud terapéutica ante la rotura prematura de membranas.*
- *No es posible determinar la relación directa entre la supresión del tratamiento tocolítico y la rotura de membranas espontánea y sin dinámica uterina.*
- *Es imputable al funcionamiento del servicio público la Sepsis Neonatal sufrida por el RN, y las secuelas secundarias a la Encefalopatía hipóxico-isquémica perinatal del prematuro.*
- *No son imputables al funcionamiento del servicio público todas las alteraciones detectadas en el RN, como son un fenotipo con ciertos rasgos dismórficos o la existencia en el TAC de atrofia subcortical e imágenes de leucodistrofia y por tanto todos los ‘daños’ que presenta el menor”.*

2ª. Se solicita informe médico de la compañía aseguradora del SMS, así como valoración de los daños que se consideren imputables al funcionamiento del servicio público sanitario; requerimiento que es atendido mediante la emisión del informe cuyo contenido se transcribe a continuación:

“I. Establecer si la ampliación del informe de la inspección médica aportada a raíz de cuestiones planteadas por el consejo consultivo responde adecuadamente a las dudas que plantea dicho órgano.

1. Respecto a la edad gestacional en el momento de los hechos, realiza diversas preguntas. Se solicita que el informe de inspección se defina sobre el error de interpretación, si debieron realizarse más pruebas dada la divergencia entre la edad gestacional clínica y ecográfica y si este error tuvo influencia en la actitud terapéutica planteada ante la posterior rotura prematura de membranas.

Debe interpretarse el informe ampliatorio como que contesta a dicho extremo calificando la datación del embarazo como inadecuada.

Habida cuenta que los argumentos en contra de este proceder son claros y en el mismo reside, además, el origen de todo lo ocurrido, pueden aportarse argumentos aún más contundentes que reafirman lo inadecuado del proceder asistencial en esta medida:

- *La biometría ecográfica proporciona datos bastantes fiables sobre la edad gestacional, en las exploraciones realizadas antes de la 20 semana, perdiendo gradualmente precisión como indicador de edad gestacional a partir de la 20 semana. En caso de no coincidencia entre la edad gestacional clínica y ecográfica, medida esta última por el diámetro biparietal, se recomienda medir el diámetro occipitofrontal y calcular el índice cefálico con el fin de descartar la presencia de una dolicocefalia o una braquicefalia. Estas mediciones no se realizaron.*

- *Llama la atención que ante un diámetro biparietal de 90 mm, con una edad gestacional clínica de 31 semanas, y una longitud femoral (60 mm) y diámetro abdominal (261 mm) compatibles igualmente con una gestación de 31 semanas, no se realizaran mediciones complementarias o comprobaciones. Si los límites biométricos en una gestación de 31 semanas son, para el diámetro biparietal 70 mm (percentil 5), 76 mm (P50) y 82 mm (P95), y para la longitud femoral son de 53mm (P5), 57 mm (P50) y 62 mm (P95), y para el diámetro abdominal de 257mm (P5), 278mm (P50) y 299mm (P95), resulta incomprensible que se considere como valor predominante para determinar la edad gestacional el único parámetro discordante (el diámetro biparietal).*

Analizado lo anterior, resulta claro que hubo mala praxis y que existió un error en la determinación de la edad gestacional en la asistencia a Urgencias del día 07.01.04, por amenaza de parto prematuro, y que no se realizaron las comprobaciones necesarias para salvar la discrepancia generada a raíz de la ecografía realizada el día 08.01.04, prevaleciendo un criterio erróneo que llevo a considerar una edad gestacional incorrecta de 34-35 semanas (diferencia de 3-4 semanas).

2. Otra cuestión planteada por el consejo consultivo es la incidencia de la edad terapéutica tras la presentación de “rotura prematura de membranas”.

La ampliación del Informe Médico de Inspección contesta también a esta pregunta, al considerar esta actitud terapéutica inadecuada de modo “consiguiente” a la datación gestacional

No obstante, y para mayor abundamiento en esa postura, podemos aportar que en caso de edad gestacional inferior a la 32 semanas, lo que procede es, salvo que dicha rotura se deba a un proceso infeccioso (amnionitis), administrar tratamiento tocolítico durante 2 días y administrar corticoides para favorecer la maduración pulmonar y antibioterapia profiláctica. En el caso que nos ocupa, al considerar una edad gestacional de 34-35 semanas, ninguna de las anteriores medidas se llevó a ejecución.

3. El resto de cuestiones planteadas sobre el problema infeccioso y la aplicación de ventosa, están perfectamente aclaradas por el informe ampliatorio.

II. Cuantificar los daños corporales producidos por la asistencia inadecuada, separándolos de los imputables a la historia natural de la enfermedad.

Establecimiento del Nexo Causal:

Las cuestiones 1 y 2 del apartado anterior son clave para el establecimiento del nexo causal, ya que aunque el error en la edad gestacional y la interrupción del tratamiento tocolítico tras el ingreso de 07.01.08 (sic) no son la causa de la rotura de membranas en sí misma, no puede decirse lo mismo sobre la orientación terapéutica adoptada tras la ocurrencia de dicha rotura prematura de membranas, que si (sic) es el origen de parte de los daños reclamados. A este respecto, el primer apartado de las conclusiones de la ampliación del IMI es claro cuando señala ‘hubo mal funcionamiento en el diagnóstico de la edad gestacional y, por consiguiente en la actitud terapéutica adoptada tras la posterior rotura prematura de membranas’.

Factores Concurrentes- Concausas.

Existe, además la necesidad de plantear un claro porcentaje de reducción sobre indemnización total, ya que la prematuridad, por sí misma, es un factor de riesgo y todo parto

premature por debajo de la 34 semana tiene un riesgo de morbilidad importante (concepto jurídico de Pérdida de Oportunidad). La gestante con rotura prematura de membranas antes de ese plazo se beneficia de un manejo conservador para prolongar la gestación y reducir el riesgo de morbilidad dependiente de la edad gestacional del feto que consiste en la maduración pulmonar con corticoides, la administración de antibióticos y el reposo relativo hospitalario en un intento de minimizar la pérdida de líquido amniótico y detectar signos de infección o de pérdida del bienestar fetal. En ausencia de parto instaurado, desprendimiento de placenta, sufrimiento fetal o infección intrauterina el objetivo es prorrogar la gestación hasta alcanzar las 31-32 semanas de gestación y considerar la finalización, sólo si la madurez pulmonar está documentada. Independientemente del mecanismo, la Prematuridad por debajo de las 34 semanas, ocurrida en este parto y no dependiente del error asistencial, suponía una posibilidad de enfermedad o muerte entre del (sic) 15 al 34%; porcentaje en el que debería ser reducida la indemnización final.

Complicaciones sobre las que debe responderse.

Como complicaciones obstétricas, el feto con rotura prematura de membranas a estas edades gestacionales tiene un riesgo significativo 32-76% de distrés fetal relacionado con compresión funicular y un 13-60% de riesgo de infección intraamniótica. La invasión microbiana de la cavidad amniótica no sólo es considerada factor de riesgo para parto pretérmino, sino también de corioamnionitis clínica y resultados neonatales adversos (índices de Apgar más bajos, distrés, respiratorio, sepsis, hemorragia intraventricular, displasia broncopulmonar, bajo peso al nacer y daño cerebral perinatal). La forma más grave de parálisis cerebral secundaria a la infección es la leucomalacia periventricular. Todas ellas son dependientes de la prematuridad en sí, y no imputables a la errónea datación del embarazo. Por tanto la sepsis y sus consecuencias ni igual que las lesiones intra ventriculares; la sordera congénita y las secuelas post infecciosas; no deben ser valoradas.

Nos centramos únicamente en la lesión motora (tetraparesia) e intelectual (retraso cognitivo) como únicas consecuencias directas de la inadecuada datación de la gestación y, por tanto, planteamiento terapéutico frente a la Rotura Prematura de Membranas en este caso”.

Seguidamente lleva a cabo la siguiente cuantificación del daño:

1. Incapacidad Permanente

Secuelas Funcionales:

- Tetraparesia grave: 75 puntos
- Deterioro cognitivo muy grave: 80 puntos

Aplicando la fórmula de Balthazar se obtiene un total de 95 puntos, a 3.013,81 euros el punto, da la cantidad de 286.311,48 euros.

Secuelas estéticas:

Que califica de importantes, asignándole 20 puntos que, a 1.233, 67 euros el punto, da la cantidad de 24.673,31 euros.

2. Factores de corrección

- Por daños morales complementarios: 86.158,38 euros.
- Por invalidez permanente absoluta: 172.316,76 euros.
- Por gran invalidez (ayuda de 3ª persona): 344.633,51 euros.

La suma de las anteriores cantidades da una indemnización total de 914.093,44 euros, sobre la que habría que aplicar, para fijar el *quantum* indemnizatorio, un porcentaje de reducción del 15 al 34%.

TERCERO.- Por la instructora se formula propuesta de acuerdo en el que, con base en las afirmaciones de carácter médico que se contienen en los informes de la Inspección Médica y de la entidad aseguradora antes transcritos, estima que ha quedado acreditado que la asistencia sanitaria prestada a la x. no se ajustó a la *lex artis*. En cuanto a la indemnización, asume la cuantificación realizada por la aseguradora, considerando que la cifra de 600.000 euros que se fijaría en el acuerdo resulta compatible con el interés público al no superar la que correspondería conforme a baremo una vez aplicada la reducción propuesta por la compañía aseguradora. Finaliza proponiendo acordar con los reclamantes el pago de la cantidad de 600.000 euros, que se ingresará en una cuenta bancaria destinada a la atención y cuidado del menor, x.

Seguidamente, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 10 de diciembre de 2008.

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 163/2008, relativas a dichos extremos.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Hasta la emisión del Dictamen 163/2008 se puede afirmar que, una vez completada la instrucción en el sentido indicado en él, el procedimiento seguido se ha atendido, en líneas generales, a lo establecido en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP). En cuanto a las actuaciones desplegadas con posterioridad a la recepción de dicho Dictamen, hay que hacer notar que el órgano instructor no se limitó a solicitar a la Inspección Médica las aclaraciones que en aquél se indicaban, sino que al recibir el informe aclaratorio de la Inspección lo trasladó a la aseguradora, a la que, además, solicitó informe y cuantificación de los daños. La incorporación al expediente del informe emitido por la compañía aseguradora implica la existencia de nuevos datos que, en puridad, hubiera obligado a conceder un nuevo trámite de audiencia. Sin embargo, al no aportar las conclusiones de dicho informe nada sustancialmente distinto a lo concluido por la Inspección Médica, así como contener una valoración del daño coincidente con la cuantía que los reclamantes han señalado como indemnización adecuada y suficiente para llegar a un acuerdo, el Consejo considera pertinente examinar el fondo de la cuestión planteada.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial en la asistencia sanitaria.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus

bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

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

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

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle. 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 (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

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

Tal como se indicaba en el Consideración Cuarta del Dictamen 163/2008, pueden distinguirse cuatro tipos de actuaciones a las que los reclamantes vinculan el daño sufrido:

- a) Cálculo erróneo de la edad gestacional, que se habría producido en el ingreso correspondiente al día 7 de enero de 2004.
- b) Suspensión del tratamiento tocolítico y antibiótico, lo que podría haber coadyuvado en la rotura temprana de membrana.
- c) Uso de ventosa obstétrica, lo que está contraindicado atendiendo a la verdadera edad del feto, es decir, 31 semanas.
- d) Sepsis neonatal sufrida por el hijo de los reclamantes.

Las dudas que en relación con cada una de estas actuaciones médicas se suscitaron a este Consejo han sido debidamente despejadas por los dos informes médicos que se han incorporado al expediente, de los que se deduce que hubo un evidente error en el diagnóstico de la edad gestacional de la reclamante, lo que condicionó la posterior actitud terapéutica ante la rotura de la membrana (*“no administrar tratamiento tocolítico durante dos días y administrar corticoides para favorecer la maduración pulmonar y antibioterapia profiláctica”* —folio 672—), lo que constituye una mala praxis médica que dio origen a parte de los daños reclamados.

Admitida la existencia de nexo causal en los términos que han quedado descritos, ambos informes médicos coinciden también en que no todos los daños que presenta el menor son imputables a la actuación de los servicios públicos sanitarios. No lo son —dice la Inspección Médica— *“...todas las alteraciones detectadas en el RN, como son un fenotipo con ciertos rasgos dismórficos o la existencia en el TAC de atrofia subcortical de imágenes de leucodistrofia y por tanto todos los ‘daños’ que presenta el menor”*. Por otro lado el informe pericial de la entidad aseguradora destaca la existencia de factores concurrentes que exigen minorar la indemnización en un porcentaje que oscilaría entre 15 y el 34%, debido a que la *“...prematuridad por debajo de las 34 semanas, ocurrida en este parto y no dependiente del error asistencial, suponía una posibilidad de enfermedad o muerte entre del 15 al 34%”*.

Cabe concluir, por tanto, que ha quedado probado un defectuoso funcionamiento del servicio público sanitario, aunque no en la extensión sostenida por los reclamantes, concurriendo todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, entre ellos, la antijuridicidad del daño, debiendo reconocerse el derecho de los reclamantes a ser indemnizados.

QUINTA.- La terminación convencional propuesta: cuantía indemnizatoria.

Los reclamantes, en su escrito de 31 de marzo de 2008, manifiestan su disposición a la terminación convencional del presente procedimiento administrativo si la Administración reconoce a su hijo una indemnización de 600.000 euros, es decir, contraen la cuantía indemnizatoria a los daños sufridos por el menor, reduciendo la cantidad previamente solicitada de 1.000.000 de euros y desistiendo de la indemnización que por 250.000 euros habían solicitado para sí en concepto de daños morales.

El órgano instructor considera adecuada la cantidad propuesta (600.000 euros) para la justa compensación de los daños producidos por las actuaciones descritas, al tiempo que indica que aquella no es perjudicial para el interés público por coincidir de modo muy aproximado a la que le correspondería según la cuantificación efectuada por la aseguradora del SMS. Del mismo modo en el auto autorizatorio dictado por el Tribunal Superior de Justicia se indica que el Ministerio Fiscal informó favorablemente la autorización judicial para alcanzar acuerdo por el importe citado.

Sobre el cálculo de la indemnización, el Consejo Jurídico viene aplicando de forma constante una serie de criterios legales y jurisprudenciales, entre los que destacamos que la legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo, debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del lesionado.

En el presente caso, en el reconocimiento realizado por la Unidad de Valoración de la Subdirección de Gestión de Servicios Sociales del entonces denominado ISSORM (actual-

mente, IMAS), se indica que el menor presenta las siguientes deficiencias: retraso madurativo (encefalopatía por sufrimiento fetal en el parto); discapacidad del sistema neuromuscular (encefalopatía por sufrimiento fetal en el parto); y sordera congénita. Dichas deficiencias se valoran en un grado de minusvalía del 94%.

Para fijar la indemnización procedente resulta necesario tener en cuenta la extrema gravedad de las secuelas de todo tipo, físicas, psíquicas y neurológicas que presenta el menor, de carácter irreversible, que le condicionan durante su vida el desarrollo de su personalidad, de su autocuidado, y de relación con el mundo exterior, generándole una limitación muy profunda de todo género, así como el daño moral que le ha causado a sus padres, encargados de su cuidado.

Ante minusvalías similares en la que existe una incapacidad casi total derivada de problemas de nacimiento, el Tribunal Supremo es partidario de conceder sólo una indemnización global, sin añadir una pensión vitalicia. Para estos casos suele fijar la indemnización en 600.000 euros por todos los conceptos (SSTS, Sala 3ª, de 27 de junio de 2008 y de 15 de marzo de 2007). Así lo ha considerado también este Órgano Consultivo en otros supuestos análogos al presente (por todos, Dictamen núm. 164/2008).

En tal sentido, en la medida que la propuesta remitida se atiene a este criterio judicial ponderado, se considera adecuada la cuantía, aunque como el auto judicial por el que la Sala de lo Contencioso Administrativo autoriza la transacción establece que el importe de la indemnización irá destinado a la atención y cuidado del menor, la adscripción a tal fin habrá de reflejarse en la formalización de la transacción.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de acuerdo indemnizatorio tendente a la terminación convencional del procedimiento, toda vez que se aprecian en el supuesto sometido a consulta todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial. Asimismo, se cumplen los requisitos para proceder a la terminación convencional del procedimiento.

SEGUNDA.- En la formalización del acuerdo de terminación convencional habrá de actuarse conforme a lo indicado en la Consideración Quinta, *in fine*, de este Dictamen, en relación con la introducción de una nueva base en el texto del acuerdo

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 07/09.- Anteproyecto de Ley de creación del organismo autónomo “Boletín Oficial de la Región de Murcia”.**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)****Fecha: 12/01/09****Extracto de Doctrina**

La potestad de autoorganización encuentra también sus límites en las normas básicas del Estado para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común (artículo 149.1, 18ª CE); entre ellas, cabe citar la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias, cuya Disposición adicional segunda establece que los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas uniprovinciales se regirán por su legislación específica, siéndoles en todo caso de aplicación los artículos 1, 4, 5, 6, apartado 1, así como el artículo 7, apartados 1, 4 y 5 de la citada Ley. También, por su incidencia en este medio de publicación oficial, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante LAE), que recoge en su artículo 11.1 las publicaciones electrónicas de los boletines oficiales.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 30 de octubre de 2007, el Gerente de la Imprenta Regional de Murcia remitió al titular de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública un borrador del Anteproyecto de Ley de creación del Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Región de Murcia, acompañado de la siguiente documentación:

- Propuesta de estatutos del organismo.
- Plan inicial de actuación.
- Informe de oportunidad y conveniencia.
- Memoria de valoración técnica y jurídica.
- Estudio económico.
- Informe sobre impacto por razón de género.
- Certificado del acuerdo del Consejo de Administración del Organismo Autónomo Imprenta Regional.

También se acompañaba del informe evacuado por el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia (folios 57 a 68), cuyas observaciones aconsejaban ciertas modificaciones en el texto que fueron introducidas, dando lugar al que se considera como segundo borrador (folios 70 a 81).

SEGUNDO.- El 7 de noviembre de 2007, el titular de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública trasladó el borrador del Anteproyecto de Ley para la presentación de observaciones a las Direcciones Generales de Tributos, de Patrimonio, de Presupuestos y de Finanzas; también al Secretario Autonómico de Administración Pública el 13 de noviembre de 2007.

TERCERO.- La Dirección General de Presupuestos y Finanzas emitió informe el 8 de noviembre de 2007, destacando que “*de la memoria económica se desprende que la*

puesta en marcha del nuevo organismo autónomo Boletín Oficial de la Región de Murcia no supone un coste económico adicional de funcionamiento en relación con los créditos disponibles por el actual organismo Imprenta Regional de Murcia, ya que los objetivos y créditos del programa 126B se incorporarán al mismo programa del nuevo organismo autónomo sin aumento del gasto presupuestario para el presente año, mientras que para el ejercicio 2008 y siguientes, el gasto presupuestario se adecuará a las cantidades previstas en el presupuesto de cada ejercicio”.

CUARTO.- Por parte del Servicio de Ordenación Normativa de la Secretaría Autónoma de Administración Pública se emite informe favorable el 21 de noviembre de 2007 (folios 97 a 99), destacando que la designación del Gerente se ajusta al régimen general de provisión de puestos de trabajo del personal al servicio de la Administración regional, al igual que se somete al personal adscrito al organismo a la normativa sobre función pública, tal y como dispone el artículo 44 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 7/2004).

QUINTO.- El Subdirector General de Patrimonio emite informe favorable al texto el 17 de diciembre de 2007, a reserva de la subsanación de las deficiencias advertidas en relación con el artículo 17 y Disposición transitoria quinta, en contraste con la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

SEXTO.- El 27 de diciembre de 2007, el Director General de Tributos remite al titular de la Secretaría General informe suscrito por la Jefa del Servicio Jurídico Tributario, con su visto bueno, en el que concluye que el borrador del Anteproyecto de Ley se ajusta formal y materialmente al ordenamiento jurídico tributario autonómico (folios 89 a 92).

SÉPTIMO.- Con fecha 1 de febrero de 2008, el Gerente del Organismo Autónomo Imprenta Regional (en lo sucesivo Imprenta Regional) remite al Secretario General de la Consejería competente el borrador del Anteproyecto de Ley, en el que se plasman las correcciones motivadas por las observaciones realizadas hasta ese momento (tercer borrador obrante en los folios 141 a 153), indicando, asimismo, que la memoria económica que se acompaña se ha actualizado para adecuarla a los Presupuestos del año 2008.

OCTAVO.- Solicitado nuevamente informe a la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, es evacuado por su titular el 15 de febrero de 2008 (folio 155), en el que reitera que el nuevo organismo autónomo que se pretende crear recoge íntegramente la dotación presupuestaria del actual Imprenta Regional, por lo que no genera nuevas obligaciones económicas no previstas inicialmente en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

NOVENO.- Con fecha 17 de abril de 2008, el Jefe de Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública emite un extenso informe sobre el Anteproyecto de Ley, en el que se destaca, respecto al procedimiento de elaboración, el carácter preceptivo del informe del Consejo Regional de la Función Pública en aplicación de nuestra doctrina (Dictamen 143/05 del Consejo Jurídico), al entender que su objeto se refiere también a la función pública, puesto que contempla una efectiva integración del actual personal en el nuevo organismo. Particularmente se realizan observaciones a los siguientes artículos: 1, 2, 4, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, así como a las Disposiciones adicional única, transitoria quinta, derogatoria, y finales segunda y tercera.

DÉCIMO.- Consideradas las observaciones del órgano preinformante, según expresa el Gerente de la Imprenta Regional el 18 de junio de 2008, se remite la versión definitiva del Anteproyecto de Ley al titular de la Secretaría General (folios 191 a 202), acompañada de una propuesta de Estatutos y de dos informes complementarios relativos a la configuración del puesto de Gerente, y a la afectación de la tasa al cumplimiento de los fines del organismo autónomo. Tras lo cual, es evacuado el informe por el Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería, en sustitución del exigido en el procedimiento de elaboración a la Vicesecretaría, al encontrarse vacante dicho puesto, de acuerdo con la Resolución del Secretario General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 7 de enero de 2008.

UNDÉCIMO.- La titular de la Consejería precitada eleva una propuesta de acuerdo al Consejo de Gobierno el 7 de julio de 2008, tendente a completar el procedimiento con ulteriores trámites, siendo adoptado dicho acuerdo en la sesión de 18 de julio siguiente, en el sentido de indicar que el Anteproyecto de Ley de creación del Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Región de Murcia ha de someterse a informe del Consejo Regional de la Función Pública y a Dictamen del Consejo Jurídico, por exigencia de las normas reguladoras que cita.

DUODÉCIMO.- Consta la certificación del Acuerdo del Consejo Regional de la Función Pública, adoptado en su sesión de 30 de julio de 2008, informando favorablemente el contenido del Anteproyecto de Ley.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 8 de septiembre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, 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.- Las competencias estatutarias ejercitadas en el Anteproyecto de Ley y la normativa básica de competencia estatal.

De una parte, la publicidad de las normas, tanto legales como reglamentarias, así como de los actos administrativos cuando lo exija un determinado procedimiento, es requisito para su eficacia, como así lo disponen los artículos 30 y 32 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en relación con el artículo 2.1 del Código Civil, citados por la Exposición de Motivos (EM) del Anteproyecto de Ley, en desarrollo del artículo 9.3 de la Constitución Española (CE).

De otra, el contenido del Anteproyecto de Ley es fruto de la potestad de autoorganización que corresponde a toda Administración Pública, según reza el artículo 51.1 de nuestro Estatuto de Autonomía. En su desarrollo, se aprobó la Ley 3/1985, de 10 de julio, que configuró a la Imprenta Regional de Murcia como un Organismo Autónomo de carácter comercial e industrial, ajustándose a la otrora vigente Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El Anteproyecto de Ley trata de ajustarse a las previsiones de la Ley 7/2004 sobre los entes instrumentales de la Administración regional para realizar las actividades de ejecución o gestión, cuyas características aconsejen su organización y desarrollo en régimen de descentralización, como concurre en el caso de las tareas que se asignan al Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Región de Murcia.

Sin embargo, esta potestad de autoorganización, que se ejercita por la Administración regional, encuentra también sus límites en las normas básicas del Estado para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común (artículo 149.1, 18ª CE); entre ellas, cabe citar la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias, cuya Disposición adicional segunda establece que los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas uniprovinciales se regirán por su legislación específica, siéndoles en todo caso de aplicación los artículos 1, 4, 5, 6, apartado 1, así como el artículo 7, apartados 1, 4 y 5 de la citada Ley. También, por su incidencia en este medio de publicación oficial, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante LAE), que recoge en su artículo 11.1 las publicaciones electrónicas de los boletines oficiales.

TERCERA.- Sobre el procedimiento de elaboración del Anteproyecto y la documentación integrante del expediente.

1. El procedimiento de elaboración se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004), sin que se adviertan trámites omitidos, pese a que el procedimiento se ha visto jalonado por alteraciones en la organización de la Administración regional, que se han plasmado en sucesivos cambios de adscripción de la Imprenta Regional. Así, consta una actuación inicial de la Consejería de Presidencia (remisión del Anteproyecto al titular de la Secretaría General, e informe del Servicio Jurídico, a la que se encontraba adscrito el organismo en aquel momento), si bien ha correspondido a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, en virtud del Decreto del Presidente 24/2007, de 2 de junio, por el que se adscribió la Imprenta Regional a dicho departamento, el impulso del procedimiento de elaboración del Anteproyecto de Ley, e incluso ha sido su titular la que ha recabado nuestro Dictamen, si bien con posterioridad se ha modificado nuevamente su adscripción, dependiendo en la actualidad de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, según el Decreto del Presidente 26/2008, de 25 de septiembre.

Entre los informes evacuados se encuentran el de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, de acuerdo con lo previsto en la Disposición adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia ya citada (en lo sucesivo TRLH), el del Consejo Regional de la Función Pública, en el entendimiento que se trata de una disposición que afecta a la función pública (Dictamen del Consejo Jurídico 143/2005), en tanto establece la integración en el nuevo organismo del personal de la Imprenta Regional desde su funcionamiento efectivo (Disposición transitoria única del Anteproyecto). También, por incidir en competencias de otros centros directivos, se ha dado audiencia a las Direcciones de Tributos y de Patrimonio, en este último caso como recomendamos en el Dictamen precitado.

2. Con el Anteproyecto de Ley se acompaña una propuesta de estatutos y un plan de actuación como exige el artículo 40.3 de la Ley 7/2004 para la creación de un organismo público, con independencia de que en él confluya la adaptación de uno existente. Además se acompaña de los documentos exigidos por el artículo 46.3 de la Ley 6/2004 para la iniciativa legislativa.

CUARTA.- Sobre la adecuación del Anteproyecto a los nuevos entes instrumentales previstos en la Ley 7/2004.

La EM del Anteproyecto de Ley invoca como causas justificativas de la nueva regulación el transcurso del tiempo desde su creación como Organismo Autónomo, la necesidad de contar con una nueva normativa para mejorar su eficacia, y su adecuación al nuevo modelo de organización de la Administración Institucional regional.

La Consejería proponente no ha optado por la adaptación del organismo existente Imprenta Regional a las previsiones de la Ley 7/2004, mediante los procedimientos previstos en su Disposición transitoria primera, sino que ha considerado pertinente, por las razones arriba expresadas, la creación de un nuevo organismo público “Boletín Oficial de la Región de Murcia” y, correlativamente, ordenar la extinción del existente Imprenta Regional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 40 y 42, 1, a) de la precitada ley, sobre la creación *ex novo* de los organismos autónomos y extinción de los existentes, respectivamente. En cualquier caso ambos procedimientos conducen al mismo resultado, que es la adecuación al nuevo modelo de organización de la Administración institucional regional, que ha seguido el criterio de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en esta materia (Ley 6/1997, de 14 de abril).

La tipología a la que se ha acogido el Anteproyecto de Ley (organismo autónomo de los previstos en el artículo 39.1,a de la Ley 7/2004) encaja plenamente con sus actividades de gestión del servicio público de publicación del Boletín Oficial de la Región de Murcia, teniendo la consideración de medio propio instrumental de la Administración pública regional y de sus organismos y entidades de derecho público en las materias objeto de su competencia.

De una parte, el texto contiene los requisitos mínimos establecidos para la ley de creación por el artículo 40.2 de la Ley 7/2004 (tipo de organismo público que se crea, con indicación de su denominación y fines generales, órganos directivos y procedimiento de designación, recursos económicos, etc.), a excepción de la determinación de la Consejería a la que se adscribe, sobre la que el Anteproyecto elude pronunciarse (art.1.3), remitiéndose a un posterior desarrollo reglamentario; sin embargo, tal previsión contradice lo dispuesto en el artículo 40.2,a) de la precitada Ley regional, que exige la concreción de la Consejería de adscripción, pudiendo adoptarse una fórmula que identifique cuál es la competencia que arrastra la adscripción (Dictamen núm. 123/2005 del Consejo Jurídico), evitando las consecuencias de los cambios de denominación resultantes de las reorganizaciones administrativas.

También conviene destacar que la denominación acogida para el organismo (Boletín Oficial de la Región de Murcia), como ha indicado un informante, induce a cierta confusión entre el ente instrumental y el medio oficial de publicación regional de las leyes, disposiciones y actos de inserción obligatoria. Por razones de técnica normativa se aconseja que se utilice en el articulado del Anteproyecto la expresión Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Región de Murcia para referirse al ente instrumental, y BORM para referirse al medio de difusión, tras la primera cita completa. A mayor abundamiento, pese a que el artículo 1.1 del Anteproyecto de Ley adopta las siglas BORM para referirse al ente instrumental, sin embargo, no la adopta en otros preceptos (por ejemplo, artículos 2.1, 4 y 15, entre otros).

De otra parte, introduce cierta dosis de confusión sobre el desarrollo ulterior de la Ley, no sólo el escaso desarrollo de la propuesta de Estatutos que se acompaña por exi-

gencias de la Ley 7/2004 (art. 40.3), que viene a reproducir literalmente los contenidos del Anteproyecto de Ley, salvo aspectos concernientes al funcionamiento del Consejo de Administración del organismo, sino también la invocación en el texto (artículo 12) al desarrollo reglamentario sobre el funcionamiento del Consejo de Administración, cuando dicha regulación es propia de los Estatutos del Organismo Autónomo, que también se citan. Por tanto, no cabe confundir el desarrollo reglamentario del funcionamiento del diario oficial, a lo que se refiere el artículo 4.1 del Anteproyecto de Ley, con el contenido propio de los Estatutos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 41 de la Ley 7/2004. Consecuentemente debe suprimirse dicha referencia en el artículo 12 del texto, pues compete a los Estatutos desarrollar el funcionamiento del Consejo de Administración.

QUINTA.- Observaciones al contenido del Anteproyecto:

I. Sobre el régimen jurídico y funciones.

Ciertamente el contenido del Anteproyecto de Ley se ha perfeccionado durante el procedimiento de elaboración, siguiendo nuestras observaciones y recomendaciones, entre ellas las derivadas del Dictamen núm. 143/2005, citado como precedente en algunos informes previos, en lo que concierne, por ejemplo, al régimen jurídico del organismo público (art. 2.1).

En su plasmación se establece que el Organismo Autónomo se rige por lo previsto en la presente Ley, en la Ley 7/2004, en sus estatutos y en el resto del ordenamiento que resulte de aplicación.

Seguidamente, por exigencias de lo dispuesto en el artículo 40.2,b de la Ley 7/2004, se relacionan una serie de potestades administrativas inherentes a la personalidad jurídico-pública del ente (de organización, planificación, ejecución forzosa de sus actos, control, disciplinaria y otras, salvo la expropiatoria), si bien, alguna de ellas no es citada ni desarrollada en la propuesta de estatutos; de todas ellas, suscita la presente observación la relativa a la potestad disciplinaria, que no se concreta en el resto del articulado. En sentido contrario, se omiten otras que pudieran resultar de interés, como la posibilidad de celebrar convenios de colaboración con personas públicas o privadas cuyos objetivos y actividades sean de interés en la gestión de los servicios que tienen encomendados, remitiéndose en su formalización a lo previsto en la Ley 7/2004, como recomendamos en nuestro Dictamen 143/2005.

En cuanto a los fines del Organismo Autónomo, el artículo 3 del Anteproyecto recoge, como esenciales, la gestión del servicio público de publicación del BORM y del servicio de industria gráfica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. En este último aspecto (industria gráfica de la CARM) el Anteproyecto da un salto cualitativo, pues trata de potenciar los trabajos de impresión encargados por otras Administraciones al organismo autónomo, circunscrito en la normativa vigente (artículo 2.1 de la Ley 3/1985) a la Administración pública regional, y condicionado a la adopción de acuerdos previos o a lo que determine el Consejo de Gobierno.

Sobre la regulación propuesta, cabe realizar las siguientes observaciones:

1ª) Respecto al Boletín Oficial de la Región de Murcia, en su condición de Organismo Autónomo dependiente de la Administración regional, el Anteproyecto de Ley puede recoger su faceta de servicio de industria gráfica de la Administración a la que está vinculado, pero no puede atribuir dicha finalidad respecto a otras Administraciones (por ejemplo, los Ayuntamientos), lo que exige, en todo caso, que se modifique la redacción en el sentido de

sustituir en el artículo 3, b) “Comunidad Autónoma de la Región de Murcia” por órganos institucionales de la Región de Murcia y Administración regional. Lo anterior es congruente con lo establecido en el artículo 4. 1 (Funciones), que hace referencia a la Administración Pública regional.

Esta consideración no excluye que pueda recogerse, entre sus funciones, la posibilidad de realizar tal servicio de industria gráfica a instancias de otras Administraciones o de sus organismos dependientes, pero desde otro fundamento legal, no a través de su reconocimiento como servicio propio de ellas.

2ª) Al hilo de lo expuesto, en el artículo 4.1 se particularizan las funciones de ejecución de los trabajos de imprenta solicitados por la Administración regional, si bien, en contraste con la normativa reguladora del BOE, por ejemplo, no se prevé la posibilidad de que se publiquen estudios científicos y técnicos de particulares.

II. Sobre la estructura organizativa.

Recogiendo la actual estructura, se establecen como órganos directivos del organismo el Consejo de Administración y la Gerencia, denominación que también debería utilizarse en el título de la Sección 2ª, o en el artículo 15, en la medida que se refiere a las atribuciones de la Gerencia como órgano, siguiendo la distinción entre órgano y puesto realizada en nuestro Dictamen núm. 123/2005.

Se han introducido ciertos cambios en el texto que merecen ser reseñados. Así, el reconocimiento de las atribuciones del Presidente del Consejo de Administración, recogidas en el artículo 6 de la Ley 3/1985, ha desaparecido del Anteproyecto, atribuyendo la representación legal del Organismo al Gerente (artículo 15,c del Anteproyecto de Ley). Admitida tal posibilidad, se sugiere que se distinga entre la representación institucional del Organismo, que correspondería al Presidente del Consejo de Administración acorde con su carácter de superior órgano de dirección del organismo, de la representación legal que se atribuye al titular de la Gerencia, lo que le convierte, además, en órgano de contratación del mismo (artículo 35.2 de la Ley 7/2004).

1) El Consejo de Administración.

El artículo 9 del Anteproyecto de Ley define al Consejo de Administración como el órgano colegiado superior de gobierno y alta dirección del Organismo Autónomo, si bien se recomienda que se suprima el adjetivo “alta”, que podría inducir a cierta confusión, en tanto se reconoce por el artículo 16.2,b) de la Ley 7/2004 la competencia del Consejo para la superior dirección de los organismos públicos adscritos.

En cuanto a su composición (artículo 10), se establece el procedimiento para designar a cada uno de los vocales, salvo los considerados natos (titulares de los centros directivos y de la Gerencia). Lo anterior no tendría mayor consideración, en el entendimiento de que lo son por razón del cargo, si no estableciera en el mismo artículo (apartado 5) que los suplentes de los vocales serán designados por el mismo procedimiento que el observado para su nombramiento, por lo que cabría plantearse cuál sería el de los suplentes de los vocales natos, pues se omite el procedimiento en el texto.

En el mismo precepto comentado se establece (apartado 6) que los cargos no tendrán remuneración, salvo las dietas e indemnizaciones que correspondan por su asistencia a las sesiones del Consejo de Administración, de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente. Sin embargo, el vigente Decreto 69/1997, de 10 de octubre, sobre indemnizaciones

por razón de servicio de altos cargos, expresamente recoge (artículo 1) que no se percibirá ningún tipo de indemnización por su asistencia a reuniones de los organismos colegiados de la Administración regional y de sus organismos autónomos. Respecto a los funcionarios, habrá de estarse a la regulación general establecida en la CARM (Decreto 24/1997, de 25 de abril, sobre indemnizaciones por razón del servicio de funcionarios y personal laboral de la Región de Murcia), por lo que el Consejo Jurídico recomienda que se suprima todo el apartado.

Entre sus atribuciones, aun cuando se remite a lo que establezcan los Estatutos, se citan particularmente unas (artículo 11), si bien conviene recordar, como se indicó en nuestro Dictamen 123/05, interpretando las previsiones de la Ley 7/2004, que en la Ley de creación deben figurar, como bases generales de la organización, las competencias de los órganos que se crean en ella, pudiendo los Estatutos efectuar un posterior desarrollo. Tal consideración se trae a colación, pues si bien se enumeran unas que corresponden al Consejo de Administración, sin embargo se omiten otras que tienen su correspondencia con las reconocidas por el texto al titular de la Gerencia del Organismo. Así, mientras en el artículo 15,f) del Anteproyecto se establece que corresponde al Gerente la autorización de gastos hasta la cuantía de 60.000 euros, sin embargo no se especifica la competencia, en tal sentido, correspondiente al Consejo de Administración.

En lo que concierne a la estructura orgánica del organismo, citada entre sus atribuciones por el artículo 11, d), se establece la competencia del Consejo de Administración para aprobar la propuesta de la estructura orgánica, si bien la terminología empleada contradice lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 7/2004, que atribuye la propuesta al Consejero competente en materia de organización administrativa (previa iniciativa del Consejero afectado, e informe del competente en materia de hacienda), antes de su aprobación por el Consejo de Gobierno. Por lo tanto, debería sustituirse la competencia de “aprobar la propuesta de estructura orgánica del BORM”, por “conocer y elevar la propuesta de estructura orgánica del BORM” o alguna otra expresión que identifique correctamente el alcance de la intervención del Consejo de Administración en esta materia. De otra parte, se omite cualquier intervención del Consejo de Administración correspondiente a la relación de puestos de trabajo del organismo, cuya elaboración sí se reconoce al titular de la Gerencia en el artículo 15, 1, por lo que cabría enunciarse en un sentido similar al expuesto con anterioridad, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 5.1 del Decreto 46/1990, de 28 de junio, que atribuye la competencia para formular la propuesta a los titulares de la Consejería a la que se adscriba el organismo.

También se omite cualquier competencia relativa a las tarifas del organismo que, por su relevancia, convendría citar, sin perjuicio de la observación que más adelante se realizará.

En otro orden de ideas, se recoge en el artículo 11,e) que corresponde al Consejo de Administración aprobar los planes generales, si bien debería especificarse que lo sería sin perjuicio de las competencias del Consejo de Gobierno, pues según el artículo 22.13 de la Ley 6/2004 le corresponde la aprobación de planes y programas vinculantes para sus organismos públicos. Además se podría atribuir al Consejo de Administración del organismo la competencia para informar las disposiciones normativas que afecten al Organismo Autónomo.

Respecto al régimen jurídico de sus actos, contenido en el artículo 13 del Anteproyecto, se realiza una observación de técnica normativa en relación con el apartado 2 de dicho artículo, relativo a los recursos contra los actos del Gerente, recomendándose que se incorpore

al artículo 16, donde se trata particularmente del régimen de los actos de la Gerencia. De otra parte, no se recoge en este precepto (art. 13 del Anteproyecto) que corresponde también al titular de la Consejería de adscripción la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho o para la declaración de lesividad (artículo 33.1,b de la Ley 7/2004) de los dictados por el Consejo de Administración.

Tampoco se hace referencia a la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, con independencia de que la resolución corresponda al titular de la Consejería de adscripción, conforme a lo establecido en el artículo 16.2,o) de la Ley 7/2004, pues el artículo 3.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo), establece que los competentes para iniciar e instruir son los que cada entidad determine en aplicación de las normas de atribución de competencias previstas en su norma de creación.

2) La Gerencia.

Si bien la Gerencia aparece definida en el artículo 8 como órgano directivo, junto con el Consejo de Administración, sin embargo en el primer párrafo del artículo 15 del Anteproyecto es definida como órgano rector, introduciéndose con ello cierta ambigüedad en su caracterización, al mantenerse la terminología empleada por la Ley 3/1985 para identificar a ambos órganos. En consecuencia, debería suprimirse el carácter de órgano rector por contradecir el artículo 8 del mismo texto; también conviene destacar, como nota característica de la regulación del texto sometido a Dictamen que, aparte de su componente directivo, este órgano unipersonal tiene un importante componente gestor, según sus atribuciones (artículo 15) y en su configuración se plasma dicha mixtura (apartado a) del citado artículo), pese a lo cual no es considerado como alto cargo (nombrado por el Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería), sino que se somete a lo dispuesto al régimen general de provisión de puestos de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 14 del Anteproyecto), por el carácter técnico de sus tareas, según relata el informe complementario de 18 de junio de 2008 (folios 179 y 180).

Entre las atribuciones (artículo 15 del Anteproyecto de Ley) destacan la ordenación de los pagos (apartado e), la administración, gestión y recaudación de los derechos económicos del Organismo Autónomo (apartado d), la autorización de los gastos hasta la cuantía de 60.000 euros (apartado f), y la celebración de los contratos y actividades implícitas a dicha actividad recogidas en el artículo 4 del Reglamento General de Contratos, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre (apartado g).

Analizando cada una de ellas, el TRLH (artículo 49.2) faculta a la ley de creación de los Organismos Autónomos para que pueda atribuir a sus Directores, con los que fácilmente puede equipararse el Gerente del BORM de acuerdo con lo expuesto con anterioridad, la posibilidad de ostentar las competencias de autorización, disposición, liquidación y ordenación de los pagos relativos a dichas Entidades. En tal sentido, debería completarse el apartado e) del artículo 15, recogiendo la redacción completa del precepto legal.

Del mismo modo, el artículo 11 TRLH atribuye a los titulares de los organismos autónomos la administración, gestión y recaudación de los derechos económicos del Organismo, plasmada en el apartado d) del artículo 15, así como la autorización de los gastos que se ha recogido en el apartado f), pero con un límite de 60.000 euros. Respecto a esta última facultad, no se cita en el artículo correspondiente, como se ha indicado con anterioridad, la competencia del Consejo de Administración respecto a los que excedan de dichas cantida-

des, teniendo como límite las que sean de competencia del Consejo de Gobierno, conforme a las leyes presupuestarias.

En relación con las facultades de contratación, el Anteproyecto las asigna al Gerente según se especifica en el apartado g), que se remite al artículo 4 del RD 1098/2001, y que se extenderían, conforme a este precepto, a la aprobación del proyecto y de los pliegos, a la adjudicación del contrato y a la formalización del mismo.

A este respecto, el artículo 35 de la Ley 7/2004 considera a los representantes legales de los organismos públicos regionales como órganos de contratación de los mismos, aunque puede establecerse una cuantía a partir de la cual sea necesaria la autorización de los titulares de la Consejería de adscripción para la celebración de contratos, lo que no se ha previsto en el Anteproyecto. Todo ello, sin perjuicio de la necesaria autorización del Consejo de Gobierno para celebrar contratos cuya cuantía exceda de la que la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma fije como atribución de los Consejeros.

Respecto a tal previsión se realizan las siguientes observaciones:

- a) La consideración del Gerente como órgano de contratación no contradice las previsiones legales de la Ley 7/2004, en cuanto que el Anteproyecto le asigna la representación legal del Organismo Autónomo. Tampoco con las de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al establecer que corresponde la representación de los organismos del sector público en materia contractual a los órganos de contratación unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.
- b) Sobre los pliegos generales para la contratación, el artículo 35.4 de la Ley 7/2004 establece que corresponde su aprobación al Consejo de Gobierno de la CARM, lo que podría suscitar cierta contradicción con la extensión de las actividades implícitas mencionadas, si bien el Decreto 51/1986, que se mantiene vigente en lo que no se oponga a la Ley, recoge expresamente que los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas generales que apruebe el Consejo de Gobierno para la Administración regional se aplicarán también a la contratación de la Imprenta Regional.
- c) Por último, al configurarse como un órgano al que le corresponde las demás facultades relativas al gobierno y administración no atribuidas expresamente al Consejo de Administración (apartado n), también convendría citar, como límites, las atribuidas “a la Consejería de adscripción”.

En relación con el régimen jurídico de los actos del Gerente, se establece en el artículo 16 que serán recurridos en alzada ante el titular de la Consejería a la que esté adscrito el Organismo Autónomo, por ello, debería suprimirse la palabra “Consejero”.

Respecto a los actos de gestión, liquidación, recaudación y devolución de la tasa del “Boletín Oficial de la Región de Murcia” (se supone que respecto a los hechos imposables no afectados por el acceso gratuito y universal de la edición electrónica, que se tramita paralelamente como más adelante se expondrá), y demás ingresos de derecho público dictados por el Gerente, se establece que podrán ser recurridos en vía económico-administrativa ante el titular de la Consejería competente en materia de hacienda, previa interposición, con carácter potestativo, del recurso de reposición ante el propio Gerente.

III. Sobre los recursos económicos.

Respecto a los recursos económicos (artículo 18.1), se aconseja sustituir en el apartado a) el término “derechos” por “valores” para su plena acomodación a la Ley 7/2004 (artículo 52, a), y porque los primeros ya son citados en el apartado i) del mismo precepto.

De otra parte, el artículo 18.2 establece que el BORM administrará los derechos económicos que constituyen su patrimonio, gestionará y recaudará la tasa del Boletín Oficial de la Región de Murcia y el cobro de las demás operaciones comerciales e industriales que se encuentren entre sus funciones (debería eliminarse de su redacción la segunda cita de “gestionará”), las cuales serán facturadas conforme a las tarifas o precios que apruebe el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejo de Administración.

Sin embargo, conforme al Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, si se trata de contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan a la Administración regional por la prestación de servicios no sujetos a tasas o precios públicos, su establecimiento se realizará mediante Orden de la Consejería u Organismo que deba prestar el servicio, previo informe de la Consejería competente en materia de Hacienda, según establece el artículo 20.3 del citado Texto Refundido. Por tanto, en tales casos correspondería al Consejo de Administración la propuesta de tales tarifas y precios.

IV. El régimen de contratación.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley 7/2004, dispone el artículo 20 del Anteproyecto que los contratos que celebre el Organismo se regirán por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos del sector público.

Sin embargo, se omite cualquier referencia al régimen jurídico aplicable a la edición y distribución de publicaciones (artículo 58 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).

V. Régimen transitorio desde la extinción del Organismo Autónomo Imprenta Regional a la entrada en funcionamiento efectivo del nuevo Organismo Boletín Oficial de la Región de Murcia.

La parte final del Anteproyecto se ha centrado, siguiendo como modelo el régimen transitorio previsto en la Ley 1/2006, de 10 de abril, de Creación del Instituto Murciano de Acción Social, en las previsiones aplicables al tránsito de uno a otro organismo, lo que suscita las siguientes consideraciones:

A) El Consejo Jurídico advierte que podrían darse ciertos problemas con el régimen transitorio diseñado, al intentar conjugar el Anteproyecto de Ley la entrada en vigor del texto sometido a Dictamen (20 días, según la Disposición final cuarta) con la derogación de la Ley 3/1985 (Disposición derogatoria) y la consiguiente extinción de la Imprenta Regional, que se demora a cuando entre en funcionamiento efectivo el Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Región de Murcia, lo que se determinará mediante Orden de la Consejería competente, según la Disposición adicional única del texto.

Por tanto, si bien se deroga expresa y formalmente la Ley 3/1985, no entra en funcionamiento el nuevo organismo hasta que se determine por la Consejería competente mediante Orden; incluso se establece por el Anteproyecto que continuarán ejerciendo sus competencias los actuales órganos rectores hasta ese momento, según establece la Dispo-

sición final tercera, cuando han sido modificadas sus atribuciones por el Anteproyecto de Ley, y resultando contradictorio, a mayor abundamiento, con la derogación propuesta del Título III del Decreto 51/1986, relativo a las competencias y funcionamiento de los órganos rectores. En consecuencia, la entrada en vigor de la norma proyectada queda supeditada a que la Consejería competente determine la entrada en funcionamiento efectivo del nuevo Organismo Autónomo, sin que ni tan siquiera se establezca un plazo para el ejercicio de tal habilitación, lo que se considera, en todo caso, necesario. Incluso cabría interpretar que dicha habilitación al titular de la Consejería podría ser posterior a la aprobación de los Estatutos del nuevo organismo por parte del Consejo de Gobierno.

A la vista de lo expuesto, el Consejo Jurídico considera que debería establecerse en el Anteproyecto de Ley el plazo para la puesta en funcionamiento del Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Región de Murcia con las nuevas competencias atribuidas a sus órganos directores y, por tanto, para que el titular de la Consejería de adscripción dicte la Orden, durante el cual los vigentes órganos rectores continuarían ejerciendo sus competencias, pues la indeterminación *sine die* de la entrada en funcionamiento resulta incompatible con la entrada en vigor de la nueva ley, según postula la Disposición final cuarta.

De otra parte, en la Disposición derogatoria se cita al Decreto 96/2005, de 29 de julio, por el que se establece la estructura orgánica del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia, pero sólo a efectos de que las menciones realizadas al mismo se entiendan sustituidas por el nuevo, si bien se ha omitido, por su importancia, la derogación expresa del artículo 1, por ser incompatible la naturaleza y el régimen jurídico del organismo existente con las previsiones de la nueva Ley.

B) También han de modificarse otras dos previsiones de la parte final de la disposición: en cuanto a los bienes integrantes del nuevo organismo ha de actualizarse la fecha citada en el apartado 5ª de la Disposición transitoria única (31 de diciembre de 2008), ya obsoleta, sustituyéndose por la correspondiente a la entrada en vigor de la norma más apropiada; en relación con las modificaciones de personal (Disposición final segunda), se establecen dos determinaciones que pueden resultar reiterativas e incluso contradictorias, puesto que, por un lado, se prevé de forma acertada (Disposición final segunda) que el personal afectado por las modificaciones orgánicas establecidas en la presente Ley (se entiende por tales las que derivan de la extinción y nueva creación del organismo) seguirá percibiendo la totalidad de sus retribuciones con cargo a los créditos a los que venían imputándose, hasta que se proceda a realizar las correspondientes modificaciones presupuestarias y, por otra, se establece (Disposición transitoria única) que el personal continuará percibiendo sus retribuciones con cargo a los créditos a los que los vinieran percibiendo hasta que se produzca la modificación de las relaciones de puestos de trabajo.

SEXTA.- Consideración final.

Destaca singularmente del contenido del Anteproyecto de Ley la escasa regulación del diario oficial (artículos 5, 6 y 7), como medio de publicación de las normas tanto legales como reglamentarias, así como de los actos administrativos cuando así lo exija un determinado procedimiento, para su eficacia y en garantía del principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta la existencia de un proyecto en tramitación, ya citado, que viene a sustituir la tradicional edición impresa del BORM por una electrónica, al amparo de lo previsto en el artículo 11.1 LAE, así como el establecimiento del acceso universal y gratuito. Más aún cuando la importante función que cumple el BORM es invocada como causa justificativa de la nueva regulación (párrafo quinto de la EM del Anteproyecto).

En consecuencia, se recomienda que las citadas previsiones sobre el diario oficial se plasmen en el Anteproyecto de Ley, dado que supone una reforma importante en la difusión general del Boletín Oficial de la Región de Murcia, por cuanto el formato electrónico se extiende como instrumento de acceso universal y gratuito, de acuerdo con lo indicado en nuestro Dictamen 209/08.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En su conjunto, el Anteproyecto examinado responde a los contenidos materiales mínimos exigidos en la Ley 7/2004 para la creación de un Organismo Autónomo, a excepción de la determinación de la Consejería a la que se adscribe (Consideración Cuarta), teniendo tal observación un carácter esencial. También la tiene la invocación al posterior desarrollo reglamentario del funcionamiento del Consejo de Administración (artículo 12), cuando es cometido de los Estatutos igualmente citados en el precepto, conforme a las previsiones de la ley regional citada.

SEGUNDA.- Entre los fines esenciales del Organismo Autónomo que se proyecta crear (artículo 3), además del servicio público de publicación del BORM, destaca el relativo al servicio de industria gráfica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, si bien ha de circunscribirse dicha consideración respecto a los órganos institucionales de la Región de Murcia y administración regional, dado su carácter instrumental, teniendo tal observación un carácter esencial, sin perjuicio de la observación realizada en relación con otras Administraciones y sus organismos dependientes (Consideración Quinta, I.).

TERCERA.- Respecto a las atribuciones del Consejo de Administración, se han omitido algunas que tienen correspondencia con las asignadas a la Gerencia del Organismo Autónomo, o deben ser matizadas algunas de las relacionadas conforme a lo señalado en la Consideración Quinta, II, 1. También en cuanto al régimen jurídico de sus actos.

CUARTA.- Sobre las tarifas o precios por las demás operaciones comerciales e industriales se destaca la falta de adecuación al TRLTPCE (Consideración Quinta, III.).

QUINTA.- Deben introducirse las rectificaciones correspondientes a la parte final del Anteproyecto, de acuerdo con las observaciones realizadas en la Consideración Quinta, V.

SEXTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora y adecuada inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 08/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 12/01/09

Extracto de Doctrina

La existencia en una vía pública abierta al tráfico de baches o socavones, sin señalizar, entraña un riesgo para las personas llamadas a circular por ella (sobre todo en horas nocturnas y sin iluminación artificial como aconteció en el presente caso) y, por lo tanto, desde esta perspectiva, se puede mantener que la Dirección General de Carreteras incumplió con su obligación de mantener libres y expeditas las vías públicas (artículos 26 de la Ley regional 2/2008, de 21 de abril, de Carreteras, y 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de julio de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños sufridos con motivo de un accidente ocurrido el 5 de noviembre del 2004, cuando circulaba a las 20 horas con su ciclomotor marca Honda Shadow (matrícula “—”) por la conocida como “la antigua carretera de Archena”, en el término municipal de Lorquí.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

“... a unos diez metros antes de llegar a la intersección junto a la que se encuentra la noria, la rueda delantera de mi vehículo se introdujo en un bache de importantes dimensiones que ocupaba parte del carril por el que venía circulando, por lo que perdí el control de mi ciclomotor cayendo al suelo, con la mala fortuna de que el ciclomotor me cayó encima de la pierna izquierda, por lo que sufrí importantes lesiones.

Nada pude hacer para esquivar el referido obstáculo pues era de noche y la zona carece de iluminación artificial, estando el socavón ubicado en la zona transitable sin indicación alguna que anunciara la evidente situación de riesgo.

A consecuencia de dicho accidente sufrí graves lesiones por las que fui trasladado por una ambulancia del Servicio Murciano de Salud al servicio de urgencias del Hospital Morales Meseguer, donde me diagnosticaron artritis traumática de rodilla y fractura bimalear de tobillo izquierdo”.

Señala que se le realizó una intervención quirúrgica, siendo dado de alta hospitalaria el 9 de noviembre de 2004. Con posterioridad le prescribieron sesiones de rehabilitación de la rodilla izquierda, así como del tobillo de la pierna izquierda, que le fueron realizadas en el centro de fisioterapia x.

Imputa el daño al funcionamiento del servicio público de carreteras, pues considera que el accidente tuvo como causa directa el mal estado y peligrosidad del tramo donde ocurrió, solicitando la cantidad de 21.064,39 euros desglosada en las siguientes partidas, conforme al informe médico que aporta:

- 5 días de estancia hospitalaria: 290,95 euros.
- 188 días improductivos para sus tareas habituales: 8.888,64 euros.
- 35 días no improductivos: 891,10 euros.
- Secuelas: 7.036,92 euros por once puntos relativos a perjuicios fisiológicos, y 2.957,35 euros también por cinco puntos relativos al perjuicio estético.
- 999,43 euros correspondiente al 10% de factor corrector por lesiones permanentes al encontrarse en edad laboral (61 años).

Acompaña una serie de documentos, entre los que cabe reseñar un acta de presencia levantada por el Notario del Ilustre Colegio de Albacete x. el 25 de noviembre de 2004, acompañada de fotografías, que reflejan el deterioro del tramo de la carretera donde se produjo el accidente.

Finalmente, propone la testifical del Agente de la Policía Local de Lorquí que dice que presencié el accidente, dejando consignado el despacho de un letrado a efectos de notificaciones.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de septiembre de 2005 (registro de salida) se le comunicó al reclamante la información exigida por el artículo 42.4), segundo párrafo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC). En el mismo oficio se le requiere al interesado para que aporte los documentos que se reseñan en el folio 31, siendo cumplimentado el 29 de septiembre siguiente.

TERCERO.- Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras es evacuado el 13 de octubre de 2005 (folio 97), en el sentido de solicitar, como presupuesto para proceder a su emisión, las fotografías originales para poder situar el lugar exacto del accidente, y la prueba testifical del Agente de la Policía Local de Lorquí.

CUARTO.- El 15 de junio de 2006 se practica la prueba testifical propuesta por la parte reclamante, según acta obrante en los folios 112 y siguientes, en la que se señala por el testigo que *“a la semana aproximadamente observé que el bache estaba tapado con asfalto”*.

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia al letrado x., según representación *apud acta* ante el funcionario correspondiente (documento núm. 12), no consta que formulara alegaciones, tras lo cual se dicta propuesta de resolución estimatoria el 11 de diciembre de 2007, proponiendo una cuantía indemnizatoria de 1.703,41 euros.

SEXTO.- Recabado el parecer del Consejo Jurídico, se adoptó el Dictamen 65/2008, en el que se recomendaba a la Consejería consultante que completara la instrucción con las siguientes actuaciones:

“1ª) La propuesta de resolución elevada propone que se estime la reclamación presentada en la cuantía de 1.703,41 euros, frente a la cantidad solicitada por el reclamante de 21.064,39 euros, sin que consten las razones que sustentan aquélla, y sin coincidir con ninguna de las partidas que desglosa el interesado. Por ello, ha de motivarse la propuesta indemnizatoria para que pueda ser valorada por el Consejo Jurídico, conjuntamente con las cuestiones de fondo planteadas.

2ª) Previamente debería solicitarse al reclamante que aporte los partes de baja correspondiente al periodo que reclama como días improductivos para sus ocupaciones habituales

(un total de 188 días), que tampoco se justifican en el expediente, desconociéndose incluso su profesión habitual.

3ª) En relación con las secuelas que se reclaman (7.036,92 euros más 2.957,35 euros), que se fundamentan en un informe pericial de parte, debería recabarse, a través de la Consejería competente, con el traslado de la copia de la reclamación, el parecer del facultativo del Hospital Morales Meseguer que le dió el alta médica (folios 16 y 17) sobre las secuelas y los días impeditivos del paciente, en su condición de médico responsable conforme al artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica o, en su defecto, de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma (artículo 14.6,a) del Decreto regional 15/2008, de 15 de enero). Igualmente debería recabarse la opinión acerca de si influyó en el agravamiento de las lesiones sufridas en el accidente la artrosis que padecía el reclamante, según consta en la historia clínica (folio 22).

Además, puesto que el Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras recabó —para poder emitir su informe— las fotografías y la declaración del agente de la policía local, debería ser nuevamente solicitado remitiéndose la documentación indicada, pues no consta que se realizara este último trámite”.

Por último se indicaba que, tras ser completada la instrucción con estas actuaciones, y otorgar un trámite de audiencia al reclamante, la propuesta de resolución resultante, acompañada del resto de la documentación, debía ser elevada de nuevo al Consejo Jurídico para que se pronunciara sobre el fondo de la cuestión planteada.

SÉPTIMO.- En cumplimiento del Dictamen precitado, la instructora acordó la apertura de un periodo extraordinario de prueba, solicitando al reclamante que aportara los partes de baja correspondientes al periodo que se reclama como días impeditivos para sus ocupaciones habituales (188 días), así como solicitó el informe al facultativo del Hospital Morales Meseguer que dió el alta al reclamante, sobre las secuelas y los días impeditivos del mismo, a través de la Consejería competente en materia sanitaria.

OCTAVO.- Con fecha 30 de abril de 2008 se presenta escrito por el reclamante en el que manifiesta que el 5 de noviembre de 2004 se encontraba en situación de desempleo, percibiendo la correspondiente prestación, por lo que no recibió los partes de baja y alta laboral al no encontrarse desempeñando labor profesional retribuida, si bien entiende que los días reclamados son impeditivos para sus ocupaciones habituales, según se desprende de la documental médica aportada al expediente administrativo.

NOVENO.- Consta el informe del Jefe de Sección II de Conservación de la Dirección General de Carreteras, que afirma:

“1. El citado tramo de carretera en donde presumiblemente se produjo el siniestro estaba en fase de traspaso al Ayuntamiento de Lorquí, habida cuenta de que ese tramo de carretera, debido a la construcción de un nuevo acceso a Lorquí, se había convertido en una vía de acceso casi exclusivo a unas naves que en esa época se encontraban en un estado de semiabandono.

2. En la prueba testifical se afirma en el párrafo 2º del apartado 3 de las repreguntas cuando se le inquiere al testigo sobre si presencié los hechos, manifiesta: “Cuando llego allí hay un señor que tampoco había visto el accidente y actuó según el protocolo exigido. Este señor estaba a escasos metros del socavón. Después del socavón en diagonal”.

No acabó de entender si se refiere al señor que no presenció el siniestro o el del señor accidentado para poder evaluar si se acredita fehacientemente la ocurrencia del siniestro en el punto concreto.

3. De las demás cuestiones no puedo pronunciarme, salvo lamentar las consecuencias del siniestro reclamado”.

DÉCIMO.- Con fecha 2 de junio de 2008 tiene entrada en la Consejería consultante un oficio del Director Gerente del Hospital Morales Meseguer, que acompaña el informe del facultativo que atendió al reclamante (folios 161 y 162), en el que se concluye que el 16 de mayo de 2005 es la fecha del alta del proceso y la emisión del alta con secuelas que cita: perjuicio estético de tobillo por cicatrices y cojera, material de osteosíntesis de tobillo izquierdo, limitación de la movilidad global del tobillo izquierdo en un 40%, y artritis post-traumática sobre rodilla izquierda con signos degenerativos previos, con limitación de su movilidad en últimos grados de flexo-extensión.

UNDÉCIMO.- Previo otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia al interesado, se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, en la que cuantifica la indemnización a abonar al interesado en 20.173,29 euros, al excluir los 35 días reclamados como no impositivos, por haber recibido el alta con secuelas el 16 de mayo de 2005, de acuerdo con el informe del facultativo responsable que le atendió en la sanidad pública.

DUODÉCIMO.- Con fecha 20 de noviembre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

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 para reclamar y procedimiento.

La legitimación activa corresponde, cuando de daños personales se trata, a quien los ha sufrido. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en x. que resultó lesionado con el accidente, según se acredita con el parte del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer donde quedó ingresado (folios 21, 22 y 23).

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser el tramo de la carretera donde se produjo el siniestro de titularidad regional, por cuando aún no se había traspasado al Ayuntamiento

de Lorquí, según expone el Jefe de sección II de Conservación de Carreteras (folio 157), corresponde a la Administración regional.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, y el procedimiento ha respetado, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP.

TERCERA.- La relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño alegado.

Acreditada la existencia de daños que fueron causados por un bache existente de grandes dimensiones y sin señalizar en una carretera de titularidad regional, procede determinar si se dan los requisitos establecidos en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, esto es, si los daños alegados son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y si el particular tiene o no el deber jurídico de soportarlos.

La existencia en una vía pública abierta al tráfico de baches o socavones, sin señalizar, entraña un riesgo para las personas llamadas a circular por ella (sobre todo en horas nocturnas y sin iluminación artificial como aconteció en el presente caso) y, por lo tanto, desde esta perspectiva, se puede mantener que la Dirección General de Carreteras incumplió con su obligación de mantener libres y expeditas las vías públicas (artículos 26 de la Ley regional 2/2008, de 21 de abril, de Carreteras, y 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo).

Consecuentemente con estas prescripciones legales el Consejo Jurídico, así como otros órganos autonómicos y estatales integrantes de las respectivas Administraciones consultivas, vienen manteniendo una doctrina reiterada y pacífica en el sentido de que la Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada. Para el Consejo de Estado, *“este deber de la Administración establece el nexo causal entre la actuación u omisión administrativa y las consecuencias dañosas de los eventos puramente fortuitos que signifique quiebra de tales condiciones mínimas de seguridad que aquélla está obligada a garantizar”* (Dictamen 568/2000).

En el presente caso, el Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución que alcanza la conclusión, de una parte, que la causa del accidente fue la existencia del socavón en la carretera conforme a la declaración del testigo (agente de la policía local de Lorquí) y al acta notarial de presencia y, de otra, que el interesado sufrió el daño alegado, según se constata en los informes médicos aportados. Por tanto, ha quedado acreditada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, lo que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, sin que la postura ambigua sostenida por el informe del técnico de la Dirección General de Carreteras sea suficiente para enervar tal conclusión, entre otras razones, porque el propio técnico no contradice el mal estado del tramo donde se produjo el accidente, ni que fuera arreglado el bache a la semana siguiente, según declara el testigo (folio 115).

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

Para fijar el *quantum* indemnizatorio este Consejo Jurídico, como en tantas otras ocasiones, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, considera razonable acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en el sistema para la valoración

de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, concretamente al baremo correspondiente al año 2004 (Resolución de 9 de marzo de 2004), y no la correspondiente al año 2005 como postula el reclamante y la propuesta de resolución, puesto que el artículo 141.3 LPAC prescribe que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por Instituto Nacional de Estadística.

Así pues, atendiendo a las pruebas documentales que constan en el expediente, en correspondencia con los conceptos reclamados por el interesado, resultan las siguientes partidas:

1ª) Por días de estancia hospitalaria: 281,92 euros (5 días x 56,384 euros).

2ª) Por días impeditivos para sus tareas habituales.

Según el facultativo responsable del Servicio Murciano de Salud, al interesado se le dio el alta con secuelas el 16 de mayo de 2005, reclamando todo este periodo como impeditivo para sus ocupaciones habituales (desde el 10 de noviembre del 2004 hasta el 16 de mayo de 2005), sin que haya sido cuestionada tal consideración durante todo este periodo por el órgano instructor, pese a que surgen ciertas dudas sobre si parte de este tiempo pudiera considerarse, a los efectos que nos ocupa, como días no impeditivos, a tenor de la situación laboral que presentaba el reclamante y de su evolución conforme al informe obrante en el folio 20, correspondiente a una revisión por el fisioterapeuta el 14 de abril de 2005: *“mejora la movilidad en tobillo izquierdo y persiste la inflamación. En rodilla izquierda disminuye la limitación aunque persiste el dolor”*. En todo caso, la falta de actuación para aclarar este extremo por parte del órgano instructor no puede perjudicar, en ningún caso, al reclamante que ha utilizado los medios de prueba a su alcance.

Por tanto, partiendo de tal premisa, serían un total de 188 días impeditivos que multiplicados por 45,813 euros diarios suponen un total de 8.612,84 euros.

3ª) Por días no impeditivos se reclama la cantidad de 891,10 euros, correspondientes a 35 días.

A este respecto el Consejo Jurídico coincide con la instructora en que tal partida no ha de ser indemnizada, puesto que el interesado había recibido ya el alta con secuelas, que supone la finalización del proceso asistencial (artículo 20 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) cuya cuantificación corresponde ya a las siguientes partidas.

4ª) Secuelas.

— Por 11 puntos relativos a perjuicios fisiológicos la cantidad de 6.818,669 euros (619,879 por punto).

— Por 5 puntos relativos al perjuicio estético 2.865,65 euros (573,130 por punto).

— Por el 10 % del factor corrector por lesiones permanentes, al encontrarse el reclamante en edad laboral en aquel momento, 968,43 euros.

En consecuencia, de la suma de las partidas consignadas resulta la cuantía indemnizatoria de 19.547,509 euros, conforme al baremo correspondiente al año 2004 ya indicado, que

habrá de ser actualizada a la fecha en la que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, con arreglo al índice de precios al consumo, de acuerdo con lo indicado anteriormente.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, por cuanto concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- El importe de la indemnización procedente deberá calcularse conforme a lo señalado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 09/09.- Recurso extraordinario de revisión interpuesto por --, S.L., frente a resolución denegadora de prima al sacrificio de bovinos.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 19/01/09

Extracto de Doctrina

El carácter extraordinario de este recurso (el de revisión) derivado de su naturaleza revisoria de actos firmes en vía administrativa, determina que las causas en las que cabe fundamentarlo sean tasadas por la Ley, de forma que únicamente quepa amparar su formulación en una de las fijadas por el artículo 118.1 LPAC. Una reiterada jurisprudencia establece la necesidad de interpretar de forma estricta la concurrencia de tales causas, en un intento de evitar que esta vía extraordinaria de recurso se convierta en una suerte de nueva instancia para volver a someter a consideración el asunto ya decidido, invocando cualesquiera vicios jurídicos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La mercantil --, S.L., con núm. de Registro Oficial de Explotación x., presentó ante la entonces Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, mediante los correspondientes modelos normalizados, solicitudes de prima por sacrificio (306 bovinos adultos) y de prima especial (90 terneros machos) para la campaña 2002, según los folios 1 a 5 del expediente, al amparo de lo previsto en el Real Decreto 138/2002, de 1 de febrero, regulador de determinadas ayudas comunitarias en el sector de la carne de vacuno, desarrollado por Orden de la citada Consejería de 12 de marzo de 2002, reguladora del procedimiento para la concesión de ayudas comunitarias en el sector de la carne de vacuno.

Dichas solicitudes fueron informadas desfavorablemente por el Servicio de Producción y Sanidad Veterinaria el 21 de agosto de 2003, al estimar, en base a la normativa comunitaria y estatal que cita, que el productor debía quedar excluido del pago de las primas durante el año 2002, al haberse comprobado el uso irregular de dexametasona en animales de la explotación perteneciente a --, S.L.

También consta un informe previo del Servicio de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de 5 de noviembre de 2002, referente a la detección de residuos de dexametasona en ganado bovino propiedad de la mercantil, que señala, entre otros aspectos:

“El día 11 de julio de 2002 se procedió por parte de los Servicios Veterinarios Oficiales destinados en el --, S.L., a la toma de muestras oficiales de distintos tejidos de una res bovina propiedad de la mercantil arriba referenciada. Dicha actuación estuvo motivada por la sospecha de un tratamiento ilegal, conforme a lo dictado por el Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productores.

La muestra de hígado tomada resultó positiva a residuos de dexametasona en una concentración de 21 ppb, según consta en el boletín analítico del Laboratorio de Salud Pública de fecha 15 de julio de 2002. Aunque esta sustancia es un glucocorticoide autorizado para el uso en ganado bovino, la concentración detectada supera en más de diez veces el límite máximo de residuo fijado por el Reglamento (CE) n.º 508/1999 de la Comisión, en el que se modifican los anexos I a IV del Reglamento (CEE) 2377/90 del Consejo, por el que se establece un procedimiento comunitario de fijación de los límites máximos de residuo de medicamentos veterinarios en los alimentos de origen animal, ya que este se encuentra fijado en 2 ppb cuando el tejido diana es hígado”.

(...) Se llevaron a cabo las siguientes actuaciones:

- Declaración de no aptitud para el consumo de la carne inmovilizada en el matadero y de la que se obtuvo la muestra positiva (...)*
- Se acuerda asimismo la iniciación de expediente sancionador por el Director General de Salud Pública (...).”.*

SEGUNDO.- El 22 de agosto de 2003, el Director General de Ganadería y Pesca suscribe la propuesta denegatoria de la concesión de las primas solicitadas por la mercantil interesada para la campaña 2002, y el Director General para la Política Agraria Común, por delegación del titular de la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, resuelve el procedimiento, de acuerdo con la propuesta denegatoria, mediante Orden de 26 de agosto de 2003, que es notificada a la mercantil interesada el 3 de septiembre siguiente (folio 18).

TERCERO.- El 3 de octubre de 2003 (certificación en la Oficina de Correos), x., en representación de --, S.L., interpone recurso potestativo de reposición contra la denegación de las ayudas, solicitando que se dicte resolución declarando la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada y que se acuerde la suspensión de todos los expedientes de primas ganaderas solicitadas para la campaña de comercialización 2002, en tanto no sea resuelto el recurso contencioso administrativo que va a interponer contra la resolución recaída en el procedimiento sancionador 55/02, tramitado por la Consejería competente en materia de sanidad.

Acompaña documentación, consistente en la Orden de 22 de septiembre de 2003 de la Consejería de Sanidad (suscrito por el Secretario General de la misma por delegación), por

la que se desestima el recurso administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora de la Dirección General de Salud Pública por infracción en materia sanitaria. También se aporta el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Murcia, de 14 de febrero de 2003 (Procedimiento Abreviado 5085/2002), que decreta el sobreseimiento libre y el archivo de las citadas Diligencias porque el hecho denunciado no reviste caracteres de infracción criminal.

CUARTO.- En relación con el recurso potestativo de reposición, el Jefe de Servicio de Producción Animal emite informe el 20 de octubre de 2003, en el que expresa que no procede estimar la nulidad del procedimiento de denegación de ayudas, en tanto el motivo de la misma (utilización de sustancias prohibidas) ha quedado demostrado plenamente *”a la vista del resultado de los análisis realizados con anterioridad y habiéndose realizado el análisis dirimente a la muestra de hígado de bovino, consta la presencia de dexametasona en 14 ppb”* .

Acompaña, de otra parte, las notificaciones realizadas a la mercantil el 16 de julio de 2003 sobre las resoluciones de las primas solicitadas, cuyos importes ascienden a 0 euros (folios 32 a 34) y que no fueron entonces recurridas.

Mediante Orden del titular de la Consejería de Agricultura y Agua, de 12 de noviembre de 2004, se desestima el recurso potestativo de reposición, confirmando en todas sus extremos la Orden impugnada de 26 de agosto de 2003, siendo notificada a la mercantil interesada el 24 de noviembre de 2004 (folio 51), sin que conste que presentara ulteriormente recurso contencioso administrativo contra la misma.

QUINTO.- Frente a la Orden de 12 de noviembre de 2004 citada con anterioridad, el 10 de enero de 2008 (certificación en la Oficina de Correos) x., en representación de --, S.L., interpone recurso extraordinario de revisión, alegando las causas previstas en el artículo 118.1, circunstancias 2ª y 3ª, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), al entender que el motivo de denegación de las primas ganaderas solicitadas por la mercantil durante la campaña 2002 ha desaparecido *por mor* de la Sentencia núm. 765/07, de 9 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, que anula la sanción administrativa, según el letrado actuante, por no haber quedado acreditada la utilización irregular de dexametasona por parte de la mercantil representada. Por lo expuesto, solicita que se revoque la resolución denegatoria de dichas primas, dictando otra por la que se acuerde el derecho a percibir su importe

Entre la documentación aportada, consta la citada Sentencia 765/07 (folios 72 a 80), que estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil contra la Orden de la Consejería de Sanidad de 22 de septiembre de 2003, por la que se desestima el recurso de alzada formulado contra la resolución sancionadora de 14 de marzo de 2003, dictada en el expediente administrativo sancionador 55/02, sobre infracción en materia sanitaria.

SEXTO.- Recabado por la Vicesecretaria el parecer de la Dirección General de Ganadería y Pesca sobre el recurso extraordinario de revisión, la Jefa de Servicio de Producción Animal emite informe el 27 de febrero de 2008 con la siguiente conclusión:

“Los hechos tomados en consideración por el Servicio en aquel momento responsable para la denegación a --, S.L. de las primas de ganado bovino por sacrificio y especial

solicitadas para la campaña de comercialización de 2002 fue la inclusión de la referida explotación ganadera en la red de alerta por comunicado del coordinador del Plan Nacional de Residuos en la CARM de 15 de julio de 2002, efectuado de conformidad con el artículo 4, apartado 4, del Real Decreto 138/2002, de 1 de febrero, por positivo a dexametasona en cantidad muy superior al límite máximo de residuo fijado por el Reglamento (CE) 508/1999 de la Comisión, en muestra de hígado de bovino, tomada en matadero y procedente de animal de su explotación, según el resultado del análisis efectuado el 15 de julio de 2002 de dicha muestra por el Laboratorio de Salud Pública de Murcia.

Dichos hechos, de conformidad con la normativa europea, estatal y autonómica antes detallada, determina la denegación al productor de las ayudas solicitadas durante, al menos, el año civil en que se efectúe la comprobación (...).

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 24 de abril de 2008, desestima el recurso extraordinario de revisión, confirmando la resolución impugnada, por no concurrir ninguno de los motivos de revisión aducidos; concretamente porque la Sentencia 765/07 aportada no evidencia error en la resolución impugnada, cuyos hechos y fundamentos no desvirtúa, y porque los antecedentes fácticos en los que se fundamenta la denegación de ayudas no han sido declarados falsos por la citada Sentencia.

OCTAVO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia emite informe el 2 de mayo de 2008, en el sentido de mostrar su conformidad con la propuesta desestimatoria elevada, pues la Sentencia que se acompaña carece de virtualidad necesaria para poner en evidencia el supuesto error cometido en la resolución recurrida (artículo 118.1,2ª), sin que tampoco declare la falsedad de documentos o testimonios (artículo 118.1,3ª), sucediendo justamente lo contrario.

NOVENO.- Con fecha 26 de mayo de 2008 se ha recabado el Dictamen facultativo del Consejo Jurídico, al amparo de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERO.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter facultativo, al versar sobre una propuesta de resolución de un recurso extraordinario de revisión, ya que, como se razonó en nuestra Memoria del año 2001 con cita de numerosos Dictámenes, el Consejo Jurídico entiende el carácter facultativo de la consulta en estos casos.

SEGUNDO.- Requisitos del recurso extraordinario de revisión.

1. Acto impugnabile y órgano competente.

El artículo 118.1 LPAC, tras su reforma de 1999, establece que contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución. En el supuesto sometido a consulta, la mercantil reclamante interpone recurso extraordinario de revisión contra la Orden de la Consejería de Agricultura y Agua de 12 de noviembre

de 2004, por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por la mercantil contra la Orden anterior de la misma Consejería de 26 de agosto de 2003 (suscrita por delegación por el Director General para la Política Agraria Común), por la que se deniega el pago de las primas especial y por sacrificio de terneros para la campaña de comercialización 2002. En consecuencia, corresponde al Consejero de Agricultura y Agua la resolución del presente recurso.

De otra parte, la Orden objeto de impugnación constituye un acto administrativo firme en vía administrativa, por lo que es susceptible de ser recurrida mediante el presente recurso, de acuerdo con el repetido artículo 118.1 de la LPAC.

2. Causas.

El carácter extraordinario de este recurso derivado de su naturaleza revisoria de actos firmes en vía administrativa, determina que las causas en las que cabe fundamentarlo sean tasadas por la Ley, de forma que únicamente quepa amparar su formulación en una de las fijadas por el artículo 118.1 LPAC. Una reiterada jurisprudencia establece la necesidad de interpretar de forma estricta la concurrencia de tales causas, en un intento de evitar que esta vía extraordinaria de recurso se convierta en una suerte de nueva instancia para volver a someter a consideración el asunto ya decidido, invocando cualesquiera vicios jurídicos.

De entre ellas, la mercantil reclamante acude a las contempladas en la circunstancia segunda del precepto (118.1,2ª) “*que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida*”, y a la circunstancia tercera (118.1,3ª) “*que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquélla resolución*”. En su aplicación al presente caso, la mercantil reclamante sostiene que la causa que motivó la denegación de las primas ganaderas ha desaparecido por mor de la sentencia aportada, por lo que procede la revocación de la Orden recurrida y que se dicte otra en su sustitución, reconociendo el derecho a percibir las primas a que hace referencia el expediente.

3. Plazo.

De conformidad con el artículo 118.2 LPAC, el recurso extraordinario de revisión fundado en las circunstancias segunda y tercera del apartado 1 de dicho precepto habrá de interponerse en el plazo de tres meses desde que la sentencia judicial quedó firme. En el presente caso dicho plazo no ha transcurrido, pues la sentencia aportada, en apoyo de las causas de revisión apuntadas, aparece notificada el 15 de noviembre de 2007, y el recurso extraordinario de revisión se interpuso el 10 de enero de 2008.

TERCERO.- Sobre las actuaciones que motivan el presente recurso extraordinario de revisión.

En la medida que se han producido actuaciones paralelas por parte de dos departamentos de la Administración regional a partir de la detección de dexametasona en cantidad muy superior a los límites máximos de residuos en la muestra de hígado bovino, tomada en matadero y procedente de animal de la explotación de la mercantil --, S.L., conviene centrar el objeto del expediente que motiva el presente recurso extraordinario de revisión para deslindarlo de otras actuaciones seguidas por la Consejería de Sanidad (hoy Sanidad y Consumo), cuyo resultado no inciden en el presente expediente por las razones que pos-

teriormente se expondrán, y que la mercantil reclamante trata de mezclar, generando con ello la consiguiente confusión.

Solicitadas en el año 2002 por la interesada las ayudas descritas en el Antecedente Primero ante la entonces Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, fueron denegadas por Orden de 22 de agosto de 2003 (folios 13 y 14), previo informe del Servicio de Producción Animal y Sanidad Veterinaria de la misma Consejería, por aplicación de lo previsto en el artículo 4. 1 del entonces vigente Real Decreto 138/2002, de 1 de febrero, que regula determinadas ayudas comunitarias en el sector de la carne de vacuno:

“Cuando en aplicación del Real Decreto 1373/1997, de 29 de agosto, por el que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias betagonistas de uso en la cría de ganado, se detecten, en animales vacunos pertenecientes a un productor, residuos de sustancias prohibidas de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos, o de sustancias autorizadas en virtud de dicho Real Decreto, pero utilizadas ilegalmente, este productor quedará excluido durante el año civil en que se efectúe la comprobación del beneficio de las ayudas a las que se hace mención en este capítulo”.

Dicho precepto incorporaba al ordenamiento interno una previsión similar del Reglamento (CE) núm. 894/1996, del Consejo, de 29 de abril, que modifica el artículo 4 del Reglamento (CEE) núm. 805/1968, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la carne de bovino.

Concretamente la circunstancia que justifica la aplicación de la normativa precitada (exclusión del beneficio de las ayudas durante el año 2002), se basa en la detección de la dexametasona en la muestra de hígado tomada, que había superado en más de diez veces el límite máximo de residuos de medicamentos veterinarios en los alimentos de origen animal, conforme a la normativa comunitaria, y que había sido detectado en el ganado bovino propiedad de la mercantil, según detalla el Jefe de Salud Pública, perteneciente a la Consejería de Sanidad:

“El día 11 de julio de 2.002, se procedió por parte de los Servicios Veterinarios Oficiales destinados en --, S.L a la toma de muestras oficiales de distintos tejidos de una res bovina propiedad de la mercantil arriba referenciada. Dicha actuación estuvo motivada por la sospecha por parte del Inspector Veterinario actuante, de que este animal hubiera sido objeto de un tratamiento ilegal, conforme a lo dictado por el REAL DECRETO 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos.

La muestra de hígado tomada resultó positiva a residuos de dexametasona en una concentración de 21 ppb, según consta en el boletín analítico del Laboratorio de Salud Pública de fecha 15 de julio de 2002. Aunque esta sustancia es un glucocorticoide autorizado para uso en ganado bovino, la concentración detectada supera en más de diez veces el límite máximo de residuos fijado por el Reglamento (CE) n° 508/1999, de la Comisión, en el que se modifican los anexos I al IV del Reglamento (CEE) 2377/90, del Consejo, por el que se establece un procedimiento comunitario de fijación de los límites máximos de residuo de medicamentos veterinarios en los alimentos de origen animal, ya que éste se encuentra fijado en 2 ppb cuando el tejido diana es hígado (...).”

Paralelamente, aunque independientemente de las actuaciones de la Consejería de Agricultura y Agua sobre las ayudas solicitadas, los resultados analíticos descritos sobre la concentración de dexametasona dieron lugar a que la Consejería de Sanidad iniciara expediente sancionador (55/02) y a que se incoaran Diligencias Previas 5085/02 por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Murcia, que concluyeron mediante Auto de 14 de febrero de 2003, que decreta el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones por cuanto los hechos denunciados no revisten caracteres de infracción criminal. Con posterioridad se dictaría por la Dirección General de Salud Pública la resolución de 14 de marzo de 2003, imponiendo a la mercantil una sanción por infracción administrativa en materia sanitaria de 3.005,07 euros, al considerar que los hechos imputados no habían sido desvirtuados por la mercantil interesada. Frente a la desestimación del recurso de alzada, la mercantil interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (TSJRM), siendo resuelto por Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 9 de noviembre de 2007 (en lo sucesivo, Sentencia 765/07), que sirve de motivación al presente recurso extraordinario de revisión, y que estima en parte el recurso presentado por la mercantil y anula los actos administrativos de imposición de la sanción.

Por tanto, la cuestión esencial sobre la que ha de girar el recurso extraordinario de revisión, en relación con la denegación de las ayudas correspondientes a la campaña 2002 por parte de la Consejería competente en materia de Agricultura, es si se incumplieron o no los límites de residuos de dexametasona en el ganado bovino propiedad de la mercantil, y si la Sentencia 765/07 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJRM anula tales datos o, por el contrario se acredita que han sido probados.

CUARTA.- Sobre la no concurrencia de las causas previstas en el artículo 118.1, 2ª y 3ª LPAC.

En el recurso extraordinario de revisión, la mercantil interesada sostiene que *“como quiera que la resolución ahora recurrida daba como un hecho probado la citada utilización irregular de la sustancia dexametaxona, y motivada la denegación de las primas ganaderas solicitadas por esta parte en la campaña 2002 en tal circunstancia, y dado que la Sentencia de fecha 9-11-2007, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, declara nula la sanción administrativa por no haber quedado acreditado la utilización irregular de dexametasona por parte de esta mercantil, procede su reconocimiento y abono de las ayudas ganaderas denegadas en su día por esta Consejería a la que nos dirigimos, correspondiente a la campaña 2002”*.

Para ello invoca como causas de revisión las previstas en los apartados 2ª y 3ª del artículo 118.1 LPAC.

Frente a dicha postura, la propuesta de resolución sostiene que ni las alegaciones formuladas, ni la Sentencia aportada, disponen de virtualidad anulatoria de la resolución objeto del recurso extraordinario de revisión: *“lejos de ello procede oponer frente a las mismas sus mismos razonamientos jurídicos, y ello por cuanto la anulación de la sanción por la sentencia aportada no enerva la procedencia de aplicación del artículo 4.1 del R.D. 138/2002, el cual, interpretado en su puro tenor literal, que es el primero de los criterios interpretativos de las normas jurídicas, no exige que la utilización ilegal de sustancias autorizadas, como éste es el caso, tenga formalmente la consideración de infracción penal o administrativa, sino únicamente que las sustancias autorizadas sean utilizadas “ilegalmente” tal y como ha quedado palmariamente constatado por la actividad inspectora de*

la Consejería de Sanidad, cuyos informes no han quedado contradichos por la sentencia que ahora se aporta”

Veamos, pues, la aplicación de las causas alegadas al presente supuesto:

1ª) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error en la resolución recurrida (118.1,2ª LPAC).

El Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que no procede estimar la concurrencia de esta causa, pues de la Sentencia 765/07 no se evidencia error en la resolución recurrida. Muy al contrario, se recoge en su Fundamento Jurídico Primero como hecho probado:

“En fecha 11 de julio de 2002 se extendió acta por el Servicio de Inspección de la Dirección General de Salud en la que se hacía constar que personado el inspector en el matadero “—“ se procedió a tomar una muestra para la investigación de residuos de glucocorticoides, concretamente de hígado de ganado bovino (...) correspondiente a la explotación de la recurrente (...). Remitida la muestra al Laboratorio de la Consejería de Sanidad y Consumo resultó positiva a dexametasona con una determinación de 21 ppb.

El día 20 de septiembre de 2002 se acordó la iniciación de expediente sancionador por la comisión de una infracción sanitaria. Por la interesada se solicitó la práctica de análisis contradictorio, siendo practicado por el Laboratorio Regional de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de Madrid, con un resultado inferior a 5 ppb. Practicado análisis dirimente en el laboratorio del Centro Nacional de Alimentación del Ministerio de Sanidad y Consumo el resultado fue de 14 ppb.”

Por tanto, conforme al análisis dirimente realizado por el Laboratorio del Centro Nacional de Alimentación del Ministerio de Sanidad y Consumo, que cita entre sus antecedentes fácticos la Sentencia (Fundamento Jurídico Primero), la muestra resultó positiva a dexametasona con una determinación de 14 ppb, muy superior al límite máximo autorizado (2 ppb), según el informe emitido por el Servicio de Salud Pública, de acuerdo con el Reglamento (CE) n.º. 508/1999, de la Comisión, lo que determina la plena aplicación al presente caso del artículo 4.1 del RD 138/2002, vigente en aquel momento, por incumplimiento de una de las condiciones requeridas para el otorgamiento de las ayudas durante el año civil en que se efectúa la comprobación, que no depende de su determinación a través de un expediente sancionador, sino, como resulta de la redacción del citado precepto, que se hayan incumplido los límites autorizados, y en el presente caso se ha acreditado según refiere la referida Sentencia (14 ppb).

Tampoco es cierto, como también sostiene la mercantil reclamante, que la Sentencia aportada declare nula la sanción administrativa en materia sanitaria por no haber quedado acreditada la utilización irregular de dexametasona, sino que estima en parte el recurso presentado por la mercantil en el entendimiento de que si los hechos no se consideran constitutivos de infracción penal y coincide que la conducta típica y el bien jurídico protegido es el mismo en el ámbito penal y administrativo, no cabrá sanción administrativa.

Más aún, frente a lo argumentado por la mercantil reclamante, la Sentencia dispone (Fundamento Quinto) que no procede acoger la pretensión de la mercantil de que se declare su derecho a percibir las ayudas de prima especial y por sacrificio de bovinos adultos, pues la correspondiente resolución denegatoria de las ayudas no fue impugnada en el recurso

contencioso administrativo, sin que realice, por consiguiente, pronunciamiento alguno sobre su conformidad o disconformidad a derecho.

En consecuencia, coincidiendo con lo informado por el órgano preinformante, es evidente que la denegación de las primas no encuentra su causa en el expediente sancionador instruido, ni tampoco en las diligencias penales, sino en los niveles de dexametasona encontrados en el hígado del animal muy superiores a los permitidos, así como en la normativa que regula las ayudas (artículo 4.1 del RD 138/2002), al establecer, en el caso de sustancias autorizadas pero utilizadas ilegalmente (así debe considerarse el sobrepasar los límites máximos permitidos), la exclusión al productor del beneficio de las ayudas durante el año civil en el que se efectúe la comprobación.

2ª) Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución (artículo 118.1,3ª LPAC).

De acuerdo con lo expuesto con anterioridad, la Sentencia tantas veces repetida no declara falsos los datos sobre los límites de dexametasona detectados en la muestra referida, sino, muy al contrario, da como probados los derivados del análisis dirimente cuyo resultado fue de 14 ppb en lugar de 21 ppb, muy superior, en todo caso, a los límites máximos previstos en la normativa comunitaria (Anexo I del Reglamento (CE) 508/1999, de la Comisión, que incluye a los glucocorticoides entre las sustancias cuyos límites máximos de residuos se han fijado); en consecuencia, no han variado los datos esenciales que sustentaron las resoluciones denegatorias de las primas solicitadas, al incumplirse los requisitos previstos para ser beneficiario de las ayudas conforme a lo establecido en el RD 138/2002, en relación con el artículo 2 de la Orden de 12 de marzo de 2002, que exige expresamente el cumplimiento de los requisitos previstos por la normativa comunitaria y nacional. Por ello, tampoco procede estimar la segunda causa alegada.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta en tanto que desestima el recurso extraordinario de revisión, al no apreciar la concurrencia de las causas invocadas por la mercantil recurrente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 10/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 19/01/09****Extracto de Doctrina**

1. *La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).*

2. *Las posibles dudas que pudieran plantearse en lo atinente a la praxis operatoria de que se trata desaparecen en lo que se refiere a la acreditada mala praxis que supone la inexistencia de consentimiento informado para dicha intervención, circunstancia ésta que, sin perjuicio de las circunstancias de cada caso, es generadora de derecho a indemnización si, a resultas de la actuación médica en la que se omitió tal consentimiento, se produce un daño al paciente (SSTS, Sala 3ª, de 1 de febrero y 21 de julio de 2008, por citar algunas recientes).*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 2 de junio de 2004, x., en representación de x., formuló reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Servicio Murciano de Salud (SMS). En síntesis, expresa que la reclamante, habiendo sido diagnosticada en 1999 de estenosis de canal lumbar en el Hospital General de Murcia, se la remitió el 20 de abril de 2001 al Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, de Murcia, para intervención quirúrgica, si bien en ningún momento se le dijo que podía quedar con una lesión mucho más grave que la que se intentaba sanar. Tras casi nueve meses en lista de espera, el 27 de junio de 2002 se realizó la citada intervención, liberando las raíces L5 y S1 mediante una laminectomía bilateral; llegó a su habitación sobre las 21,00 horas y hasta el día siguiente no la revisó ningún médico, que anotó entonces en la hoja de evolución: “no ciática, sin sensación de adormecimiento en MMII”. El día 29, después de avisar al médico de guardia por sentir hormigueo en las piernas e incontinencia urinaria desde la intervención, se le practicó una resonancia magnética nuclear (RMN) lumbosacra, que evidenció una colección epidural a nivel de la laminectomía previa, compatible con hematoma postquirúrgico, por lo que hubo de ser nuevamente intervenida de urgencia ese mismo día, 54 horas después de la primera operación, advirtiéndose un gran hematoma epidural que comprimía la cola de caballo. El 18 de julio de 2002 se le dio el alta médica y, desde

esa fecha, hubo de acudir en numerosas ocasiones a los servicios de urgencias por dolor de espalda, caídas provocadas por parálisis de la musculatura de las piernas, dolor anal e incontinencia vesical y rectal. El 27 de septiembre de 2002 se realizó una electromiografía (EMG) en el citado hospital, que confirmó el síndrome de “cola de caballo” con nivel de proximal en L5 y denervación completa en musculatura correspondiente a L5, S1, S2 y S3 izquierdos y parcial severa en los mismos niveles del lado derecho, con el esfínter anal estriado completamente denervado. Acompaña diversos partes de asistencia a los servicios de Urgencias del citado hospital entre los meses de diciembre de 2002 y noviembre de 2003. Señala también que, por esas patologías, el 4 de abril de 2003 el ISSORM le reconoció un grado de minusvalía del 65%.

Sigue exponiendo que, en fecha 19 de julio de 2003, a causa de las deficiencias motoras que le quedaron tras la citada intervención quirúrgica, sufrió una caída y se fracturó la cadera izquierda, por lo que ingresó en el Hospital “Virgen de la Arrixaca” para someterse a una nueva intervención en la que se le implantó una prótesis de cadera, que le causó la axonotmesis total del nervio ciático común izquierdo, según EMG realizada el 9 de octubre de 2003, lo que le produjo pie equino-varo, según el informe del Servicio de Medicina Interna de dicho hospital de la misma fecha; y que el informe de 27 de octubre de 2003 de su Servicio de Rehabilitación expresa que persiste el pie equino, para el que necesita prótesis-férula tipo rancho y andadores.

Considera la reclamante que existió una mala praxis en la primera intervención, en la que se lesionó una arteria, causante de la hemorragia, sin dejar drenaje que evitase el hematoma que comprimió los haces nerviosos de la cola de caballo, y que existió además un retraso en diagnosticar el hematoma, lo que permitió que el cuadro se prolongase por tiempo desproporcionado, dañando los nervios de forma irreversible. Asimismo afirma que, a la paresia propia del síndrome de “cola de caballo” producida por la primera intervención, en la segunda se le ocasionó una lesión en el nervio ciático común, agravando la lesión que ya tenía en el mismo, que pasó a estar totalmente paralizado, causándole además un pie equino-varo.

Por todo ello, solicita una indemnización de 454.173 euros, que desglosa de la siguiente manera:

A) Por lesiones permanentes:

1) Una indemnización básica por importe de 143.621,30 €, en la que se incluyen los siguientes conceptos:

- Síndrome de la cola de caballo parcial a nivel de L5, que valora en 35 puntos, según tabla VI del baremo aplicable en materia de accidentes de circulación.
- Agravamiento de paresia de nervio ciático común que deriva en parálisis total del mismo, valorado en 40 puntos, a los que se restan 12 puntos en que está valorada la paresia, por lo que la secuela se valora en 28 puntos.
- Prótesis parcial de cadera, que valora en 20 puntos.
- Pie equino-varo, valorado en 10 puntos.
- Anemia normo-normo desde la primera intervención, síndrome mielo-displástico con hipoplasia medular de origen central, valorado en 5 puntos.

- Perjuicio estético importante, consistente en pie izquierdo equino-varo, y que le obliga a desplazarse en silla de ruedas o con andador, con prótesis tipo rancho en el pie izquierdo, y tener que utilizar pañales, lo que valora en 24 puntos.

2) Como factores de corrección de la citada indemnización básica, incluye los siguientes conceptos:

- Daños morales complementarios, que se entenderán ocasionados cuando las secuelas concurrentes superen los 90 puntos, como es el caso. Se solicitan por la penosidad de la doble incontinencia urinaria y rectal, los intensos dolores que padece, las infecciones periódicas de orina, la disminución de la independencia personal que supone la pérdida de la capacidad locomotora, y la deformidad de su pie izquierdo, lo que se valora en 50.000 €.
- Incapacidad permanente total, derivada de las anteriores lesiones, que valora en 65.000 €, que se reducen a 60.000 € por la incapacidad previa parcial que le afectaba.
- Ayuda de tercera persona. Necesidad reconocida por el ISSORM, por la que corresponden 75.000 €.
- Perjuicios morales de familiares. Por sustancial alteración de la vida de su esposo y de los hijos, que se valoran en 60.000 € para el esposo y 12.000 € para cada hijo, siendo éstos dos.

El total reclamado como factor de corrección asciende a 281.000 €.

B) Incapacidad temporal. Reclama 29.551,72 euros, que desglosa así:

- 269 días, transcurridos desde que estuvo la paciente diagnosticada hasta que se la intervino por primera vez, y que, al no ser improductivos, deben indemnizarse con 6.636,23 €.
- 53 días que permaneció hospitalizada, que suponen 2.988,14 €.
- 488 días, desde 27 de junio de 2002 a 27 de octubre de 2003, fecha de alta en el Servicio de Rehabilitación de la Arrixaca, en la que se sitúa la estabilización lesional, menos los 53 de hospitalización, dan lugar a 435 días improductivos, que deben resarcirse con 19.927,35 €.

Finalmente, la reclamante propone como medios de prueba que se solicite su historia clínica a los diferentes centros sanitarios en los que se la asistió, y testifical de determinadas personas, que relaciona. Se adjunta con el escrito de reclamación copia de la escritura del poder con el que actúa el letrado que presenta la reclamación, copia de parte de la documentación que integra su historia clínica, resolución del ISSORM de reconocimiento de minusvalía, Libro de Familia y escrito presentado el 4 de diciembre de 2003 en el que se reclama indemnización al SMS por los daños causados desde la intervención quirúrgica del 27 de junio de 2002, a los solos efectos de interrumpir la prescripción de la acción resarcitoria, considerando que las secuelas no están estabilizadas.

SEGUNDO.- El 16 de junio de 2004 la instructora del expediente acordó acumular en un solo procedimiento la tramitación de las reclamaciones presentadas el 4 de diciembre de 2003 y 2 de junio de 2004. Por resolución de 18 de junio de 2004, la Directora Gerente del SMS admitió a trámite la reclamación, lo que fue notificado a la reclamante y a --, S.A., como entidad aseguradora del SMS.

TERCERO.- La instrucción solicitó al Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, de Murcia, copia de la historia clínica de la reclamante e informes de los facultativos que la atendieron. También se solicitó la misma documentación al Hospital Universitario “Reina Sofía”, de Murcia, y al Hospital Universitario “José María Morales Meseguer”, de Murcia, lo que fue cumplimentado por dichos centros. De lo remitido se destaca lo siguiente:

— Informe de 20 de septiembre de 2004, del Servicio de Neurocirugía del hospital “Virgen de la Arrixaca”:

“La paciente fue intervenida en nuestro servicio de una estenosis del canal lumbar mediante laminectomía lumbar el día 27-6-02.

En la historia clínica de consulta externa, se refleja que en la fecha que fue incluida en la lista de espera quirúrgica, presentaba una fuerza y sensibilidad normal al explorarla y una claudicación (cojera) al deambular, también se refleja que la paciente refiere dolores y sensación de debilidad en miembros inferiores que le impiden una vida normal. Estos datos clínicos junto con los neurorradiológicos de atrapamiento de las raíces de los nervios lumbares, justifican a nuestro juicio la inclusión de la paciente en lista de espera quirúrgica.

En la historia de consulta externa hay una anotación el día de la inclusión en la lista de espera que dice literalmente “le explico los riesgos y que no hay garantía de éxito”. La paciente firma ese mismo día el formulario de inclusión en la lista de espera y el documento de “Autorización para intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos cruentos”, que es el documento de consentimiento informado específico para Neurocirugía. En dicho documento se especifica como riesgo, de puño y letra del cirujano, “hemorragia infección riesgo vital y lesión de los nervios afectados”. La paciente fue incluida en lista de espera quirúrgica explicándole de forma detallada el procedimiento, las alternativas terapéuticas, los beneficios y los riesgos. La explicación, como es lógico, fue más pormenorizada que la que refleja el documento de autorización y con palabras comprensibles para la paciente y familiares. En nuestro servicio tenemos claro que nunca un documento sustituye a la explicación clara al paciente. Difícilmente puede un documento de autorización reflejar los porcentajes y los matices de gravedad dentro de una misma complicación, dichos datos se facilitan verbalmente. Por regla general se incluyen en el documento los riesgos más graves (ej.: riesgo vital y de lesión de los nervios afectados) y los más frecuentes (hemorragia, infección).

En el caso concreto que nos ocupa se informó, como prueban los documentos, del riesgo de lesión de los nervios que se querían descomprimir.

La intervención de laminectomía lumbar fue realizada de forma adecuada a las técnicas habituales para esta patología. No se colocó en el campo quirúrgico ningún drenaje debido a que no se consideró necesario según la cantidad de sangre que existía en el campo en el momento anterior al cierre. Queremos hacer notar que el drenaje se coloca para evacuar un sangrado venoso, no un sangrado arterial, que en el caso de existir al ser “violento” obstruye el drenaje y lo inutiliza para evacuar el sangrado venoso y arterial. En la literatura y práctica neuroquirúrgicas habituales no está determinado que se deba dejar drenaje de forma sistemática, hay protocolos en los que está contraindicado (aumento de riesgo de infección e irritación de raíces etc.).

La paciente se sometió en el postoperatorio a la vigilancia y cuidados protocolizados en nuestro servicio para la cirugía lumbar, la alteración de fuerza y sensibilidad reflejada en las notas de evolución son relativamente frecuentes en los primeros días después de

la manipulación al que se suele someter a las raíces nerviosas en una intervención, y es pasajera casi siempre, si aparecen se vigila al paciente la fuerza y sensibilidad de forma más estrecha, pero en general nunca se realizan pruebas más sofisticadas en un paciente recién operado. La alteración urinaria reflejada en la evolución también se suele ver en el postoperatorio inicial y no comporta señal de alarma. Los datos clínicos de dolor y empeoramiento de la alteración sensitiva y de fuerza reflejados en la hoja de evolución del día de la intervención urgente son más compatibles con la presencia de complicaciones, aunque en la mayoría de los casos no se deben a ellas, sino a mayor susceptibilidad de lo normal por parte de las raíces lumbares y suelen mejorar espontáneamente con el tiempo.

En el postoperatorio se pidieron pruebas para descartar complicaciones en el mismo momento que la evolución clínica de la paciente apuntaba a una mínima sospecha. A pesar de que la sospecha no era muy intensa se realizó una Resonancia Magnética Lumbar que diagnosticó la hemorragia.

Cuando la complicación se diagnosticó se practicó con carácter urgente la intervención, ajustándose a los cánones de la técnica neuroquirúrgica. Fue realizada la intervención la madrugada del sábado-domingo por el mismo cirujano que la laminectomía previa, a pesar de no estar de guardia en ese día. Se descubrió una hemorragia subfascial lumbar en la zona de la laminectomía previa, se extirpó y se coaguló una arteria articular que sangraba. La paciente antes de ser sometida a la intervención urgente fue informada del proceso que sufría, de las posibilidades y de los riesgos y firmó un documento de consentimiento informado, donde se le explicaban entre otros el riesgo de empeorar más la fuerza en las piernas.

Posteriormente la paciente fue tratada mediante fisioterapia y fármacos siguiendo las pautas habituales. Tras su alta hospitalaria continuó con tratamiento rehabilitador y controles en consulta de Neurocirugía, Urología y Coloproctología. La mejoría del cuadro motor y sensitivo de los miembros inferiores respecto al empeoramiento descrito anteriormente está reflejada en la historia de consulta de Neurocirugía. La última anotación de consultas se fecha el día 23-6-2003. La paciente fue citada para Octubre del 2003 sin tener constancia de que acudiese a la cita.

En resumen la paciente sufre de incontinencia urinaria y de disminución de fuerza en la porción distal de extremidades, pero deambula con ayuda de muleta y no se observa parálisis completa de ningún grupo muscular dependiente de raíces nerviosas lumbares o de troncos nerviosos de miembros inferiores. El caso que nos ocupa es el resultado de la aparición de una complicación de una técnica quirúrgica. La indicación terapéutica y la técnica quirúrgica fueron correctas a nuestro juicio. La paciente estaba informada de la posibilidad de aparición de esta complicación y aceptó los riesgos, como prueban las anotaciones en la historia de consulta y el documento de consentimiento informado. Tras la aparición de datos clínicos de mínima sospecha de aparición de la complicación se practicaron todas las medidas diagnósticas y terapéuticas adecuadas con información previa y autorización de la paciente.

En la experiencia de nuestro servicio y en la literatura Neuroquirúrgica reciente, la hemorragia postquirúrgica es una complicación poco frecuente pero no excepcional y puede causar un empeoramiento del estado neurológico previo, por ello se advierte siempre de esta posibilidad al paciente.”

— Informe de 13 de agosto de 2004, del Servicio de Medicina Interna del hospital “Morales Meseguer”:

“Se trataba de una paciente afecta de una enfermedad neurológica crónica. Síndrome de cola de caballo que había sido intervenida previamente en el 2002, tal y como se destaca en antecedentes personales. Como consecuencia de la afectación neurológica basal junto con las alteraciones esfinterianas propias de la patología de la enferma, presentó un cuadro clínico compatible con infección urinaria, contingencia muy habitual en este tipo de pacientes. La enferma estaba siendo vista de forma continuada con diversos ingresos en el H.U. Virgen de la Arrixaca y por tanto nuestro cometido principal fue el tratamiento de la complicación emergente “infección urinaria” y, al mismo tiempo, para permitir la continuidad asistencial y facilitar tareas posteriores, se le solicitó un electromiograma y rehabilitación durante el tiempo del ingreso. La recogida de antecedentes personales fue realizada tanto de forma oral como utilizando los informes que aportaba la paciente y familiares, por lo cual la frase donde pone “fractura de cadera izquierda intervenida con pie equino por afectación neurológica secundaria”, se refiere en primer lugar a que la discapacidad del pie es de causa neurológica y no muscular y en segundo lugar expresa una secuencia temporal de hechos, operación de cadera y pie equino, porque así lo expresaron en el interrogatorio, pero en ningún caso se podría aventurar que se trata de una relación causa-efecto, al no conocer de manera estricta la situación neurológica previa a la intervención de cadera y más aún sabiendo que la paciente era portadora de lumbociáticas izquierdas, con resonancias magnéticas donde se objetivaban hernias discales que pudieran ser responsables igualmente de dicho pie equino y que habían requerido ingresos en el HUVA previo a la cirugía de cadera”.

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 3 de marzo de 2005, del que se destaca lo siguiente:

“Existe suficiente evidencia de que la paciente conocía pormenorizadamente la naturaleza de su dolencia, las alternativas de tratamiento que se le ofrecieron, ya hemos comentado la continuada relación que ha tenido con los servicios sanitarios y los riesgos a los que estaba expuesta al someterse a la intervención quirúrgica antedicha. (...)

En el protocolo quirúrgico de fecha 27 de junio de 2002 leemos: Gran estenosis degenerativa con listesis de L4 y L5, raíces atrapadas por las articulaciones hipertróficas y la listesis. No veo discos excesivamente protruidos. Se liberan raíces L5 y S1 bilaterales, las raíces atrapadas. Cierre habitual. Hueso muy osteoporótico.

Una vez comprobado que la actuación durante la intervención fue la correcta, surge la duda de si en el postoperatorio se infringieron normas de prevención básicas o de cuidados debidos. No se acredita, como señalan los reclamantes, que la enferma no fuese vigilada y valorada con prontitud en el postoperatorio. Lo fue, y en diversas ocasiones como podemos comprobar en las observaciones acerca del curso clínico el día 28 en el que se consigna la exploración y no se valora la incontinencia como de origen neurológico en ese momento. El día siguiente, 29, avisan porque la enferma siente dolor, hormigueo en las piernas y otros signos que llevan a realizar reapertura de la incisión (22:50 horas).

Según leemos en el informe clínico de alta: “A las 24 horas del postoperatorio la paciente refiere incontinencia urinaria y sensación de adormecimiento intenso en el pie izquierdo, posteriormente va apareciendo pérdida de fuerza en tobillos bilaterales y ascendiendo la pérdida de fuerza, se practica una RMN lumbosacra urgente que evidencia

una colección epidural a nivel de la laminectomía previa, compatible con hematoma postquirúrgico. De urgencia se practica reapertura de la laminectomía y se evacúa un hematoma situado entre la duramadre y el plano muscular que comprimía la cola de caballo, la fuente era una arteria articular del lado izquierdo que estaba sangrando y se coagula y no se encuentra otra fuente de hemorragia. No se refleja en la hoja de quirófano ninguna anomalía. (...)

Un accidente por caída en julio de 2003, que produjo fractura de cadera, vino a añadir más problemas a un área ya de por sí sensible. Se colocó prótesis en el lado izquierdo y no se reflejan incidencias de este procedimiento. Sin embargo parece que el electromiograma practicado el día 18 de noviembre de 2003 muestra axonotmesis completa del ciático a nivel proximal.

Desde un punto de vista médico no se sostiene la manifestación de la reclamación de que la causa de la fractura ha sido la patología que la paciente presentaba a consecuencia a su vez de las lesiones post- operatorias cuya razón se justifica por una mala praxis no documentada. Sabemos que, en el rango de edad de la paciente, con osteoporosis previa, alteraciones musculares concomitantes y patología osteoarticular crónica, es muy frecuente la fractura de cadera. No hay ningún dato de que en el momento de la sustitución no se utilizasen todas las medidas que la ciencia médica aconseja para llegar a un buen resultado. (...)

En la última valoración por imagen de la que disponemos, se aporta una RM de columna lumbar de fecha 6 de marzo de 2003 que textualmente dice: “Espondilolistesis grado I L4-L5, osteofitos marginales indicativos de espondilosis lumbar, pinzamiento discal L4-L5 con cambios degenerativos de médula ósea tipo I (edema óseo) en platillos adyacentes, protrusión discal global lateralizada a la izquierda L3-L4, protrusión discal global L4-L5 debido a la espondilolistesis mencionada, que pinza la grasa foraminal de ambos agujeros neurales, canal raquídeo de calibre conservado. Conclusión: Cambios postquirúrgicos, espondilolistesis grado I L4-L5 con protrusión discal global, espondilosis lumbar, polidiscopatía, protrusión discal global lateralizada a la izquierda de L3-L4.

Con esta descripción anatómica tenemos evidencia de que se eliminó la estenosis de canal raquídeo que fue la razón de la laminectomía pero sin embargo se nota progresión de cambios osteoarticulares (osteofitos y espondilosis) con alteraciones de la alineación vertebral (listesis). Se añaden cambios en los discos que por sí mismos provocan lumbociática pero que además están pinzados a varios niveles y protruyen (hernia discal). (...)

Comprobamos que la patología que presenta la paciente representa en gran medida la evolución crónica de su enfermedad degenerativa. Qué parte de la sintomatología de la que todavía se queja corresponde a las secuelas de los procesos intercurrentes que se han descrito y qué porcentaje corresponde a la progresión citada sería difícil de deslindar.

Resumiendo, el proceso degenerativo de la paciente sigue su curso, los signos y síntomas de algunas funciones deficientes se intercalan con los problemas postoperatorios que han surgido y actualmente acude a diversas consultas donde está siendo seguida por anemia y alteraciones del hemograma, vejiga neurógena, circunstancias infecciosas urinarias son tratadas en los servicios de urgencias o en Medicina interna, rehabilitación etc. (...)

CONCLUSIONES

1. La cirugía a nivel lumbar tuvo como complicación un hematoma.

2. *La paciente firmó el consentimiento y específicamente se le explicó el alcance de los posibles hechos fortuitos.*

3. *Dentro de las complicaciones se contempla la hemorragia.*

4. *Las evidencias señalan que la paciente conocía su patología, el alcance de la operación propuesta y las complicaciones posibles.*

5. *Una vez hubo evidencia de la complicación se procede al tratamiento sin demora.*

6. *Para la reintervención hay nueva firma de consentimiento y explicación concreta sobre las posibles complicaciones.*

7. *Posteriores patologías han sido atendidas convenientemente y en el momento que han surgido.*

8. *No hubo infracción de deberes profesionales.*

9. *No hubo deficiente prestación de asistencia sanitaria y no se han creado riesgos durante la misma.*

10. *En la paciente coexisten síntomas propios de una enfermedad osteoarticular crónica y algunas secuelas de las patologías intercurrentes analizadas.*

11. *Se ha valorado su grado de incapacidad en otras instancias”.*

QUINTO.- Mediante escrito presentado el 24 de enero de 2007 la reclamante formula alegaciones en las que reitera lo argumentado en su escrito inicial y manifiesta su desacuerdo con lo expresado en el informe de la Inspección Médica respecto de la hemorragia sufrida, pues dicho informe no explica el proceso por el que una arteria de la zona intervenida puede comenzar a sangrar espontáneamente, ni cómo es posible que no se aprecie en el campo operatorio, ni por qué no se dejó drenaje para minimizar riesgos. Sobre la información dada a la paciente, afirma que no se le dijo que había posibilidad de dañar más nervios que los que se iban a descomprimir, que el documento de consentimiento que firmó carece de fecha, por lo que no es válido, y que la información de los riesgos no exonera de responsabilidad si hay mala praxis. Señala que el informe de la Inspección Médica reconoce que en la intervención de implantación de prótesis de cadera se produjo la axonotmesis del nervio ciático común izquierdo, aunque sobre ello no realice más consideraciones. También expone que las lesiones sufridas en las intervenciones (síndrome de “cola de caballo” y la citada axonotmesis del nervio ciático) tienen un origen traumático y no degenerativo, y que, según el informe de alta de 26 de junio de 2002, al ingreso para la primera intervención la paciente tuvo una exploración neurológica normal, salvo una ligera hipoestesia L5 bilateral, situación muy distinta a la que tiene tras las citadas intervenciones. Finalmente, solicita una indemnización de 447.536,79 euros, resultado de excluir del cálculo realizado en su escrito inicial la cantidad de 6.636,23 euros (correspondiente a los 269 días que permaneció en lista de espera para ser intervenida de la estenosis lumbar).

Con su escrito aporta dictamen de fecha 20 de junio de 2005, emitido por especialista en traumatología y valoración de daño corporal, en el que se formulan las siguientes consideraciones:

“— Desde un punto de vista médico-pericial es indudable la relación causal, cierta y total entre la aparición de hematoma posquirúrgico y la lesión de cola de caballo, por el efecto de compresión que el mismo produjo a nivel de L3.

— *En la aparición de dicho hematoma cabe considerar:*

Que la hemostasia debe ser completa, debiendo revisarse adecuadamente antes del cierre por planos. La laminectomía supone una intervención de cruentación de estructuras óseas y atrición de partes blandas, que exige una cuidada y depurada hemostasia.

La existencia de una arteria articular del lado izquierdo sangrando, comprobada en la 2ª intervención, indica que dicha hemostasia no se realizó con el debido cuidado.

— *En cualquier caso, dicha complicación podría haberse evitado si se hubiera dejado drenajes, ante la posible colección hemática o sangrado.*

— *La aparición de un Sdre. de Cola de Caballo tras una intervención de estas características es poco frecuente, pero posible, estimándose entre un 2% al 4% su incidencia. Es pues una complicación conocida y, por lo tanto, previsible.*

— *La necesidad de la colocación de dicho drenaje viene a reafirmarse, cuando en la segunda intervención se realizó dicho gesto para evitar complicaciones.*

— *Por otro lado, es indudable que la lesión generada es la causa de una dificultad para la deambulación, que debe hacerse con muletas y ortesis a nivel domiciliario, y con silla de ruedas fuera de su domicilio.*

Por esa causa, sufrió una caída posterior que obligó a nueva intervención quirúrgica, sufriendo paradójicamente una nueva lesión yatrogénica con axonotmesis del nervio ciático común izquierdo.”

SEXTO.- El 27 de junio de 2007 la reclamante presenta nuevas alegaciones, en las que incide en la referencia a la falta de consentimiento informado para la intervención de prótesis de cadera, en la defectuosa realización de la misma, que condujo a la paralización total del nervio ciático común izquierdo, y en la necesidad de colocar drenaje postquirúrgico en la primera intervención, a cuyo efecto aporta una sentencia en la que así se indica para un caso análogo, y copia de dos artículos médicos sobre la materia.

SÉPTIMO.- Las nuevas alegaciones formuladas por la reclamante fueron remitidas a la Inspección Médica para emisión de informe complementario, lo que fue cumplimentado con fecha 4 de septiembre de 2007.

El nuevo informe señala que la reclamante reitera lo argumentado en escritos anteriores en lo que se refiere a la primera intervención, lo que fue suficientemente valorado en el informe inicial; en cuanto a la intervención de prótesis de cadera, considera que sólo se alega la ausencia de consentimiento informado para la misma, señalando lo siguiente:

“Este enunciado no se planteó en la reclamación inicial pero sí se señala en ambos escritos de alegaciones, y no se proponen otros términos que el mismo enunciado del apartado (a diferencia de la amplia argumentación que se reitera en otros temas), por lo que entendemos que clínicamente no consideran que la observación de que no se haya encontrado el documento de consentimiento en el expediente tenga relación con la asistencia prestada a la paciente.

En relación al consentimiento, siendo conscientes de su mención en la norma y su implicación en los derechos de la paciente, en éste y en otros casos no consideramos que su firma deje desasistido al paciente en caso de ser informado, ni en caso contrario, el no hallarlo, implique asistencia inadecuada”.

Finalmente se concluye que no se aprecia la necesidad de modificar la valoración del primer informe emitido, en el que se ratifica.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, el 30 de noviembre de 2007 la reclamante presenta alegaciones en las que insiste en cuatro cuestiones: a) la mala praxis existente en la laminectomía, pues no se dejó un drenaje que hubiera evacuado el hematoma producido (lo que está recomendado en la literatura científica aportada), y que hubiera impedido que éste presionara los nervios causando el síndrome de “cola de caballo”; b) la mala praxis en el seguimiento postoperatorio pues, al optarse por no colocar drenaje, la vigilancia de la paciente debía ser mayor, ya que la hemorragia era un riesgo previsible, resultando que cuando se advirtió el primer síntoma anormal (incontinencia urinaria), no se tomaron medidas; que hasta la siguiente exploración transcurrieron 28 horas, en que se realiza una RMN donde se advierte la hemorragia, no siendo reintervenida la paciente hasta 12 horas más tarde, siendo fundamental en estos casos un diagnóstico precoz; c) la mala praxis en la intervención de cadera, pues tras ella se objetiva la lesión (axonotmesis) del nervio ciático común izquierdo, lo que constituye un resultado anormal de dicha intervención, sin que la Inspección Médica ofrezca explicación alguna que justifique la actuación sanitaria, más allá de su afirmación de que no hay ningún dato que revele que en esta intervención no se utilizaron todas las medidas necesarias, a lo que opone que el reclamante no puede tener la carga de probar lo contrario, debiendo la Inspección Médica justificar que dicha lesión tiene su origen en otra causa, lo que no ha hecho; d) la mala praxis consistente en la ausencia de consentimiento informado para la intervención de cadera, sobre lo que la Inspección Médica sólo expresa que ello no significa que el paciente quede desasistido si es informado ni que la intervención realizada sea inadecuada, a lo que opone que la jurisprudencia establece que dicha omisión determina la obligación de indemnizar el daño no advertido.

Junto con su escrito de alegaciones, acompaña copia del acta judicial de fecha 24 de mayo de 2007 en la que se contienen las contestaciones que el perito nombrado en el recurso contencioso-administrativo nº 1101/04 (reseñado en la Consideración Segunda, III, de este Dictamen) dio a las preguntas de las partes en dicho proceso, referidas a un previo dictamen emitido por dicho perito.

NOVENO.- En fecha indeterminada, --, S. A, aportó al procedimiento un dictamen pericial de 18 de octubre de 2006, suscrito por dos especialistas en neurocirugía, del que se destaca lo siguiente:

“La intervención de una estenosis de canal suele ser muy delicada, a pesar de ser la laminectomía un procedimiento técnico sencillo. La razón de la complejidad quirúrgica de la estenosis estriba en el largo tiempo de evolución de la compresión del saco dural que engloba las raíces nerviosas, lo que supone una gran dificultad en la separación de la duramadre comprimida de las superficies óseas y ligamentosas que la estenosan. La membrana dural suele ser muy fina y estar muy adherida, lo que exige una meticulosidad máxima para evitar el rasgado de la duramadre, con la producción de una fístula de líquido cefalorraquídeo (LCR) y la herniación y lesión permanente de raíces nerviosas. La complicación de un desgarró dural, dentro de una cirugía de estenosis de canal lumbar, puede ser frecuente aún no generando ninguna secuela. (...)

En el caso que nos ocupa se trata de una paciente diagnosticada de estenosis de canal e intervenida quirúrgicamente mediante laminectomía lumbar L4-L5, que a las 48 horas de la intervención desarrolló un síndrome de cola de caballo con incontinencia de esfínteres y paraparesia, por la (que) se realizó RM urgente identificándose la existencia de un

hematoma epidural y que fue intervenido de forma urgente. A pesar de la intervención el síndrome de cola de caballo ha persistido como secuela neurológica.

Una vez evaluados todos los informes aportados, podemos dictaminar que no existe ninguna evidencia de mala praxis o de actuación médica contraria a la lex artis. En esta paciente se ha producido una complicación quirúrgica consistente en un hematoma epidural sobre el área de la laminectomía. Esta complicación es inherente a este tipo de intervención y no se debe a ningún defecto de técnica quirúrgica. En toda intervención de laminectomía lumbar se puede producir una hemorragia diferida en el tiempo, y la paciente conocía este riesgo quirúrgico tanto de forma verbal como por escrito a través del consentimiento informado, con el que asumió los riesgos de complicaciones de esta intervención. La paciente fue valorada a las 12 horas de la intervención quirúrgica por su cirujano, y en esta primera valoración sólo había advertido un episodio de incontinencia urinaria, por el que no estaba indicada la realización de un estudio de RM. Fue al día siguiente, 40 horas después de la intervención, cuando se identificaron objetivamente signos neurológicos de compresión de la cola de caballo, y en este momento se realizó con celeridad exquisita un estudio de RM inmediato a pesar de ser un día festivo. Tras identificarse el hematoma epidural en la RM, la paciente se reintervino de forma urgente e inmediata, con una actuación profesional que debe calificarse de extremadamente diligente. La razón de que la paciente no mostrara un cuadro clínico completo de cola de caballo en el día posterior a la intervención, se debe al hecho de que los hematomas epidurales post-quirúrgicos pueden producirse de forma diferida e ir progresando con el paso de las horas, no permitiendo su diagnóstico hasta no alcanzar un tamaño muy considerable con el daño compresivo e irreversible de las raíces nerviosas. En este caso la indicación del estudio de RM urgente se hizo en el momento exacto en el que se comprobó el déficit neurológico y no antes, pues todos los pacientes con estenosis severa de canal pueden presentar en las primeras horas post-quirúrgicas: parestesias, dolor o incontinencia urinaria de carácter transitorio. Por otro lado los hematomas epidurales son en su gran mayoría espontáneos y no se deben a daños arteriales causados en el momento de la intervención, pues no se cierra ninguna herida quirúrgica lumbar con focos activos de sangrado en el espacio epidural. Se trata de una complicación impredecible e inevitable y aunque se hubiera colocado un sistema de drenaje externo postquirúrgico no tiene por qué evitar la aparición de un hematoma diferido. Además, la colocación de un drenaje presenta también un riesgo de complicaciones asociados como son: fístula de LCR, e incremento del riesgo de infección; por ello no se colocan en muchos pacientes. (...)

CONCLUSIONES

1. Todas las actuaciones diagnósticas y terapéuticas llevadas a cabo en esta paciente han sido totalmente correctas, sin indicios de mala praxis.

2. La intervención quirúrgica fue llevada a cabo de forma técnicamente correcta. Los hematomas epidurales suelen ser de carácter espontáneo y diferido, y no se deben a vasos arteriales sangrantes dejados sin hemostasia en el campo quirúrgico por el cirujano. El estudio de RM no estaba indicado en la valoración inicial post-quirúrgica de la paciente en base a un episodio de incontinencia urinaria.

3. El hematoma epidural postquirúrgico se diagnosticó e intervino de forma urgente, lo que constituye una actuación médica correcta.

4. *La paciente sufrió una complicación inherente al acto quirúrgico, cuyo riesgo conocía y había aceptado con el correspondiente consentimiento informado.*

5. *Por todo lo anterior no consideramos justificada esta reclamación.”*

DÉCIMO.- El 30 de enero de 2008 la reclamante presentó un nuevo escrito en el que, a la vista del reseñado informe de --, S.A., se ratifica en las alegaciones presentadas en el procedimiento, especialmente en su anterior escrito de alegaciones.

UNDÉCIMO.- En esa misma fecha se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la actuación sanitaria fue conforme con la “*lex artis*”, apoyándose a tal efecto en los informes emitidos por la Inspección Médica, --, S. A. y los Servicios de Neurocirugía y de Medicina Interna de los hospitales reseñados en los Antecedentes.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo de la acción resarcitoria y procedimiento.

I. La legitimación activa corresponde a la reclamante en lo que se refiere a los daños físicos o psíquicos sufridos en su persona y a los daños económicos en el patrimonio familiar, no así en lo que atañe a los daños morales sufridos presuntamente por su marido, dado el carácter personalísimo de aquéllos, ni por sus hijos, pues no son menores de edad, visto el Libro de Familia aportado.

II. Por lo que se refiere a la temporaneidad de la acción resarcitoria, la reclamación ha de considerarse presentada dentro del plazo de un año contado desde la determinación del alcance de las secuelas derivadas de los daños por los que se reclama, conforme con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Sin embargo, ello es así por razones distintas a las expresadas en la propuesta de resolución, que en este punto debe ser modificada.

Así, la propuesta considera que, en el momento de ser presentada la reclamación, dichas secuelas aún no se han estabilizado (y, por tanto, no puede oponerse prescripción a la acción resarcitoria), según expresa el primer informe de la Inspección Médica, que añade que no cabe esperar consolidación de las secuelas que padece la reclamante porque, por definición, en una enfermedad degenerativa como la que tiene no cabe una curación, sino actuaciones tendentes a paliar síntomas. Sin embargo, es claro que esta afirmación se enmarca en el análisis que realiza la Inspección sobre la patología global que afecta a la reclamante y que se inicia con la enfermedad de base (la estenosis degenerativa) que motivó la primera intervención quirúrgica, siendo ésta una dolencia que, obviamente, no se imputa a la Administración. A los efectos que ahora interesan, debe partirse exclusivamente de las

secuelas que, en principio, se imputan a la actuación sanitaria que se denuncia y, a partir de ello, establecer el momento en que pudo entenderse determinado el alcance de las mismas a los efectos previstos en el citado artículo 142.5 LPAC.

En el caso que nos ocupa, han de distinguirse dos actuaciones médicas claramente diferenciadas, a las que se imputan diferentes secuelas:

1ª. Intervención de laminectomía y su seguimiento postquirúrgico: según la reclamante, produjo un síndrome de cola de caballo a nivel de L5, que implica trastornos motores, sensitivos y de esfínteres. En el informe del Servicio de Neurocirugía transcrito en el Antecedente Tercero se hace constar que la última asistencia de la paciente a consultas después de las intervenciones en cuestión se produjo el 23 de junio de 2003 (fue citada para octubre siguiente, si bien no acudió, desconociendo la causa), por lo que en tal fecha puede considerarse finalizado el tratamiento terapéutico en lo que atañe a las secuelas de que se trata.

2ª. Intervención para colocación de prótesis de cadera: según la reclamante, causó la axonotmesis del nervio ciático común izquierdo y un pie equino-varo. Esta lesión del nervio ciático aparece descrita en la electromiografía realizada en el hospital “*Morales Meseguer*” el 9 de octubre de 2003 (f. 146 exp.).

Si se toman en cuenta las referidas fechas, la reclamación, presentada el 2 de junio de 2004, ha de considerarse temporánea a los efectos del artículo 142.5 LPAC.

III. En lo que respecta al procedimiento tramitado, no han de oponerse reparos sustanciales. No obstante, deben hacerse dos observaciones:

1. No resulta correcta la calificación como reclamación de responsabilidad patrimonial dada al escrito presentado por la interesada ante el SMS en diciembre de 2003. Si se examina el tenor de dicho escrito se advierte que, en realidad, no contiene una auténtica voluntad de que, en virtud del mismo, se tramite y resuelva un procedimiento administrativo en el que se satisfaga una pretensión indemnizatoria, es decir, no es un escrito de iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. Ello es así porque la pretendida reclamación se realiza “*a los solos efectos de interrumpir la prescripción de la acción*”, lo que significa que, más que una pretensión resarcitoria, lo querido con tal escrito es comunicar a la Administración su futura intención de reclamar, entendiendo la interesada que con tal actuación se producía el efecto jurídico de interrumpir el plazo prescriptivo de su acción. Esto último, por lo demás, no puede aceptarse, pues el artículo 1973 del Código Civil sólo anuda dicho efecto a que la acción se ejercite judicialmente o se formule una auténtica “*reclamación*” extrajudicial. Como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de junio de 2006, citando uno anterior, “*el plazo es de orden público y no es susceptible de ser interrumpido a voluntad por el propio interesado ni de mantenerse suspendido o abierto*”. Consecuencia de lo anterior es que en su Dictamen de 19 de octubre de 2006 exprese que “*sólo podrá interrumpir el plazo de prescripción (refiriéndose a un telegrama), cuando éste tiene un contenido identificable como de ejercicio de una reclamación, pero no lo es cuando responde a un mero propósito de instar que se tenga por interrumpida la prescripción*”, considerando en aquel caso que “*los telegramas girados a la Administración no incorporan una pretensión indemnizatoria en sí misma, sino tan sólo un deseo de que se entendiera interrumpido el plazo de prescripción*”. Por su parte, la STS, Sala 3ª, de 14 de junio de 2005, se hace eco de la doctrina de la Audiencia Nacional que niega eficacia interruptiva a escritos que carecen “*de los mínimos requisitos necesarios para considerarlos como una verdadera reclamación*”. Y es claro que reclamar “*a los solos efectos de interrumpir el*

plazo de prescripción de la acción”, sin más, como sucede en el caso que nos ocupa, es lo mismo que instar simplemente que se tenga por interrumpido dicho plazo, es decir, no es una verdadera reclamación de responsabilidad.

En el orden procedimental, lo anterior trae consigo que no resulte técnicamente correcta la “*acumulación*” de reclamaciones que acordó la instructora el 16 de junio de 2004 (Antecedente Segundo), pues sólo cabe considerar como reclamación de responsabilidad patrimonial la contenida en el escrito presentado el 2 de junio de 2004. (Ello sin perjuicio, además, de la improcedencia de acordar tal acumulación antes de que el órgano competente resolviera la admisión a trámite, lo que hizo dos días después).

2. Constando la pendencia del recurso contencioso-administrativo nº 1101/04, interpuesto contra la desestimación presunta de la referida reclamación, esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta a la hora de proceder a la resolución del presente procedimiento, debiendo abstenerse de ello la Consejería si para entonces hubiera recaído resolución judicial que lo impidiera.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

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

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

La actuación del médico ha de regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al

caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados pues, en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por

tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Relación de causalidad adecuada, a efectos de generar responsabilidad patrimonial administrativa, entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y las secuelas derivadas del síndrome de “cola de caballo” por el que se reclama: inexistencia.

Por lo que se refiere a las secuelas derivadas del síndrome de “cola de caballo” antes reseñado y que la reclamante liga a la intervención de laminectomía realizada el 27 de junio de 2002 en el hospital “Virgen de La Arrixaca”, y/o a su seguimiento postquirúrgico, debe decirse que la Administración regional no debe responder de las mismas, por las razones que seguidamente se expresan.

En primer lugar, debe rechazarse que el consentimiento prestado por la reclamante para dicha intervención no estuviera debidamente informado. En el primer documento de la historia clínica presentado por la misma se refleja el resultado de la consulta realizada en el Servicio de Neurocirugía del reseñado hospital el 17 de mayo de 2001 por motivo de sus problemas de estenosis lumbar: el facultativo manifestó: *“le aconsejo no operarse ya que se trata de un cuadro degenerativo. Dice (la paciente) que no puede seguir así (analgesia diaria, silla-cama y puede hacer poco de tareas habituales). Se lo pensará”*. Y en la consulta del 1 de octubre siguiente se hace constar: *“no puede vivir: dolor y flojedad de MII (ilegible) por la cara posterior (...) le explico riesgo y que no hay garantía de éxito. La lumbalgia es (ilegible)”* (folio 23 exp.).

En el consentimiento firmado por la paciente el 29 de junio de 2002 para la intervención quirúrgica en cuestión, se hizo constar como complicación específica de la misma la de *“hemorragia epidural”* (folio 241 exp.). Y en un segundo documento de consentimiento, firmado por la reclamante para la específica intervención de *“laminectomía lumbar”*, se hace constar que ésta no desea aclaraciones sobre su tratamiento; y, sobre las complicaciones específicas de la intervención, se hacen constar, entre otras, las de *“hemorragia”* y *“lesión de nervios afectados”* (folio 35 exp.).

Frente a todo ello, resulta manifiestamente irrelevante la alegación de la interesada de que en el segundo de los documentos reseñados no se consignara su fecha, pues es evidente que ambos se refieren a la intervención por la que se reclama. Existió, pues, un adecuado consentimiento para la intervención, decidida con plena responsabilidad por la paciente ante los problemas y dolores que padecía, a pesar de ser advertida de los riesgos, sin que, a pesar de esto último, conste que solicitara mayores aclaraciones al Servicio de Neurocirugía actuante o una segunda opinión médica.

En segundo lugar, debe rechazarse asimismo la alegación que denuncia mala praxis en la realización de dicha intervención y/o en su seguimiento posterior, y ello no sólo por lo expresado en los informes de la Inspección Médica y de --, S. A., reseñados en los Antecedentes (mucho más detallados en este aspecto que el emitido por el facultativo a cargo de la reclamante), sino por las consideraciones expresadas por el perito nombrado en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación (reseñado en la Consideración Segunda, III) y que aparecen reflejadas en el acta judicial de ratificación mencionada en el Antecedente Octavo, incorporada al presente procedimiento administrativo por la propia reclamante. En contra de lo alegado por ésta, de las opiniones del perito (consideradas en su integridad y no parcialmente, como pretende la interesada), se desprende que, en lo atinente a la laminectomía y su seguimiento postquirúrgico, los facultativos actuantes no incurrieron en mala praxis alguna.

Así, debemos destacar y sistematizar dichas declaraciones del siguiente modo:

1. Sobre la posibilidad de que la hemorragia existiera ya en el momento de terminar la laminectomía: *“ningún cirujano puede dejar un vaso arterial con sangrado activo durante el cierre de la herida, pues dicho cierre supone un período de media hora a hora de tiempo de mínimo, y un vaso arterial de pequeño calibre que esté sangrando en ese período llena el campo quirúrgico con más de medio litro de sangre en este tiempo, por eso son siempre hematomas diferidos”*. Asimismo, señala *“que la hemostasia (detención, espontánea o artificial, del sangrado tras una intervención quirúrgica) fue correcta, y el no colocar drenaje así lo indica”*.

2. Sobre la decisión de no colocar drenaje tras dicha intervención: *“cada cirujano que hace una intervención en la columna toma la decisión de dejar un drenaje muscular para la evacuación del acúmulo de sangre y suero postquirúrgico dependiendo del tipo de sangrado y de la cantidad del mismo que observe en la intervención”*, si bien *“un drenaje superficial en el músculo no previene esta complicación”* (refiriéndose a la compresión del hematoma sobre los nervios). A la pregunta de si se pueden colocar drenajes cerca del lugar de la intervención y no sólo encima del músculo, contesta que *“se pueden colocar pegados a la membrana que envuelve los nervios, en la zona abierta de la columna, pero que para que el drenaje sea efectivo tienen que llevar aspiración, y colocar un drenaje con aspiración pegado a la membrana que envuelve los nervios, que en un paciente con un estrechamiento de la columna prolongado suele ser muy fina y fácil de rasgar (la membrana, se entiende), supone el riesgo de producir una fístula de líquido cefalorraquídeo, aun así es criterio del cirujano el colocar o no un drenaje”*.

3. Sobre el seguimiento postquirúrgico: *“que se sabe que hay una relación directa entre el tiempo transcurrido de (desde) la aparición de síntomas de daño nervioso por un hematoma epidural y el tiempo de evacuación del hematoma con reintervención, en este sentido, la única opción para minimizar las secuelas neurológicas es la intervención lo más inmediata posible, pero no se puede hacer la reintervención hasta que no se tenga un diagnóstico fiable, que lo da la resonancia. A esta paciente se la intervino en cuanto se obtuvo la resonancia, que anteriormente a esta resonancia sólo hay una sintomatología clínica, pero no puede saberse si es debido a un hematoma epidural o no”*.

También señala que *“es difícil sospechar un hematoma postquirúrgico, excepto que tras la cirugía el paciente presente una pérdida de fuerza y sensibilidad en comparación con su estado clínico previo a la cirugía”* y que *“la incontinencia urinaria es un nuevo síntoma pero aparece en la mayoría de pacientes en los que se realiza una intervención quirúrgica”*.

de estenosis severa del canal lumbar en las primeras horas después de la intervención de forma transitoria, por ello la mayoría de pacientes son sondados antes y durante el período postoperatorio inmediato; en esta paciente probablemente fue el síntoma más precoz del comienzo de la compresión de las raíces nerviosas, pues las raíces que inervan el esfínges de la vejiga son las más sensibles al daño”, si bien “no se realizó ningún estudio adicional en la primera valoración de la incontinencia urinaria al considerarse que iba a ser un síntoma transitorio”.

Y, sobre si había posibilidad de realizar alguna prueba diagnóstica que permitiera confirmar que se trataba de algo transitorio y no del primer síntoma de un hematoma epidural, declara que *“siempre se puede realizar un estudio de resonancia magnética inmediato después de la cirugía, pero es criterio del cirujano que sospecha o no de la existencia de una complicación quirúrgica”.* En este sentido, expresa que *“la complicación postquirúrgica se había diagnosticado mediante estudio de resonancia en cuanto se observó un déficit neurológico y se reintervino en un período inferior a 48 horas” (...)* que comprende la sospecha diagnóstica del hematoma, la realización de la resonancia y la realización de la intervención”.

Lo anterior debe ponerse en conexión con las circunstancias del postoperatorio que se reflejan en la historia clínica, a saber: a) que en el postoperatorio inmediato (el día de la intervención), consta que la paciente no tiene ciática ni sensación de adormecimiento en los MMII y que está igual que en el preoperatorio (y consta en la historia clínica que la sensación de hormigueo y acolchamiento ya la tenía en las consultas previas), y b) que, al día siguiente al de la intervención, la paciente se queja de dolor en las piernas, momento en que se procede a realizar una resonancia magnética que revela la hemorragia y se la interviene de urgencia (folios 268 y siguientes exp.).

De todo ello ha de concluirse, pues, que las alegaciones de la reclamante sobre la referida intervención quirúrgica y su seguimiento han de ser rechazadas. En consecuencia, no son indemnizables las secuelas derivadas del síndrome de “cola de caballo” por el que se reclama, es decir, los trastornos motores, sensitivos y de esfínteres asociados a dicho síndrome, ni las consecuencias que éstos eventualmente pudieran causar o contribuir a causar (en mera hipótesis, la caída y fractura de cadera alegadas por la reclamante)

QUINTA.- Relación de causalidad adecuada, a efectos de generar responsabilidad patrimonial administrativa, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y las secuelas derivadas de la intervención de colocación de prótesis de cadera: existencia. Determinación de las secuelas indemnizables.

Como se expresó en los Antecedentes y Consideraciones anteriores, la reclamante alega también la existencia de mala praxis médica en la intervención que le fue practicada el 24 de julio de 2003 para la reducción de la fractura de cadera izquierda sufrida y la colocación de la correspondiente prótesis. Afirma que en dicha intervención se le causaron dos lesiones: 1ª) parálisis total del nervio ciático común, lo que supuso un agravamiento de la paresia que ya padecía en dicho nervio, motivo por el cual solicita una indemnización equivalente a la parálisis total de dicho nervio (40 puntos) minorada en el importe de la paresia anteriormente padecida (12 puntos), es decir, reclama el importe económico correspondiente a 18 puntos, conforme con el baremo utilizado al efecto; 2ª) la producción de pie equino-varo, que valora en 10 puntos, más el perjuicio estético correspondiente, por tener que utilizar una prótesis correctora tipo rancho.

I. A) Por lo que se refiere a la axonotmesis (lesión de las fibras nerviosas sin sección completa) del nervio ciático común izquierdo, y previamente al análisis de la mala praxis que se denuncia en la intervención quirúrgica de referencia, debe determinarse si tal secuela ha de imputarse a esta última, pues la propuesta de resolución estima que no se ha acreditado su relación de causalidad.

A este respecto, la Inspección Médica expresa en su informe de 3 de marzo de 2005 que en la referida intervención *“se colocó prótesis en el lado izquierdo y no se reflejan incidencias de este procedimiento. Sin embargo parece que el electromiograma practicado el día 18 de noviembre de 2003 (en realidad, el 9 de octubre de ese año) muestra axonotmesis completa del ciático a nivel proximal”*. El informe de 20 de julio de 2005 aportado por la reclamante señala que en dicha intervención se produjo una lesión yatrogénica (producida por el facultativo actuante) con axonotmesis del nervio ciático común izquierdo.

Considerando: a) lo expresado por la Inspección Médica; b) que ni ésta ni los facultativos informantes por parte de --, S. A. ofrecen ninguna otra explicación (estos últimos no se refieren en absoluto a esta secuela) sobre el hecho de que dicha axonotmesis aparezca diagnosticada tras la intervención quirúrgica de la fractura de cadera (realizada en julio de 2003) y no antes (por ejemplo, en la EMG del 4 de marzo de 2003, obrante al folio 81 exp.) y, además, que fuera diagnosticada en estadio agudo de evolución, según expresaba la EMG de 9 de octubre de 2003 en la que se advirtió (folio 146 exp.); y c) que tampoco razonan que dicha lesión pudiera tener su más probable etiología en otras causas (en la patología previa de la paciente, incluido el síndrome de *“cola de caballo”* antes analizado, por ejemplo), debe concluirse que dicha lesión ha de ser imputada a la reseñada intervención quirúrgica. La parquedad del informe de la Inspección Médica en este punto le lleva a no pronunciarse siquiera respecto de la alegación de la reclamante de la exclusiva etiología traumática, y no degenerativa, de la axonotmesis, ni a realizar un análisis de las EMG a la vista de las circunstancias concurrentes en el momento de su realización, omisiones que impiden una mejor instrucción sobre la relación de causalidad de que ahora se trata, lo que ha de perjudicar a la Administración.

B) Por lo que se refiere a la mala praxis denunciada respecto de dicha intervención, la Inspección Médica se limita a informar que no hay ningún dato que permita afirmar que no se utilizaron todas las medidas que la ciencia médica aconseja para llegar a un buen resultado. Sin embargo, el hecho de que tras la intervención se haya detectado una lesión que es ajena, en principio, al buen resultado de esta clase de intervenciones, unido al principio de mayor facilidad probatoria consagrado por la jurisprudencia, son motivos que imponen a la Administración una adicional obligación de acreditar cuáles fueron las medidas utilizadas al respecto y a razonar de modo específico que con las mismas se cumplió con los protocolos establecidos. En este sentido, no sólo no existe informe sobre el particular del Servicio de Traumatología que practicó la intervención, sino que el único dato disponible es la hoja de protocolo quirúrgico, de fecha 24 de julio de 2003 (folio 234 exp.), en la que simplemente se hace constar: *“DCL (se entiende, decúbito lateral) izquierdo. Incisión postlateral. Extracción de cabeza femoral. Limpieza de cavidad acetabular. Colocación PPC tipo Lafit: vástago nº 12, cuello corto, cabeza 45. Cierre por planos + redón.”*

No obstante todo lo anterior, las posibles dudas que pudieran plantearse en lo atinente a la praxis operatoria de que se trata desaparecen en lo que se refiere a la acreditada mala praxis que supone la inexistencia de consentimiento informado para dicha intervención, circunstancia ésta que, sin perjuicio de las circunstancias de cada caso, es generadora de

derecho a indemnización si, a resultas de la actuación médica en la que se omitió tal consentimiento, se produce un daño al paciente (SSTS, Sala 3º, de 1 de febrero y 21 de julio de 2008, por citar algunas recientes).

La falta de dicho consentimiento informado para la intervención de referencia es reconocida por la Inspección Médica, resultando además que la omisión del documento acreditativo de la prestación del consentimiento no resulta subsanada por otras informaciones médicas que pudieran existir al respecto en la historia clínica (pues no consta ningún dato al respecto), ni puede deducirse tampoco del hecho de que se obtuviera el consentimiento para la administración de la anestesia (STS, Sala 3º, de 10 de octubre de 2007). Antes al contrario, en el documento obtenido para ésta (folios 249 y 250 exp.) se hace constar una de las patologías previas de la paciente (el síndrome de “*cola de caballo*”), sin que ni siquiera en dicho documento se expresara el riesgo de una lesión como la del caso, que podía agravar las que ya padecía a consecuencia de sus patologías previas. Esta circunstancia, unida al hecho de que ya había sufrido una desafortunada complicación en su previa laminectomía, hacía aún más necesaria y exigente la obtención de su previo y adecuado consentimiento para la nueva intervención. Así pues, en cualquier caso, la omisión del consentimiento informado constituye aquí un supuesto de anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios que genera la obligación de indemnizar el daño causado.

II. Por lo que se refiere a la producción de un pie equino-varo (pie en extensión forzada por retracción del tendón de Aquiles, que se apoya en el suelo por los dedos y desviado hacia adentro), a la vista del expediente remitido no puede darse por acreditada la relación de causalidad entre dicha patología y la intervención de referencia. La reclamante funda tal relación en lo expresado en el informe de alta de 9 de octubre de 2003, del Servicio de Medicina Interna del hospital “*Morales Meseguer*” (a donde acudió el 2 anterior por fiebre y dolor en MMII), al señalar, entre otros juicios diagnósticos, el de “*fractura de cadera izquierda intervenida con pie equino por afectación neurológica secundaria*”.

Sin embargo, ello no resulta suficiente para tener por acreditada la indicada relación de causalidad, pues, a diferencia de lo señalado sobre la axonotmesis del nervio ciático, en este caso la Administración ofrece una explicación, en un principio plausible, sobre una posible etiología alternativa de esta dolencia, lo que implicaba la carga para la reclamante de desvirtuar dicho juicio mediante la oportuna prueba pericial independiente, que ni solicitó en el procedimiento administrativo ni consta que sobre tal extremo se haya pronunciado el perito declarante en el antes reseñado recurso contencioso-administrativo.

Así, en el informe de 14 de agosto de 2004 (Antecedente Tercero), el citado Servicio de Medicina Interna explica el sentido de lo expresado en su informe de alta, señalando que “*la frase donde pone “fractura de cadera izquierda intervenida con pie equino por afectación neurológica secundaria”, se refiere en primer lugar a que la discapacidad del pie es de causa neurológica y no muscular y en segundo lugar expresa una secuencia temporal de hechos, operación de cadera y pie equino, porque así lo expresaron en el interrogatorio, pero en ningún caso se podría aventurar que se trata de una relación causa-efecto, al no conocer de manera estricta la situación neurológica previa a la intervención de cadera y más aún sabiendo que la paciente era portadora de lumbociáticas izquierdas, con resonancias magnéticas donde se objetivaban hernias discales que pudieran ser responsables igualmente de dicho pie equino y que habían requerido ingresos en el HUVA previo a la cirugía de cadera*”.

Entre esas RMN destaca la realizada el 6 de marzo de 2003 (folio 267 exp.), a la que se refiere el informe de la Inspección Médica de 3 de marzo de 2005, que reproduce el resultado de dicha prueba (consignado a su vez en la transcripción parcial del referido informe efectuada en el Antecedente Cuarto, al que nos remitimos) y que, en síntesis, recogía los cambios postquirúrgicos de columna lumbar sufridos por la paciente, la espondilolistesis, polidiscopatía y protrusiones discales varias advertidas en tal fecha, anterior a la intervención de cadera, expresando la Inspección Médica que ello representaba “*en gran medida la evolución crónica de su enfermedad degenerativa*”, siendo “*difícil de deslindar*” qué parte de la sintomatología de la paciente correspondía a las intervenciones quirúrgicas y cuál a la progresión de su enfermedad.

Frente a ello, se advierte que el informe emitido por el facultativo a cargo de la reclamante no se refiere a dicha patología más que en el momento de su valoración, sin el menor esfuerzo argumentativo sobre su etiología. Y, como se dijo anteriormente, tampoco consta que se haya subsanado esa deficiencia probatoria en el seno del recurso contencioso-administrativo pendiente.

Todo lo anterior conduce, pues, a no poder considerar debidamente acreditada la necesaria relación de causalidad entre el daño de que se trata (pie equino-varo) y la intervención de cadera en cuestión, por lo que no es posible reconocer indemnización por aquél.

SEXTA.- La cuantía de la indemnización.

A la vista de lo expresado en la precedente Consideración, se estima procedente utilizar, de forma meramente analógica y orientativa, el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación, y fijar la cuantía indemnizatoria en el valor del agravamiento de la paresia en el MII que, a falta de otros razonamientos que no se han ofrecido por la Administración y de estudio sobre el estado de debilidad del MII de la paciente antes y después de la referida intervención, hay que considerar producido por la axonotmesis en el nervio ciático común izquierdo detectado tras aquélla.

A estos efectos indemnizatorios no debe partirse, como por contra pretende la reclamante, de la valoración establecida en el citado baremo para la parálisis del nervio ciático de que se trata, pues la EMG en la que basa su reclamación indica la existencia de una axonotmesis parcial severa de dicho nervio (implicando ya el concepto de axonotmesis una lesión parcial y no total de dicho nervio —en este último caso se habla de neurotmesis—). Por ello, ha de acudirse a la valoración que asigna dicho baremo a la paresia (parálisis incompleta) de dicho nervio (entre 12 y 18 puntos), debiendo partir del máximo (18), dado el carácter severo de la lesión. A esa puntuación ha de restarse la magnitud que se considere equivalente a la paresia que ya padecía la paciente antes de la intervención de fractura de cadera (pero posterior a la laminectomía, pues en la Consideración Cuarta se razonó que las secuelas de esta intervención no son indemnizables). Determinar tal magnitud resulta harto difícil no sólo por el carácter técnico de la cuestión, sino, incluso para expertos en la materia, dada la complicada situación que aquejaba ya en aquel momento a la paciente (con debilidad de 3/5 en MII, según el informe de alta de 6 de mayo de 2003, f. 73 exp.) y por no poder comparar su estado con demasiada precisión en uno y otro momento. Por ello, y en el trance de ofrecer una valoración al respecto, parece adecuado determinar el estado previo de paresia de la paciente en un 50% respecto de la situación posterior a la intervención de cadera, de forma que la mencionada puntuación debe minorarse en 9 puntos, dando como resultado 9 puntos, en los que se valora la secuela a indemnizar, y cuyo valor económico

será, para una persona mayor de 65 años, el de 497,963 euros, de acuerdo con lo establecido en la Resolución que fija las cuantías indemnizatorias para secuelas producidas en el año 2003, a las que se le aplica el baremo de referencia. Cantidad que deberá actualizarse en la resolución del procedimiento conforme con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

A la vista de las precedentes Consideraciones, procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No existe relación de causalidad adecuada, a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, entre las secuelas derivadas del síndrome de “cola de caballo” y el pie equino-varo, por los que se solicita indemnización, y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, por las razones expresadas en las Consideraciones Cuarta y Quinta del presente Dictamen, respectivamente. En estos aspectos, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación se informa favorablemente. No obstante, se estima conveniente que la referida propuesta se ajuste, al menos en síntesis, a lo expresado al respecto en dichas Consideraciones, así como a lo razonado en la Consideración Segunda del presente Dictamen sobre la temporaneidad de la acción resarcitoria.

SEGUNDA.- Existe relación de causalidad adecuada, a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, entre la axonotmesis parcial del nervio ciático común por la que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales, por las razones expresadas sobre este punto en la Consideración Quinta del presente Dictamen. La cuantía indemnizatoria que procede reconocer por tales daños será la expresada en la Consideración Sexta del Dictamen. En este aspecto, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación por tales daños, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 11/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, y --, S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 19/01/09

Extracto de Doctrina

Como señaló este Consejo Jurídico en sus Dictámenes 58/05, 89/07 y 85/08 sobre asuntos similares al presente, ha de coincidirse con la propuesta de resolución en que los daños producidos en el vehículo en cuestión son imputables al funcionamiento del servicio público educativo regional, en forma, bien de una deficiente conservación del tejado del centro educativo y de los árboles existentes en su recinto, bien a título de una responsabilidad meramente objetiva que, de modo especial para supuestos como el presente, viene

siendo reconocida por la jurisprudencia y este Consejo Jurídico, sin que en el caso se haya acreditado la única causa aquí potencialmente exoneradora de tal responsabilidad, la existencia de fuerza mayor.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2007, x., en su propio nombre, y x., en el de “-, S.A.,” formularon reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Educación y Cultura de esta Administración regional. En su escrito exponen que el día 8 de marzo de 2007 el vehículo marca BMW-320D, matrícula “—“, entonces de propiedad de x., se encontraba estacionado en la avenida “Daniel Ayala” de Archena, a las puertas del Instituto de Educación Secundaria “Vicente Medina”, y recibió el impacto de varios trozos de chapa provinientes del tejado de dicho centro educativo, así como de ramas de árboles ubicados en su recinto. Alegan que los daños que se ocasionaron al turismo fueron comprobados por la Policía Municipal de Archena, el Director del Instituto y, posteriormente, el perito de la citada compañía de seguros, con la que la primera tenía suscrita la correspondiente póliza; señalan que el informe pericial emitido por “-, S.L.,” a instancia de dicha compañía, evidencia que el vehículo sufrió daños en su parte trasera y en el maletero, con rotura de la luneta trasera, ascendiendo su importe a 1.093,89 euros.

A tal efecto se adjuntan diversos documentos para acreditar que 437,77 euros fueron abonados al correspondiente taller por parte de la citada compañía aseguradora, a virtud de las coberturas contratadas con la titular del vehículo en el momento del siniestro, siendo abonada por ésta la cantidad restante, 656,12 euros; cantidades que ahora reclaman, respectivamente, de la Administración regional. Así, entre otros documentos, se aporta el citado informe pericial, ficha del vehículo expedida por la Administración de Tráfico, póliza de seguro del vehículo vigente en la fecha de accidente, facturas del taller de reparación y documentación bancaria acreditativa del pago por la aseguradora de la cantidad de 437,77 euros, correspondientes a una de las facturas de reparación.

SEGUNDO.- Obra en el expediente un informe emitido el 20 de marzo de 2007 por el Director del citado Instituto en el que se expone que el día 8 anterior, “*debido al temporal de viento se levantó la cubierta metálica del edificio de la Av. Daniel Ayala, una placa metálica del mencionado tejado cayó en la parte trasera del vehículo BMV 320B, matrícula “—“, propiedad de x., rompiendo la luna trasera y el capó*”.

TERCERO.- El 9 de mayo de 2007, el Jefe de Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la citada Consejería informó sobre lo expresado por el Director del Instituto, señalando que “la inadecuada instalación o el estado de conservación de las placas del tejado está en la base justificativa del desprendimiento de una de ellas, durante el vendaval ocurrido el pasado día 8 de marzo”.

CUARTO.- Solicitado informe al Parque Móvil Regional, fue emitido el 25 de mayo de 2007, expresando que la cantidad reflejada en el informe pericial aportado “*se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de estos conceptos*”. En cuanto a la relación causa-efecto entre el accidente y los daños por los que se reclama, viene a señalar que para pronunciarse fundadamente al respecto habría sido preciso que por su parte se hubiera realizado una peritación de los daños previamente a su reparación, apuntando, no obstante, la verosimilitud de los mismos.

QUINTO.- Concedido trámite de audiencia y vista a los interesados, el 26 de febrero de 2008 presentaron conjuntamente un escrito en el que, en síntesis, se ratificaban en sus pretensiones.

SEXTO.- El 8 de abril de 2008 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar acreditada la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación, en rigor las reclamaciones, se han interpuesto, conjuntamente, en plazo y por quienes gozan de legitimación activa para ello, es decir, de un lado por la titular del vehículo dañado por la actuación administrativa a la que se imputa el daño, y de otro por la compañía aseguradora, esta última en lo que se refiere a los daños cuyo importe satisfito por cuenta de la primera, a virtud de la correspondiente póliza de seguro vigente en la fecha de producción del accidente de que se trata.

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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y su desarrollo reglamentario sobre la tramitación de esta clase de reclamaciones, sin perjuicio de lo que se dirá sobre la más completa instrucción, que hubiera sido deseable en lo relativo a la acreditación de los daños por los que se solicita indemnización.

TERCERA.- Relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos: existencia.

Como señaló este Consejo Jurídico en sus Dictámenes 58/05, 89/07 y 85/08 sobre asuntos similares al presente, ha de coincidir con la propuesta de resolución en que los daños producidos en el vehículo en cuestión son imputables al funcionamiento del servicio público educativo regional, en forma, bien de una deficiente conservación del tejado del centro educativo y de los árboles existentes en su recinto, bien a título de una responsa-

bilidad meramente objetiva que, de modo especial para supuestos como el presente, viene siendo reconocida por la jurisprudencia y este Consejo Jurídico, sin que en el caso se haya acreditado la única causa aquí potencialmente exoneradora de tal responsabilidad, la existencia de fuerza mayor.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

I. Habiendo informado favorablemente el Parque Móvil Regional sobre el importe de los daños reclamados, y que se consignan en el informe pericial aportado a estos efectos por los reclamantes, no hay reparo que formular en este extremo.

No obstante, por las razones expresadas por dicha unidad en el informe reseñado en el Antecedente Cuarto, hubiera sido conveniente completar la instrucción sobre las concretas características de los daños por los que se reclama, efectuando el oportuno requerimiento a la entidad de peritaje de la aseguradora para que remitiera copia de las fotografías que hubiera tomado de los daños sufridos en el vehículo (es sabido que es el proceder habitual de esta clase de entidades), lo que hubiera posibilitado que el referido Parque Móvil hubiera podido pronunciarse más fundadamente sobre los extremos a que se refiere en su informe.

II. Por otra parte, la propuesta de resolución deberá recoger lo expresado en el artículo 141.3 LPAC sobre la actualización de la cantidad indemnizatoria a reconocer finalmente.

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 presentada, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- No obstante, en lo que atañe a la cuantía indemnizatoria, dicha propuesta deberá ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta, II, del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 12/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 26/01/09****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 (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de diciembre de 2005, x., en representación de x., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por el funcionamiento de sus servicios sanitarios, concretamente de los pertenecientes al Hospital Santa María del Rossell de Cartagena. Relata lo sucedido del siguiente modo:

La paciente x. quedó ingresada en el Hospital Santa María del Rosell tras sufrir una caída el 10 de marzo de 2005, donde se le diagnosticó una fractura de codo derecho y de cabeza de fémur derecho, y se programó para intervenirla quirúrgicamente el 14 de marzo siguiente. Sin embargo, al presentar fiebre la paciente, la intervención se pospuso para el 23 de marzo; después de la misma, el 29 de marzo de 2005, presentaba inflamación de la pierna operada, apareciendo una infección de la herida quirúrgica, que sangraba y supuraba.

En los días siguientes tuvo escalofríos, aceleraciones y deceleraciones del pulso, picos de fiebre de 39.5° C, sudoración, náuseas y disnea, teniéndole que suministrar oxígeno para respirar. Se le diagnosticó un virus contagioso, siendo atendida por el Servicio de Medicina Interna donde se la aisló, sin que el Servicio de Traumatología visitara a partir de ese momento a la enferma para controlar su evolución tras la intervención, o si lo hacían permanecían en el umbral de la puerta.

La paciente empeoró progresivamente y el 4 de abril de 2005 se descarta el diagnóstico de virus y se informa a los familiares que presenta una infección en la herida quirúrgica en la pierna. El 13 de abril se le diagnostica de una endocarditis, pautándole un tratamiento que se suspendió a causa de una erupción en la piel.

El 21 de abril la enferma presentó un grave cuadro de fiebre alta, que no cedía con antitérmicos, con síntomas de escalofríos, vómitos y delirios, solicitando los familiares que la trasladaran a la UCI, negándose a ello los facultativos.

Finalmente, la paciente falleció el 22 de abril de 2005 en la UCI, donde había sido trasladada 10 minutos antes por el médico de guardia, debido a una endocarditis infecciosa e infección del material quirúrgico.

Se imputa a los servicios sanitarios públicos las siguientes actuaciones anómalas, de las que la reclamante infiere una relación de causalidad con el fallecimiento de la paciente:

1º) Error de diagnóstico.

Pese a que la paciente tuvo síntomas de escalofríos, aceleración y deceleraron del pulso, picos de fiebre, sudoración y náuseas durante los días 30 y 31 de marzo, no se le diagnosticó de endocarditis infecciosa hasta pasados quince días, cuando la sintomatología que presentaba hasta entonces era compatible con tal cuadro. Un diagnóstico certero y precoz de la enfermedad hubiera aumentado sus posibilidades de supervivencia y curación.

2º) Deficiencia en la asistencia sanitaria recibida.

El equipo de traumatología que la intervino no realizó un seguimiento adecuado durante el postoperatorio. La herida quirúrgica que presentaba estaba infectada y sangraba, y simplemente el equipo de Medicina Interna le hacía una cura diaria cuando pasaba a reconocerla, que no fueron todos los días que permaneció ingresada. Incide la reclamación en la actitud poco diligente de los facultativos y del personal médico que la atendía, sobre todo porque la infección de la herida quirúrgica se encuentra dentro de los riesgos que entrañaba la intervención y que, por ello, debía haber sido vigilada con extremo cuidado.

Insiste en que, a pesar de su grave estado, tampoco se le practicaron las pruebas diagnósticas precisas para detectar la enfermedad que padecía, tales como cultivos sanguíneos, VSG, CSC, ecocardiograma, rayos X del tórax, tomografía computerizada del tórax y AEO, que hubieran permitido detectar con anterioridad la grave infección que presentaba y pautar el tratamiento adecuado.

Finalmente, solicita el recibimiento a prueba, y pospone a una fase procedimental posterior la determinación de la cuantía indemnizatoria reclamada, al tiempo que insta la petición de la historia clínica de la paciente en los Centros Públicos donde se le atendió. También acompaña copia del poder de representación al letrado actuante, así como de los informes emitidos por los facultativos que la asistieron en el Hospital Universitario Santa María del Rosell de Cartagena.

SEGUNDO.- Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó resolución de admisión a trámite el 30 de enero de 2006, la cual fue notificada a las partes interesadas, entre ellas a la correduría de seguros para su traslado a la aseguradora del ente público.

Asimismo se solicitó por la instructora al Hospital Santa María del Rosell copia de la historia clínica de la paciente, e informes de los facultativos que la atendieron.

TERCERO.- Desde el Hospital Santa María del Rosell se remite copia de la historia clínica (folios 30 a 188), así como informe de los facultativos que la atendieron, entre los que se destacan los siguientes:

1. El informe del Servicio de Traumatología de 20 de mayo de 2005 (folio 36), en el que se hace constar respecto a la asistencia a la paciente:

“Paciente de 51 años con antecedentes de hidrocefalia y retraso mental connatal y epilepsia en tratamiento.

Ingresa en el Servicio de Traumatología el 10 de marzo de 2005, por traumatismo accidental, siendo diagnosticada de fractura pertrocantérea cadera derecha y luxación inestable codo derecho.

A los pocos días de su ingreso comienza con fiebre y diarrea, sin signos de focalidad. Los estudios de heces y hemocultivo son negativos, iniciándose tratamiento con amoxicilina clavulánico, precisa consulta con S. de Medicina Interna.

La paciente es intervenida el día 23-03-05, practicándosele osteosíntesis de la fractura de cadera con clavo gamma y reconstrucción de los ligamentos externos del codo y colocación de fijador externo.

En la evolución presenta una endocarditis, infección del material de síntesis de la cadera “clavo gamma”, embolismo pulmonar, sepsis grave y éxitus. “

2. El informe del Servicio de Medicina Intensiva (folio 37), que recoge los siguientes diagnósticos en relación con su fallecimiento:

- Diagnóstico principal: endocarditis infecciosa tricúspide por staphylococcus aureus metiliclin-resistente.
- Diagnósticos asociados:
 - Fractura accidental de cadera derecha.
 - Luxación inestable del codo derecho.
 - Infección de material quirúrgico polimicrobiana de cadera derecha.
 - Embolismos sépticos pulmonares.
 - Sepsis grave.
 - Hidrocefalia.
 - Retraso mental connatal.
 - Epilepsia.

Con posterioridad se aportó por el Hospital Santa María del Rosell el informe de los doctores x, y, (folios 191 a 195), de 5 de octubre de 2006, ambos pertenecientes al Servicio de Medicina Interna, que concluye en lo siguiente:

“Las enfermedades que la paciente padeció (endocarditis infecciosa por S. aureus MR e infección de la herida quirúrgica y del material de osteosíntesis de codo derecho por varios gérmenes) fueron lo suficientemente graves para desencadenar el fallecimiento de la misma. En ningún momento hubo error de diagnóstico dado que en el momento en que se tuvo una prueba objetiva que confirmara las enfermedades se prescribió tratamiento oportuno. Es más, en el caso de la endocarditis infecciosa por S. aureus MR, el tratamiento de elección para la misma ya se estaba administrando dado que coincide con el de la bacteriemia por este germen, diagnóstico que teníamos previamente al diagnóstico de la endocarditis. Y más aún, el tratamiento en ambos casos solo difiere en la duración del mismo, no habiéndose completado el mismo en ningún caso debido al fallecimiento de la paciente. Por otra parte, la infección de la herida quirúrgica de codo derecho fue tratada oportunamente con varios antibióticos guiados siempre por su sensibilidad testada en los antibiogramas realizados.

Como conclusión, podemos manifestar que en el cuidado hospitalario de esta paciente, en lo que compete obviamente a nuestra especialidad, no se cometió error diagnóstico alguno, habiéndose actuado siempre de acuerdo con los diagnósticos confirmados en cada momento, con diligencia y pericia clínicas incuestionables. El fatal desenlace de la paciente no fue motivado por la deficiente asistencia sanitaria recibida por x. como se indica en la reclamación, sino secundarias a complicaciones de las severas enfermedades que padecía y por las que estuvo siendo tratada durante al menos un mes”.

CUARTO.- Consta la admisión a trámite del recurso contencioso administrativo interpuesto por la interesada contra la desestimación presunta de la reclamación presentada (procedimiento ordinario 543/2006), así como la providencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia solicitando la remisión del expediente y el emplazamiento de los interesados (folios 197 y ss.)

QUINTO.- La Inspección Médica emite informe el 11 de enero de 2008, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1. X. ingresó el 10 de marzo de 2005, tras una caída fortuita que le produjo fractura petrocanterea de fémur y luxación de codo derecho, la intervención en un principio programada para el 14 de marzo de 2005, y después para el 17 de marzo de 2005, se llevó a cabo el 23 de marzo atendiendo a las circunstancias clínicas de la paciente.

2 El tratamiento antibiótico que se instauró el día 17 de marzo de 2005 fue una decisión razonable en base a que la paciente no tenía riesgo mayor de ser portadora del SARM, y sirvió para la profilaxis en la intervención, que se realizó el 23 de marzo previo consentimiento informado.

3. Consta en la Historia Clínica que la evolución de la paciente, mientras permanece en la planta de Traumatología, fue seguida en todo momento, tanto por el personal Médico del Servicio de Traumatología como del de Medicina Interna, y personal de enfermería. No puede alegarse a mi juicio, que se le dispensara al paciente una deficiente asistencia médica durante los días del postoperatorio.

4. Así puede constatarse que durante esos días se le solicitaron a la paciente múltiples pruebas complementarias y desde el hemocultivo positivo a SARM, se buscó la confirmación de la endocarditis siguiendo la pauta de las guías de práctica clínica.

5. El hemocultivo positivo por SARM determinó el inicio del tratamiento con vancomicina, que también es el tratamiento de elección para la endocarditis por SARM. El aislamiento clínico al que se sometió a la paciente está dentro de las medidas de control ante la aparición de infección y /o colonización por MRSA.

6. No hubo error de diagnóstico dado que en el momento en que se tuvo prueba objetiva que confirmara la enfermedad, se prescribió tratamiento oportuno.

7. Considero que no hay un nexo causal directo entre la actuación de los profesionales que se ajustó a criterios racionales en la práctica médica y la evolución y fallecimiento de la paciente, que se explican en el contexto de las severas infecciones que padecía y las complicaciones derivadas de las mismas”.

SEXTO.- Por la Compañía Aseguradora --, S.A. se aporta Dictamen emitido conjuntamente por su División Médica el 29 de abril de 2008, en el que se formulan las siguientes conclusiones:

“1. X. ingresó en el Hospital Santa María del Rosell por una fractura de cadera y luxación de hombro tras un accidente casual, decidiéndose con buen criterio el tratamiento quirúrgico de la misma.

2. Desde el momento del ingreso presenta fiebre que obliga a suspender la intervención inicialmente programada, ante la presencia de diarrea sin otros datos de focalidad infecciosa se decide de forma correcta tratamiento sintomático.

3. Ante la persistencia de la fiebre se solicita el concurso del Servicio de Medicina Interna, realizándose cultivos e iniciando antibioterapia empírica de amplio espectro siendo ésta una decisión acertada dada la comorbilidad de la paciente y la ausencia de foco identificable.

4. Ante la persistencia de la fiebre y tras nueva consulta con Medicina Interna se realiza suspensión de antibioterapia para obtención de nuevos cultivos, siendo esta una decisión acertada, realizándose nuevas pruebas complementarias para intentar filiar el foco de la fiebre.

5. Al comprobar la presencia de sintomatología urinaria y de un urocultivo con crecimiento de un germen, se opta por cubrir con antibioterapia este posible foco, siendo una vez más esta decisión acertada.

6. Ante la persistencia de la fiebre pese a estas medidas, dos semanas después del inicio de la misma, se solicita una ecografía. Esta ecografía no resulta concluyente por mala ventana ecocardiográfica recomendándose la realización de un ecocardiograma transesofágico.

7. El ecocardiograma transesofágico se retrasa unas dos semanas al encontrarse averiadas las sondas para la realización del mismo. Este es el único retraso que se podía considerar en nuestro criterio en el diagnóstico de la endocarditis presentada por la paciente, pues con anterioridad la falta de factores predisponentes, la ausencia de hallazgos clínicos, la presencia de clínica abdominal y urinaria y la negatividad y/o inespecificidad de los cultivos obtenidos, no permitían plantear la posibilidad diagnóstica de endocarditis con anterioridad a cuando se solicitó y realizó el ecocardiograma transtorácico.

8. Pese a ese retraso en la realización del ecocardiograma transesofágico, ese hecho entendemos que no ha tenido una influencia decisiva en lo que supone la evolución y el pronóstico de la paciente, pues se mantuvo a la enferma con antibioterapia que cubría al germen probablemente causante de dicha endocarditis (SAMR).

9. La endocarditis derecha como la que finalmente se le diagnosticó a esta paciente, supone una patología muy infrecuente y de diagnóstico muy difícil en pacientes no adictos a drogas por vía parental y sin otros factores predisponentes como es el caso que nos ocupa.

10. Ante la evolución tórpida de la paciente, y la aparición de fenómenos embólicos se planteó la posibilidad de cirugía, posibilidad que aparentemente fue rechazada por la familia.

11. La paciente falleció tras la aparición de un deterioro neurológico, desconociendo al no disponer de autopsia si el mismo obedeció a algún tipo de complicación intracraneal o a la propia evolución cardiorrespiratoria de la endocarditis de la paciente”.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta que presentara alegaciones la reclamante, pese a que su representante retiró una copia del expediente completo, tras lo cual se adopta propuesta de resolución desestimatoria el 24 de junio de 2008, al entender que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

OCTAVO.- Con fecha 18 de agosto de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

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

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.

Conforme al artículo 4.1 RRP, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia de oficio o por reclamación de los interesados. En el presente caso, si bien no se justifica documentalmente la condición de interesada de la reclamante (artículo 31 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), sus apellidos denotan la relación de parentesco con la fallecida (hermana presumiblemente), aunque se desconoce el grado de vinculación o convivencia entre ambas, en atención a sus antecedentes médicos (hidrocefalia, retraso mental connatal y epilepsia, e independiente para casi la totalidad de las actividades de la vida diaria); por ello habría sido conveniente que el órgano instructor hubiera solicitado la justificación de tal condición tras la presentación del escrito de reclamación (en la historia clínica se hace referencia a familiares de la paciente, sin mayor concreción), hoy carente de sentido tras la interposición del recurso contencioso administrativo por la reclamante contra la desestimación presunta. Además de la legitimación activa, dicho dato es relevante para la determinación del *quantum* indemnizatorio, en el caso de que se estimara la reclamación.

Respecto al plazo para su ejercicio, la acción de reclamación se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Procedimiento.

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, salvo en el plazo máximo para resolver, que ha rebasado ampliamente el previsto en el artículo en el artículo 13.3 RRP.

En otro orden de ideas, como indicamos en nuestro Dictamen 3/2008, 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 la reclamante (folios 199 y ss.), no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, siempre que no se haya dictado la correspondiente sentencia por parte del citado Tribunal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían 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 a este respecto, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestro Dictamen núm. 148/06.

CUARTA.- 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 siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

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

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

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

QUINTA.- Actuaciones que se imputan a la Administración sanitaria y concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

La reclamante imputa al funcionamiento del servicio público sanitario un error de diagnóstico, al no haberle detectado con anterioridad a la paciente un cuadro de endocarditis infecciosa pese a la sintomatología que presentaba, restando así sus posibilidades de supervivencia y/o curación. También reprocha a la asistencia sanitaria recibida la falta de un seguimiento adecuado en el postoperatorio por parte del equipo de traumatología, que concreta en la vigilancia de la herida de la intervención quirúrgica infectada, si bien afirma que dicha infección se encuentra entre los riesgos de la intervención practicada. Por último, señala que, ante los alarmantes síntomas que presentaba la paciente, no le realizaron de inmediato las pruebas diagnósticas tendentes a detectar la grave enfermedad que padecía.

Por el contrario, la propuesta de resolución concluye en relación con dichas imputaciones, a la vista de la historia clínica y de los informes médicos obrantes en el expediente, que cuando la paciente ingresó en el Hospital Santa María del Rosell presentaba una clínica por la que se le prescribió un tratamiento adecuado, interviniéndola quirúrgicamente en el momento en que se consideró conveniente, realizándose un seguimiento de su evolución durante el postoperatorio por los servicios de traumatología y medicina interna, practicándole las pruebas precisas que requirió para confirmar el diagnóstico de la enfermedad que padecía, siguiendo las pautas de la práctica clínica. Manifiesta que en ningún momento se produjo un error de diagnóstico, sino que cuando se tuvieron las pruebas objetivas que confirmaron la enfermedad se prescribió su tratamiento.

Ciertamente el Consejo Jurídico advierte, a la vista de las consideraciones médicas de la Inspección (folios 240 y ss.), que la parte reclamante no ha acreditado la relación de causalidad entre el daño alegado (fallecimiento de la paciente) y el funcionamiento del servicio público sanitario en las concretas imputaciones que formula (error de diagnóstico, falta de pruebas y seguimiento en el postoperatorio).

En este sentido el precitado informe de la Inspección Médica señala (folio 249) sobre la praxis médica seguida con la paciente y recogida en la historia clínica:

“El estado clínico de la paciente se revisó a diario, como se puede comprobar en las anotaciones de la historia:

- *Hojas de Ordenes de tratamiento de los días 10/03/05 al 01/04/05 y de los días 2/04/05 al 20/04/05.*
- *Hojas de evolución de los días 10/03/05-21/04/05.*
- *Hojas de Plan de cuidados.*

— *Hojas de valoración de enfermería.*

Vigilando la posible aparición de signos de insuficiencia cardiaca, alteraciones de ritmo o conducción cardiaca, fenómenos embolitos o clínica neurológica. La aparición de efectos tóxicos de los antibióticos, la persistencia de la fiebre, descartándose otras etiologías como la flebitis. Se realizaron ECG, analíticas, hemocultivos, urocultivos, serologías, coprocultivos, cultivos de exudados de la herida, Rx de tórax y abdomen, ecoabdomen, ecotranstorácica y ecotransesofágica.

En cuanto al aislamiento clínico al que se sometió a la paciente ya hemos expuesto que es necesario efectuar aislamiento en habitación individual y se mantendrá hasta que el paciente finalice el tratamiento y/o no se aísle MRSA en ninguna muestra.

Tras la intervención el día 23/03/05 la primera anotación de que sangra la herida de la cadera corresponde al día 31, tomando cultivo del exudado pudiéndose aislar en un principio el SARM y posteriormente pseudomona aeruginosa, enterobacter aerogenes y proteus mirabilis, por lo que fue necesaria la adición de nuevos antibióticos intravenosos contra estos gérmenes e incluso se valoró la retirada del material de osteosíntesis.

El empeoramiento de la paciente se produjo en las horas previas al ingreso en la UCI el día 22/04/05 cuando se produjo un fracaso multiorgánico secundario a deterioro del nivel de conciencia (que en todo momento mantuvo la paciente hasta ese momento)”.

No obstante lo anterior, cabe destacar que se han puesto de manifiesto por los informes médicos (Inspección Médica y peritos de la aseguradora) algunas actuaciones que denotarían un funcionamiento anómalo, si bien justificando que no han tenido incidencia en el resultado final, sin que la parte reclamante haya cuestionado tales consideraciones médicas, apreciándose un vacío probatorio sólo imputable a la parte reclamante, como se advierte en la Consideración Tercera. Entre ellas podemos citar:

1ª) El retraso en la realización de un ecocardiograma transesofágico a la paciente al estar la sonda averiada, una vez realizado un ecocardiograma para descartar la posibilidad de una endocarditis que no permitía una visualización correcta (folio 159). A este respecto, los informes médicos obrantes en el expediente no consideran que dicho retraso tuviera incidencia en la evolución del paciente, pues ya se había iniciado el tratamiento. Así, los facultativos de Medicina Interna del Hospital Santa María del Rosell señalan (folio 194) *“en el caso de la endocarditis infecciosa por S. aureus MR, el tratamiento de elección para la misma ya se estaba administrando dado que coincide con el de la bacteriemia por este germen, diagnóstico que se tenía previamente al diagnóstico de la endocarditis. Y aún más, el tratamiento en ambos casos solo difiere en la duración del mismo, no habiéndose completado el mismo, en ningún caso, debido al fallecimiento de la paciente. Por otro lado la infección de la herida quirúrgica de codo derecho fue tratada oportunamente con varios antibióticos guiados siempre por su sensibilidad testada en los antibiogramas realizados”.* De igual modo los peritos de la aseguradora afirman que este retraso no tuvo una influencia decisiva en el manejo y evolución del paciente, pues, pese a no disponer del ecocardiograma transesofágico, se pauta cobertura antibiótica con vancomicina que cubre al Staphylococcus aureus (folios 269).

Dichas consideraciones médicas sobre el retraso de la realización de la prueba específica señalada, que concluyen en la inexistencia de una pérdida de oportunidad, no ha sido discutida por la parte reclamante.

2ª) La justificación de la intervención quirúrgica del 23 de marzo de 2005, pese a la recomendación del internista (folio 131), en atención a las circunstancias clínicas del paciente, no se ha considerado por la Inspección Médica como inadecuada *praxis* médica (folios 245 y 250).

Tampoco se discute esta valoración médica por la parte reclamante.

3ª) Del mismo modo no se cuestiona por la parte reclamante el origen de la infección en la herida quirúrgica, ni el incumplimiento de los derechos de información (no consta el reverso de la hoja de consentimiento informado correspondiente a la intervención de osteosíntesis de fracturas articulares), reconociéndose en el escrito de reclamación que la infección de la herida quirúrgica se encuentra entre los riesgos que entraña la intervención (folio 7).

En consecuencia, cabe destacar la falta de actividad probatoria de la interesada, en tanto los informes médicos de la sanidad pública no han sido cuestionados en el trámite de audiencia otorgado, en el que no ha comparecido para presentar alegaciones, aunque sí para retirar la documentación integrante del expediente. La falta de prueba de la incidencia de determinadas actuaciones en el curso de la asistencia sanitaria dada a la paciente, no permite tener por acreditado el nexo causal en el presente procedimiento de responsabilidad, aun cuando el Consejo Jurídico haya detectado ciertas disfuncionalidades del servicio público sanitario que la reclamante no relaciona con el daño que se alega; ésta ni tan siquiera ha cuestionado los pareceres médicos realizados por los facultativos de la Administración regional, lo que hubiera permitido poder aplicar la inversión de la carga de la prueba en el caso de la infección de la herida, o el principio de facilidad probatoria que permita matizar la distribución de la carga de la prueba (artículo 217.1 LEC), que atribuye a la parte reclamante la carga de acreditar cuantas circunstancias determinen la existencia de su derecho.

Con independencia de lo expuesto, la falta de concreción de la cuantía indemnizatoria reclamada a lo largo del procedimiento, como exige el artículo 139.2 LPAC, aboca necesariamente a la desestimación de la presente reclamación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado (el fallecimiento del paciente).

SEGUNDA.-No se concreta la cuantía indemnizatoria reclamada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 13/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 26/01/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 14/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 26/01/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4

DICTAMEN 15/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 26/01/09

Extracto de Doctrina

1. La existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración 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 su enfermedad y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una indebida denegación de asistencia o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada.

2. Para apreciar la existencia de daños morales indemnizables, que los mismos produzcan una afectación moral indudable, cuyo alcance no es fácilmente determinable, pues

influyen muchas circunstancias de índole subjetivo que pueden llevar a un grado mayor o menor de afectación. En el presente supuesto, partimos de que la precipitada alta hospitalaria generó un daño moral, derivado de la incertidumbre y zozobra que produjo a la paciente su situación clínica de acuerdo con lo expresado en la consideración anterior; así como, también, la necesidad de someterse a una segunda intervención para ampliar la citorreducción.

Su cuantificación ha de hacerse mediante presupuestos genéricos, al no existir, a diferencia de los daños personales, lesiones o secuelas, baremos a los que seguir, al menos como referencia.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de julio de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional en solicitud del reintegro de los gastos médicos generados por la asistencia que la reclamante ha debido recibir en la sanidad privada como consecuencia de error de diagnóstico imputable a facultativos del Servicio Murciano de Salud.

Según la reclamante, el 3 de junio de 2004, durante el seguimiento de su embarazo, se le detectó un quiste (formación quística multiloculada) en el ovario derecho, por lo que el 24 de junio, con 38 semanas de gestación, es remitida al Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, de Murcia (HUVA), donde se le provoca el parto y se le da el alta el 28 de junio.

En el informe clínico de alta se prescribe revisión y control ecográfico en dos meses, siendo citada para el día 16 de septiembre.

A los diez días del alta, el 8 de julio, la reclamante acude al Servicio de Urgencias del Hospital por un aumento anormal del abdomen, siéndole realizada una ecografía que detectó una *“tumoración quística gigante, tabicada, de contenido líquido denso, no vascularizada, que arranca desde Douglas hasta el reborde hepático”*.

El 13 de julio es intervenida, practicándosele una laparotomía, con anexectomía derecha y ooforectomía en ovario izquierdo, fimbriectomía bilateral y ligadura tubárica bilateral, apendicectomía y omentectomía. En biopsia intraoperatoria se determina la benignidad de la tumoración.

El informe definitivo de la biopsia, de 20 de julio, sin embargo, arroja el siguiente diagnóstico:

— Cistoadenocarcinoma mucosoide de bajo grado a nivel apendicular ovárico, con infiltración peritoneal.

— Carcinoide apendicular.

El 23 de agosto se le realiza TAC de abdomen con el siguiente diagnóstico: *“ascitis de distribución atípica (mucinoso-maligna), implantaciones peritoneales, engrosamiento omental, y posible masa quística ovárica, todo ello en relación con carcinomatosis peritoneal cuya causa más probable es una neoplasia ovárica”*.

El 9 de septiembre, el Servicio de Oncohematología del Hospital “Morales Meseguer” de Murcia, emite informe clínico con diagnóstico coincidente con el informe de la biopsia, añadiendo ahora *“citorreducción subóptima”*.

Con fecha 28 de septiembre la reclamante ingresa en la Clínica Universitaria de Navarra, donde al día siguiente es intervenida para práctica de *“laparotomía media supra e infraumbilical sobre cicatriz de anterior intervención, histerectomía total y anexectomía izquierda. Citorreducción subóptima”*.

El 7 de octubre inicia tratamiento quimioterápico, obteniendo el alta el 18 de febrero de 2005.

El fundamento de la reclamación lo constituye el incumplimiento por parte de la Administración sanitaria de su obligación de medios para con la paciente, en la medida en que ha escatimado la aplicación de recursos que eran posibles y necesarios para el restablecimiento de la salud de aquélla. Considera la reclamante que concurren en el supuesto todos los requisitos que el artículo 5.3 del hoy derogado Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, por el que, al tiempo de la reclamación, se regulaba la ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, exigía para el reintegro de los gastos habidos como consecuencia de verse obligado el paciente a acudir a la sanidad privada en casos de urgencia vital, cuando no se hubieran podido utilizar los servicios del Sistema Nacional de Salud y no constituyera una utilización abusiva de esta posibilidad.

Para la reclamante, se produjo un error de diagnóstico toda vez que, conociendo la existencia de la tumoración, se dejó transcurrir más de un mes entre el parto y la intervención, lo que es excesivo atendida la naturaleza de la enfermedad. De donde infiere que no se detectó la verdadera naturaleza oncológica de la tumoración, pues de lo contrario habría sido intervenida rápidamente. Además, cuando por fin se advierte dicha naturaleza, las tumoraciones se han extendido, lo que hace nacer una evidente urgencia vital, que la lleva a acudir a la medicina privada.

En consecuencia, reclama que la Administración le reintegre todos los gastos ocasionados por la atención recibida en la Clínica Universitaria de Navarra, que ascienden a 32.268,94 euros, más los desplazamientos correspondientes al tratamiento y revisiones periódicas, por importe de 4.877,28 euros, más 30.000 euros en concepto de daños morales, para una pretensión indemnizatoria total de 67.146,22 euros.

Aporta junto a su solicitud los siguientes documentos: a) escritura de poder general para pleitos otorgada a favor de la Letrada que presenta la reclamación en su nombre; b) documentación clínica, acreditativa del proceso de su enfermedad y de la asistencia recibida, tanto en la sanidad pública como en la privada; c) informes médicos elaborados por facultativos de la Clínica Universitaria de Navarra; y d) facturas acreditativas de los gastos sanitarios y de los desplazamientos realizados entre Murcia y Pamplona.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a

comunicar la reclamación a la Correduría de Seguros, al Director General de Asistencia Sanitaria y a los Hospitales HUVA, “Morales Meseguer” y “Clínica Universitaria de Navarra”, requiriendo de estos últimos centros la remisión de la historia clínica de la paciente, así como informe de los profesionales que la atendieron.

TERCERO.- La documentación remitida por el HUVA incorpora el informe realizado por el Dr. x., Jefe de Departamento de Obstetricia y Ginecología (folios 153 a 155):

1º) El 3 de junio de 2004 es diagnosticada de una tumoración ovárica aparentemente benigna, estando gestante de 35 semanas. En este momento se decide esperar algunos días para acabar la gestación con un feto más maduro. No hay sospecha de malignidad.

2º) El 24 de junio de 2004 se le induce el parto y es dada de alta a los 2 días.

3º) A los 12 días reingresa y el 13 de julio es intervenida quirúrgicamente conjuntamente por un ginecólogo (Dr. x.) y un Cirujano General (Dr. x.). Se aprecia una tumoración procedente de ovario derecho que llega a la parrilla costal y una tumoración en ovario izquierdo de 3 cm., ambas de contenido mucoide. Asimismo se practica omentectomía, apendicectomía y citorreducción del material mucoide que llena la cavidad peritoneal, siendo imposible eliminarlo completamente (citorreducción incompleta). Se envía para estudio intraoperatorio a Anatomía Patológica que informa de benignidad, Cistoadenoma Mucinoso. Dado este informe, se conserva el útero y el resto del ovario izquierdo, una vez extirpada la tumoración, con el fin de mantener la fertilidad, dada la edad de la paciente (35 años).

4º) Con posterioridad, el informe definitivo de Anatomía Patológica informa de tumoración de bajo grado de malignidad (“Borderline”) ovárica y peritoneal, así como carcinoide apendicular (20 de julio). Hay que señalar que un tumor de bajo grado de malignidad no es estrictamente un cáncer. En el caso que tratamos (pseudo mixoma peritoneal) se trata de un tumor generalmente de origen apendicular con afectación ovárica secundaria que es casi imposible de extirpar totalmente, que recidiva prácticamente siempre, localmente. El útero no suele estar afectado.

5º) El 4 de agosto de 2004 vuelve a la consulta de Ginecología Oncológica y, a la vista del informe definitivo de Anatomía Patológica, es remitida al Servicio de Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, donde es estudiada de nuevo observando con un TAC que en el abdomen hay ascitis mucinosa y nueva tumoración ovárica compatible con recidiva del tumor. A primeros de septiembre, tras el estudio de la paciente los oncólogos del Hospital Morales indican una nueva laparotomía para intentar, si es posible, una nueva citorreducción que precedería al posterior empleo de quimioterapia.

6º) A partir de entonces la paciente y sus familiares deciden acudir a la Clínica Universitaria de Navarra, donde le practican una nueva citorreducción que, como cabe esperar en estos casos, es incompleta, iniciando a continuación los tratamientos quimioterápicos.

CONCLUSIONES:

1ª. En ningún momento ha habido demoras en los diagnósticos y tratamientos de la enfermedad tal como puede verse en la secuencia de los hechos.

2ª. La actitud conservadora del ovario izquierdo y del útero, durante la operación, está perfectamente justificada dado el informe de benignidad intraoperatorio y la edad de la mujer.

3ª. En la primera intervención se intentó la citorreducción de las masas mucoides peritoneales por parte del cirujano y, como es habitual en los pseudo mixomas peritoneales, no fue posible.

4ª. La enferma fue remitida a Oncología Médica en un plazo más o menos de dos semanas.

5ª. *Ante el diagnóstico de recidiva se indicó un intento de citorreducción secundaria y posterior quimioterapia que es exactamente lo mismo que le realizaron en Pamplona, y que dicha citorreducción fue también incompleta (por obvias dificultades técnicas).*

6ª.- *Ante todo lo visto, consideramos que el tratamiento recibido en Murcia ha sido totalmente correcto. El deseo de acudir a la Clínica Universitaria de Navarra ha sido totalmente voluntario por parte de la paciente, donde, por otro lado, no le han practicado ningún tratamiento diferente al que se le habría practicado en Murcia”.*

CUARTO.- Se recibe igualmente la documentación requerida a la Clínica Universitaria de Navarra (informes médicos relativos a la intervención y al posterior tratamiento quimioterápico) y al Hospital Morales Meseguer.

La Dra. x., especialista en Oncología Médica en el Hospital Morales Meseguer, informa como sigue:

“Con fecha 18-8-2005 (se trata de un error, debe decir 2004) atendí por primera vez en la Consulta de Oncología a la paciente x., remitida a nuestro Servicio desde el S.º de Ginecología del Hospital Virgen de la Arrixaca, con diagnóstico de “carcinoma mucinoso de bajo grado con carcinomatosis peritoneal”, según el parte de interconsulta que aportaba la paciente. Tras realizar la anamnesis y exploración clínica, solicité el estudio de extensión que consideré pertinente (analítica y marcadores tumorales, TAC abdominal y pélvico, mamografía, radiografía de tórax), así como los informes detallados de la intervención realizada en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

Una semana después, el 25-8-2005 (sic, 2004), la paciente fue vista de nuevo en mi consulta con el resultado de las exploraciones y de los informes, todo lo cual confirmó la impresión diagnóstica de “cistoadenocarcinoma mucinoso de bajo grado de origen apendicular u ovárico, con afectación peritoneal, + tumor carcinoide de apéndice”, como consta en mi informe de fecha 9-9-2004. Tras explicar a la paciente las dudas diagnósticas, la persistencia de enfermedad tumoral tras la cirugía y la escasa quimiosensibilidad de los tumores de bajo grado histológico, planteé la posibilidad de realizar un abordaje quirúrgico agresivo con peritonectomía y administración de quimioterapia intraperitoneal precoz post-cirugía. Este tratamiento está ofreciendo aceptables resultados en situaciones similares a ésta, que tienen escasas posibilidades de curación, con los tratamientos considerados estándar. Tras comentar el caso con el S.º de Cirugía, se citó a la paciente el día 10-9-2005 (sic, 2004) en la consulta de Cirugía, para valoración de las posibilidades quirúrgicas en nuestro centro, que no tiene mucha experiencia en este tipo de tratamiento. La paciente no acudió a esta cita, pues al comunicársela nos dijo que deseaba consultar su caso en otro centro, para lo cual solicitaba un informe detallado y copias de las exploraciones realizadas, todo lo cual se le facilitó. Posteriormente la paciente no ha vuelto a acudir a nuestra consulta”.

QUINTO.- Con fecha 15 de noviembre de 2005, se solicita a la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación, siendo emitido el 22 de junio de 2007 con las siguientes conclusiones:

“1º.- El diagnóstico de una masa anexial en el embarazo da lugar a una serie de problemas tanto de diagnóstico como de tratamiento, que hacen que todavía sea un motivo de discusión en la bibliografía la conducta a seguir. Esto unido a las características ecográficas de la misma, que no permitieron establecer de forma clara el criterio de ma-

lignidad llevó a tomar la decisión de mantener el tratamiento conservador hasta asegurar la madurez fetal.

2º.- Existió un alta precipitada tras el parto (el 28/06/04), en una paciente con una masa en anexo derecho de 20 cm, con exploración ecográfica no concluyente respecto a las características de benignidad-malignidad. En este momento debería haberse continuado el estudio mediante los medios que no pudieron ser empleados durante el embarazo (TAC, punción...) para llegar a un diagnóstico más preciso y no citarla para revisión en Septiembre (dos meses y medio después). No debemos olvidar que esta tumoración era ya conocida varios meses antes y se había demorado su diagnóstico y tratamiento para intentar llevar a término con éxito el embarazo. Aunque la paciente ingresó doce días después y fue intervenida, esta intervención podría haberse hecho de forma más reglada si ya se tenía un diagnóstico preoperatorio, con una citorreducción mayor (incluyendo ovario izquierdo y útero) y un inicio de la administración de quimioterapia más precoz.

3º.- Tras valoración oncológica, el tratamiento prescrito fue el correcto y fue decisión personal de la paciente irse a una clínica privada, donde le realizaron un tratamiento similar al propuesto y la atención no fue más precoz que la que estaba programada en el servicio público”.

SEXTO.- El 17 de octubre de 2007 se solicita valoración a la división médica de la correduría de seguros, que manifiesta:

“Aunque es cierto que no se debió remitir a revisión dos meses después del primer diagnóstico, la demora en los diagnósticos y tratamientos de la enfermedad tal es de 10 días ya que la paciente ingresa por aumento del volumen abdominal el 8/7/04.

La actitud conservadora del ovario izquierdo y del útero durante la operación, está justificada dado el informe de benignidad intraoperatorio y la edad de la mujer.

Concluimos, por lo tanto, en que aunque es cierto que hubo un primer error en citar a la paciente dos meses después, esto fue corregido al acudir la paciente 10 días después a urgencias, quedando ingresada y siendo tratada correctamente.

Estos diez días no justifican una peor evolución del cuadro, ya que incluso la diseminación peritoneal pudo ocurrir durante la primera intervención”.

Para la valoración del daño tiene en cuenta los diez días como días de hospitalización proponiendo como cantidad a indemnizar la de 563,84 euros.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a la Compañía de Seguros del SMS y a la reclamante, sólo ésta presenta escrito de alegaciones para manifestar, en síntesis:

— Que debió ser ingresada antes del 24 de junio de 2004, pues los quistes se le detectaron al inicio del embarazo, en el primer trimestre, y no como señala la Inspección Médica en el segundo trimestre.

— Que es la reclamante la que toma la iniciativa y se realiza una ecografía en una consulta privada el 13 de febrero de 2004, que confirma que tiene OD (ovario derecho) quístico 62x55 y OI (ovario izquierdo) quístico 95x65.

— El 2 de marzo de 2004 se realiza otra ecografía privada que comprueba que el quiste del ovario izquierdo mide 100x60.

— En ecografía pública de 1 de abril de 2004 se ratifica que el quiste del ovario izquierdo tiene 10 cm. y se pregunta por qué no se extirpó en ese momento o se realizó una vigilancia constante.

— El 2 de abril de 2004 se le realizó un eco-doppler que ratifica el tamaño del quiste. La reclamante se pregunta por qué no le informaron de nada anormal. El 3 de junio se le hace otra ecografía, que muestra que el quiste ya medía 20 cm. y, aun así, no se la remite a ningún centro médico hasta el 24 de junio, fecha en que se realiza inducción al parto, pero no se aprovecha para quitar los quistes, y además se le da el alta con cita para revisión dos meses y medio después. Para la reclamante éste alta constituye una “negligencia con graves consecuencias”.

— La reclamante indica que sí acudió a la cita del 10 de septiembre de 2004 en el Hospital Morales Meseguer, pero que en ella la Dra. x. y el Dr. x. le explicaron las posibilidades quirúrgicas y la poca experiencia en este tipo de cirugía, y la pusieron en lista de espera quirúrgica. Ante esto, la reclamante decide pedir una segunda opinión en la Clínica de Navarra, donde finalmente es operada el 29 de septiembre 2004. Es después de esta fecha cuando se le llama para ser intervenida en la sanidad pública. No consta la fecha en que estaba programada la cirugía.

— Manifiesta también que el Servicio Murciano de Salud, en marzo de 2005 y enero de 2006, le ha abonado los gastos (140.000 euros (sic) realizados en la Clínica San José de Vitoria, a donde fue remitida por la Clínica Universitaria de Navarra para continuar el tratamiento de su enfermedad, mediante citorreducción y quimioterapia intraperitoneal intraoperatoria con hipertermia y revisiones médicas.

— Termina proponiendo un acuerdo indemnizatorio por valor de 67.146,22 euros, afirmando que, de no aceptarse, se reclamarían también los intereses legales de dicha cantidad.

OCTAVO.- Solicitada información a la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones sobre los procedimientos de reintegros de gastos iniciados por la reclamante, el Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones remite la documentación requerida, según la cual únicamente se habría reintegrado a la interesada el importe de dos desplazamientos a Vitoria, correspondientes a la primera reintervención realizada en la Clínica San José de dicha ciudad el 11 de marzo de 2005 y al “second look” realizado en febrero de 2006. Asimismo, se habría hecho cargo el SMS de los gastos médicos generados por la indicada revisión quirúrgica de febrero de 2006, por importe de 14.226,04 euros, no constando en el expediente remitido al Consejo Jurídico que se abonaran también los correspondientes a la operación y posterior tratamiento quimioterápico de marzo de 2005.

Esta documentación fue comunicada a la compañía de seguros en nuevo trámite de audiencia, sin que hiciera uso del mismo, al no presentar alegaciones.

NOVENO.- Con fecha 25 de septiembre de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación, al considerar que existió un indebido retraso en la cita para ser revisada tras el alta posterior al parto, a consecuencia del cual sufrió un daño que se concreta en diez días de retraso en su asistencia, proponiendo el abono de una indemnización de 563,84 euros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 7 de octubre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, 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 Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al versar sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La reclamación 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), toda vez que a la fecha de aquélla (29 de julio de 2005) la enfermedad de la reclamante continuaba su proceso, sin que pudiera considerarse estabilizada o superada ni las consecuencias imputadas a la asistencia sanitaria consolidadas.

2. La reclamación ha sido interpuesta por la misma paciente que sufre en su persona el daño imputado a la asistencia sanitaria, lo que le confiere legitimación activa para solicitar su resarcimiento, de conformidad con el artículo 139.1 en relación con el 31.1, ambos de la LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del Servicio Murciano de Salud, en su condición de titular del servicio público sanitario a cuyo anormal funcionamiento se pretenden conectar causalmente los daños alegados por la interesada.

3. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido se ajustan sustancialmente a lo establecido 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 de las Administraciones Públicas, si bien con exceso sobre el plazo máximo de resolución allí establecido, motivado fundamentalmente por los 20 meses empleados por la Inspección Médica para emitir su informe.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

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

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

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico; y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, y así se prueba en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos, normalmente, serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos: omisión de medios y error de diagnóstico.

Considera la interesada que la Administración no utilizó todos los medios y recursos que eran posibles y de los que disponía para el restablecimiento de su salud, incurriendo en un error de diagnóstico. Para la reclamante, el hecho de que le fuera detectada la tumoración en el primer mes de embarazo y no fuera intervenida para su extirpación hasta haber transcurrido más de un mes desde el alumbramiento de su hijo, es demostrativo de que no se detectó la verdadera naturaleza, gravedad y trascendencia de la enfermedad padecida (cáncer), pues de lo contrario se le habría operado de forma inmediata, toda vez que la rapidez en la detección y tratamiento de estas patologías son vitales para su curación y la supervivencia del paciente. Cuando por fin se diagnostica el cáncer las tumoraciones ya se han extendido, por lo que existe una urgencia vital que le lleva a acudir a la medicina privada.

A la luz de tales argumentos, la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano diagnóstico de la enfermedad, si los facultativos valoraron adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración. Del mismo modo, será necesario determinar si el tratamiento instaurado en la sanidad pública para la superación de la enfermedad de la paciente fue adecuado a normopraxis o no, aplicando o proponiendo la utilización de todos los medios disponibles y en el momento oportuno, pues según las alegaciones efectuadas por la reclamante con ocasión del trámite de audiencia, se habría producido un retraso injustificado en la asistencia sanitaria.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida

a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados, de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas y de un tratamiento no ajustado a los dictados de la ciencia médica, cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”, como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar. Para ello resulta esencial acudir a los informes médicos obrantes en el expediente, pues sólo los profesionales de la medicina pueden hacer un juicio crítico relevante, a la luz de sus dictados, de la atención sanitaria prestada.

La reclamante omite unir al procedimiento informes médicos que avalen sus alegaciones e imputaciones, lo que reduce los elementos de juicio técnicos disponibles a los informes emitidos por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUVA (folios 153 y ss del expediente), por la Oncóloga que trató a la paciente en el Hospital Morales Meseguer (folio 179) y, singularmente, por la Inspección Médica, cuya trascendencia en la instrucción de los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la asistencia sanitaria ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por nuestra doctrina consultiva, en la medida en que realiza un juicio crítico de la global atención dispensada, según el prisma de la *lex artis*, e inspirado por un especial deber de objetividad e imparcialidad en sus apreciaciones.

Para determinar si existió infracción de la *lex artis* durante todo el proceso asistencial de la reclamante, lo dividiremos en tres períodos diferenciados, en la medida en que el establecimiento del momento en que se produce una actuación contraria a normopraxis permite delimitar con algo más de precisión qué daños pueden ser imputados a ella y cuáles no.

1. El control gestacional y la detección de las masas anexiales.

a) El diagnóstico de la malignidad del tumor.

Si bien la reclamante en su escrito inicial comienza el relato fáctico con una referencia a una ecografía realizada el 3 de junio de 2004, ya en el tercer trimestre de embarazo, lo cierto es que la historia clínica muestra cómo ya se detectaron masas anexiales en los ovarios de la reclamante con anterioridad, tal y como detalla en sus alegaciones, vertidas con ocasión del trámite de audiencia.

En efecto, en ecografía realizada el 30 de diciembre de 2003 (12 semanas de gestación) se le detectan dos quistes en ovario izquierdo compatibles con folículos por hiperestimulación ovárica (se trata de una gestación conseguida tras inducción a la ovulación). Posteriormente, el 13 de febrero de 2004, en ecografía realizada a iniciativa de la hoy reclamante, se detecta otra masa en ovario derecho.

El 1 de abril, el quiste del ovario derecho ya mide 10 centímetros y presenta una formación sólida en su interior, realizándose eco-doppler. Según la Inspección Médica, tras el estudio de las características ecográficas de esta masa, atendido su gran tamaño y la existencia de material sólido en su interior, no puede afirmarse que sea benigna, pero tampoco cumple criterios de malignidad, pues carece de tractos o tabiques gruesos, no está vascularizada, el doppler no muestra captación de color y el índice de resistencia (IR) está en el límite. El informe correspondiente a la eco-doppler señala la limitación de esta prueba diagnóstica atendida la circunstancia del tratamiento de estimulación ovárica a que se sometió la paciente para quedar embarazada.

Para la Inspección, en esta situación no puede establecerse de forma clara la malignidad del tumor, máxime porque se trata de uno de tipo mucinoso, de baja malignidad, que son difícilmente diagnosticables mediante ecografía por su escasa expresividad. Además, cabría añadir que cuando se interviene a la paciente, el estudio anatomopatológico intraoperatorio del tumor informa de benignidad (cistoadenoma mucinoso), siendo únicamente el informe histológico definitivo el que alcanza el diagnóstico de malignidad, aunque baja, de la tumoración.

En consecuencia, la ausencia de datos o signos concluyentes de malignidad en los estudios ecográficos previos a la intervención determinan que no pueda entenderse acreditado que, durante la gestación, se cometiera un error de diagnóstico del tumor.

b) La conducta terapéutica seguida ante la presencia de las masas anexiales.

La Inspección comienza su análisis con la siguiente afirmación: *“la conducta clínica ante las masas anexiales en el embarazo todavía está sujeta a controversias”*, lo que evidencia una ausencia de protocolos de actuación claros y unívocos. Para la mayoría de los autores consultados por la Inspectora informante existe indicación de abordar quirúrgicamente los tumores si son mayores de 5-6 centímetros, presentan componentes sólidos, son bilaterales y persisten después de la semana 14. Todos estos criterios se reunían en la paciente. No obstante, el mismo informe afirma que hay autores que sugieren vigilancia conservadora y sigue insistiéndose en la necesidad de estudios clínicos más exhaustivos que ayuden a protocolizar la actitud a seguir.

Por ello, la Inspección no califica como conducta contraria a normopraxis la decisión de los ginecólogos de no extirpar de forma inmediata el tumor. Antes bien, afirma que las condiciones clínicas de cada caso son las que deben orientar la decisión terapéutica y que, adoptada por el médico responsable, son difícilmente evaluables con posterioridad cuando se dispone de datos de los que carecía el profesional que hubo de decidir la actuación a seguir.

En este sentido, el informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUCA afirma que, tras la ecografía de 3 de junio de 2004, que desvela una tumoración aparentemente benigna, se decide esperar algunos días para acabar la gestación con un feto más maduro. Al valorar esta actuación, la Inspección señala que *“aunque se podía haber indicado la exploración quirúrgica, a pesar del embarazo y los consiguientes riesgos sobreañadidos por el mismo, al no tener datos concluyentes de malignidad se decidió actitud conservadora hasta asegurar la viabilidad del embrión”*.

La valoración de la Inspección, que no recrimina dicha decisión, parece indicar que existían dos alternativas terapéuticas, ambas posibles y amparadas por la práctica médica, de forma que la elección de una de ellas no puede considerarse como contraria a normopraxis, ni siquiera cuando datos conocidos con posterioridad, desconocidos por el facultativo al momento de decidir, pudieran apuntar que la mejor opción habría sido la desechada.

2. El alta hospitalaria.

Dice la Inspección de forma categórica que *“no está justificado dar el alta y citar 75 días después para control a una paciente con una masa anexial de 20 cm. sin diagnóstico definitivo, con las características ecográficas ambiguas ya definidas y las dudas que planteó durante el embarazo”*. Tampoco ofrece justificación alguna de dicha alta el informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUCA (folio 153 y ss del expediente), ni el propio informe de alta.

Considera la Inspección que, una vez producido el parto, debió continuarse el estudio de la tumoración con medios que no pudieron ser empleados durante el embarazo, para llegar a un diagnóstico más preciso y pautar el tratamiento adecuado, que se habían demorado para llevar a término con éxito el embarazo.

De haberlo hecho así, podría habersele operado de forma más reglada, con un diagnóstico preoperatorio, que habría indicado una mayor citorreducción, con extirpación también de ovario izquierdo y útero, y se habría iniciado la administración de quimioterapia de forma más precoz.

Por tanto, el alta hospitalaria tras el parto fue precipitada y, en consecuencia, contraria a la *lex artis*.

3. Valoración y propuesta de tratamiento por el Servicio de Oncohematología del Hospital Morales Meseguer.

Para la reclamante, la atención dispensada en este Servicio habría sido determinante de su decisión de acudir a la sanidad privada para ser intervenida. En sus alegaciones señala que, junto a las dudas diagnósticas anteriores, la cirugía no resolutive del 13 de julio, la tardanza en obtener los resultados de la biopsia y en ser vista por Oncología, fueron las escasas posibilidades de curación que este servicio le comunica, la confesa falta de experiencia de los médicos en la cirugía y el tratamiento propuestos y la circunstancia de quedar en lista de espera, las que le movieron a consultar con otro centro.

Frente a dichas alegaciones, la Oncóloga que trató a la reclamante afirma (informe obrante al folio 179 del expediente) que *“tras explicar a la paciente las dudas diagnósticas, la persistencia de enfermedad tumoral tras la cirugía y la escasa quimiosensibilidad de los tumores de bajo grado histológico, planteé la posibilidad de realizar un abordaje quirúrgico agresivo con peritonectomía y administración de quimioterapia intraperitoneal precoz post-cirugía. Este tratamiento está ofreciendo aceptables resultados en situaciones similares a ésta, que tienen escasas posibilidades de curación con los tratamientos considerados estándar”*.

Para la Inspección Médica, por su parte, el tratamiento propuesto es correcto *“prácticamente superponible al que la paciente recibe en la Clínica Universitaria de Navarra”* (nueva intervención quirúrgica, que no consigue extirpar todo el tejido tumoral, quimioterapia sistémica e intraperitoneal), recogándose en la evolución clínica la anotación de que, si fuera necesario, se remitiría a otro servicio de cirugía. En sus conclusiones, la Inspección Médica afirma que el tratamiento prescrito fue correcto y fue decisión personal de la paciente irse a una clínica privada, donde le realizaron un tratamiento similar al propuesto y la atención no fue más precoz que la que estaba programada en el servicio público.

Sobre este último aspecto, el temporal, la paciente afirma que fue llamada de la lista de espera, para ser operada, cuando ya lo había sido en Navarra, si bien no precisa la fecha en que se le indicó que estaba programada la operación ni cuándo recibió la llamada. Tampoco consta en el expediente dicha información. En este contexto, la apreciación de la Inspección Médica podría interpretarse en el sentido de que la demora derivada de acudir a los servicios médicos asignados por la sanidad pública no habría supuesto un riesgo para la vida e integridad física de la paciente ni una pérdida de oportunidades de curación o mejoría.

Así pues, la Inspección Médica no advierte en esta fase de la atención sanitaria prestada a la reclamante falta o infracción alguna a la *lex artis*, toda vez que el tratamiento propuesto era correcto, previéndose incluso la posibilidad de remisión a otro centro, de considerarlo necesario.

Cabe concluir, por tanto, del estudio de todo el proceso asistencial de la paciente, que únicamente cabe considerar acreditada una actitud contraria a la *lex artis*, como es la precipitación del alta hospitalaria tras el parto. Ello generó a la paciente un perjuicio consistente en mantenerla sin el tratamiento adecuado para su enfermedad durante un período que abarca desde el 28 de junio en que recibe el alta hasta el 29 de septiembre de 2004, en que es intervenida en la Clínica Universitaria de Navarra, practicándole histerectomía total y

anexectomía izquierda. Debe precisarse que no se toma como *dies ad quem* del período en que la paciente permaneció sin el tratamiento adecuado el de su operación del 13 de julio, toda vez que en esa ocasión no se le extirpó el ovario izquierdo ni el útero.

No obstante, de ese retraso en recibir el tratamiento adecuado no parece derivarse para la paciente un perjuicio para su salud, pues aunque la Inspección Médica indica que, de haberse actuado conforme a normopraxis, ya en la primera intervención quirúrgica en la sanidad pública podría haberse efectuado una citorreducción más completa y haber iniciado antes el tratamiento quimioterápico, nada dice acerca de los beneficios que ello habría supuesto para la salud de la paciente ni, *sensu contrario*, qué perjuicio se le originó por no haberse actuado de esa manera. Tampoco la paciente aporta un informe médico que ilustre acerca de la cuestión.

Así pues, el daño padecido por la interesada, atendidos los conceptos por los que reclama (daño moral y resarcimiento de gastos habidos en la sanidad privada) cabe configurarlo como moral (*pretium doloris*), comprendiendo no sólo el correspondiente a las molestias y dolores sufridos durante el indicado período, sino también la natural zozobra e inquietud que, para una paciente que conoce la presencia de masas potencialmente cancerígenas en sus órganos reproductores, supone la demora en recibir el tratamiento.

QUINTA.- El resarcimiento de los gastos.

Respecto del resarcimiento de los gastos generados por el tratamiento recibido en la Clínica Universitaria de Navarra, ha de recordarse que se pretende su pago no en la vía específica que el ordenamiento prevé para tales abonos (art. 5.3 del derogado RD 63/1995, de 20 de enero), sino en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. En consecuencia, los requisitos para determinar si procede o no estimar la pretensión resarcitoria en este concreto extremo han de ajustarse a las normas de la responsabilidad patrimonial y no a las específicas del resarcimiento de los gastos sanitarios generados fuera del Sistema Nacional de Salud.

Este supuesto, en el que 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 sufridos 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 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 su enfermedad y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una indebida denegación de asistencia 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 excepcional, 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, no se ha acreditado la existencia de error de diagnóstico alguno ni negativa injustificada de asistencia. Antes al contrario, la sanidad pública ofrece a la interesada opciones terapéuticas plenamente adecuadas a la enfermedad que padece y la integra en una lista de espera. Debe recordarse en este punto que la denegación injustificada de la prestación asistencial no debe identificarse con la simple apreciación subjetiva del paciente, ni tampoco con la simple permanencia en lista de espera (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1996).

Por ello, aunque resulta humanamente comprensible la decisión de la interesada de acudir a la sanidad privada ante la mayor confianza que le inspira ser tratada en un centro especializado, con experiencia en el tratamiento de dolencias similares a la suya y que le garantiza una asistencia más inmediata o precoz que la que puede esperar de la sanidad pública, ello no es suficiente para hacer nacer en ella un derecho al resarcimiento de los gastos ocasionados por tal asistencia.

SEXTA.- Cuantía de la indemnización.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, la reclamante

se limita a expresar un importe global que solicita como cuantía indemnizatoria, sin mayor justificación respecto a las condiciones familiares, personales, etc.

En su ausencia, dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico.

Es básico, para apreciar la existencia de daños morales indemnizables, que los mismos produzcan una afectación moral indudable, cuyo alcance no es fácilmente determinable, pues influyen muchas circunstancias de índole subjetivo que pueden llevar a un grado mayor o menor de afectación. En el presente supuesto, partimos de que la precipitada alta hospitalaria generó un daño moral, derivado de la incertidumbre y zozobra que produjo a la paciente su situación clínica de acuerdo con lo expresado en la consideración anterior, así como, también, la necesidad de someterse a una segunda intervención para ampliar la citorreducción.

Su cuantificación ha de hacerse mediante presupuestos genéricos, al no existir, a diferencia de los daños personales, lesiones o secuelas, baremos a los que seguir, al menos como referencia.

Pues bien, en el presente caso, el Consejo Jurídico considera que la cantidad valorada por el daño moral en otros dictámenes (3.000 euros), no parece admisible en el presente en términos de equidad, resultando insuficiente como cantidad global a resarcir. Y es que, aunque no se acreditan circunstancias que permitan ponderar la cantidad en función de otro tipo de razones subjetivas o familiares, lo cierto es que la gravedad de la patología que sufría la paciente y el riesgo vital que, para el común de las personas, se asocia a los procesos cancerígenos, hacen muy verosímil que la paciente viviera momentos de especial angustia ante su situación, agravada, además por su reciente maternidad. En consecuencia, se estima adecuada como indemnización global la cantidad de 6.000 euros, conforme a cuantías similares establecidas por este Consejo Jurídico en casos que presentaban parecidas dificultades de valoración (por todos, Dictamen 35/2008).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, en la medida en que aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDA.- Se informa desfavorablemente dicha propuesta en el extremo correspondiente a la cuantificación del daño y correspondiente indemnización, que ha de ajustarse a lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 16/09.- Revisión de oficio del acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Fuente Álamo, sobre revisión de oficio de los acuerdos de aprobación de la Modificación no Estructural de las NN.SS. de Planeamiento Municipal, que reajustan el Sector nº 4 de suelo Urbanizable Residencial.

Consultante: Ayuntamiento de Fuente Álamo

Fecha: 02/02/09

Extracto de Doctrina

El procedimiento revisorio objeto del presente Dictamen está incurso en causa de caducidad, al haber transcurrido más de tres meses desde su iniciación, según establece el artículo 102.5 LPAC; de conformidad con lo preceptuado por el 44.2 del mismo texto legal, procede declarar la caducidad de dicho procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo, pues así lo permite el artículo 92.3 LPAC, que establece que la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, como hemos sostenido en nuestros Dictámenes núms. 7/2002, 138/02, 34/2003 y 107/2005, entre otros.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 31 de julio de 2008, el Pleno del Ayuntamiento de Fuente Álamo adoptó el acuerdo de iniciar el procedimiento de revisión de oficio, por nulidad de pleno derecho, de los acuerdos de aprobación Inicial y Definitiva del Proyecto de Modificación No Estructural de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, que afectan al reajuste del Sector núm. 4 de Suelo Urbanizable residencial (SUES nº. 4), sito en el margen izquierdo de la carretera MU-602, en sentido Cartagena-Alhama de Murcia.

SEGUNDO.- El 23 de septiembre de 2008 (registro de entrada), la Alcaldesa del Ayuntamiento de Fuente Álamo solicitó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, adoptando este órgano el Acuerdo núm. 15/08, por el que solicitaba al Ayuntamiento consultante que completase el expediente con las siguientes actuaciones:

“1º) Ha de ser completada la documentación, remitiendo al Consejo Jurídico copia del expediente completo de la Modificación de las Normas Subsidiarias del municipio, que afecta al reajuste del sector 4 de suelo urbanizable, incluyendo el proyecto, al que se contrae el expediente de revisión de oficio: acuerdo por el que se sometió el avance a información pública, rectificación del error material, acuerdos plenarios sobre aprobación inicial y definitiva, alegaciones presentadas, informe y requerimientos de la Dirección General competente en materia de urbanismo, informes del arquitecto municipal y del Secretario de la Corporación, todos ellos citados en el Acuerdo Plenario de 31 de julio de 2008, por el que se inicia el procedimiento de revisión de oficio. También deberían acompañarse, en su caso, copia de los recursos interpuestos contra la aprobación definitiva.

2º) Asimismo ha de remitirse copia de los trámites de audiencia otorgados a los interesados tras la iniciación del procedimiento de revisión, tanto al que promueve la Modificación de las Normas Subsidiarias (al parecer es de iniciativa particular), como a los que se hayan personado durante el procedimiento de información pública de aquélla.

3º) *Tras los trámites precitados, debe formularse una propuesta de acuerdo de revisión de oficio por el órgano instructor, que contenga el motivo de nulidad de pleno derecho que vicia el acto, entre los previstos en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).*

4º) *Si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, habrá de tenerse en cuenta que el artículo 102.5 LPAC establece que el transcurso de los tres meses desde la iniciación producirá la caducidad del procedimiento, recomendando al Ayuntamiento consultante, para evitar la caducidad de este u otro procedimiento, que adopte, dentro del plazo, la suspensión del mismo por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que deberá comunicarse a los interesados (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 107/2005)."*

TERCERO.- Con fecha 29 de diciembre de 2008 (registro de entrada), la Alcaldesa del Ayuntamiento de Fuente Álamo ha remitido la documentación solicitada. Respecto al procedimiento, se aporta Acuerdo Plenario de 27 de noviembre de 2008, en virtud del cual se dispone:

1º.- *Continuar el procedimiento de revisión de oficio de los Acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 2 de diciembre de 2005 de aprobación inicial y del Pleno del Ayuntamiento de 10 de mayo de 2006 de aprobación definitiva del Proyecto de Modificación No Estructural de la Revisión de las NN.SS. de planeamiento, reajuste del Sector nº 4 del Suelo Urbanizable S.U.E.S 1 nº 4, siendo el fundamento de la pretensión de revisión la nulidad de pleno derecho de ambos acuerdos ya que la modificación tiene carácter de estructural. En cuanto al acuerdo de aprobación inicial, porque fue realizada por órgano manifiestamente incompetente, la Junta de Gobierno Local, cuando la competencia corresponde al Pleno (art.62.2.b) y respecto al Acuerdo de aprobación definitiva, por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 62.1.e), ambos de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

2º.- *Solicitar nuevamente Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia respecto a la revisión de los citados Acuerdos y la nulidad de los mismos, debiendo acompañar a dicha solicitud copia íntegra del expediente administrativo.*

3º.- *Suspender el procedimiento de Modificación de que se trata, por el tiempo que medie entre el presente Acuerdo de nueva petición de Dictamen al Consejo Jurídico y la recepción del mismo, en los términos establecidos en el art. 42.5.c) de la citada Ley 30/92, de 26 de noviembre.*

4º.- *Notificar el presente Acuerdo a la Mercantil promotora del expediente y a cuantos interesados consten en el mismo."*

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 revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de los Acuerdos de Aprobación Inicial

y Definitiva del Proyecto de Modificación No Estructural de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal (en lo sucesivo NNSS) que afectan al sector 4 de Suelo Urbanizable residencial, por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente ((artículo 62.1, apartado b, LPAC), y haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1, apartado e, LPAC), respectivamente, 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.

SEGUNDA.- Sobre la documentación obrante en el expediente.

Tras la documentación acompañada el expediente se encuentra formalmente completo, al haberse remitido por el Ayuntamiento las actuaciones solicitadas por el Acuerdo 15/08 del Consejo Jurídico (Antecedente Segundo). De otra parte, no constan que hayan formulado alegaciones los interesados en el expediente.

TERCERA.- Sobre el procedimiento seguido y los efectos del transcurso del plazo máximo para resolver: la caducidad del procedimiento.

En nuestro Acuerdo 15/2008, destacamos respecto al procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho los efectos del transcurso del plazo, cuando el procedimiento se inicia de oficio, recomendando en tal caso que se adoptara, dentro de plazo, el acuerdo de suspensión entre el tiempo que medie entre la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo, citando como precedente nuestro Dictamen 107/2005. Lo anterior no es sino plasmación de lo dispuesto en el artículo 102.5 LPAC:

“Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde el inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se pondrá entender la misma desestimada por silencio administrativo”.

Entre la documentación ahora remitida, consta el Acuerdo Plenario de 27 de noviembre de 2008, que se adopta como continuación al procedimiento iniciado el 31 de julio de 2008 (Antecedente Tercero), y en cumplimiento de lo acordado por este Consejo Jurídico acerca de la formulación de una propuesta de resolución, que contenga los vicios de nulidad advertidos en los acuerdos cuya revisión se propone, por exigencias de lo establecido en el artículo 46 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (Decreto 15/1998, de 2 de abril).

Sin embargo, se advierte la caducidad del procedimiento seguido, en aplicación de lo previsto en el artículo 102.5 LPAC citado *ut supra*, dado que ha transcurrido el plazo máximo de tres meses desde que se inició el procedimiento de revisión por Acuerdo Plenario de 31 de julio de 2008. Tampoco puede enervar dicha caducidad la circunstancia de que el Acuerdo Plenario de 27 de noviembre de 2008 contenga la suspensión del procedimiento de revisión (se entiende como error material la cita al procedimiento de Modificación), en tanto se ha adoptado fuera del plazo máximo de tres meses previsto para resolver y notificar desde la iniciación del procedimiento (límite el 31 de octubre de 2008).

De otra parte, la posición de la Dirección General competente en materia de urbanismo, que realizó un requerimiento para que el Ayuntamiento revisara el acto de Aprobación Definitiva de la Modificación de las NNSS de Fuente Álamo por escrito de 19 de noviembre de 2007, en ejercicio de sus competencias, no puede ser equiparada a la de un mero intere-

sado para poder interpretar que el procedimiento se ha iniciado a solicitud de interesado y entender, consiguientemente, desestimada la petición por el transcurso del plazo, en tanto la Administración regional ostenta competencias propias en el procedimiento de aprobación de planes (artículo 8, en relación con el 138, ambos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio), recordándose a este respecto que la de planeamiento es una competencia de titularidad compartida entre los Ayuntamientos y la Comunidad Autónoma (por todas, STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de diciembre de 2007), disponiendo, además, esta última un mecanismo específico de impugnación de los actos municipales (artículo 65 LBRL), que es citado en el requerimiento del centro directivo.

Por tanto, el procedimiento revisorio objeto del presente Dictamen está incurso en causa de caducidad, al haber transcurrido más de tres meses desde su iniciación, según establece el artículo 102.5 LPAC; de conformidad con lo preceptuado por el 44.2 del mismo texto legal, procede declarar la caducidad de dicho procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo, pues así lo permite el artículo 92.3 LPAC, que establece que la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, como hemos sostenido en nuestros Dictámenes núms. 7/2002, 138/02, 34/2003 y 107/2005, entre otros. Dicha circunstancia (caducidad) impide a este órgano consultivo entrar a considerar el fondo de las cuestiones planteadas. Por lo tanto, procede dictar resolución por el Ayuntamiento 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 los interesados, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento para revisar los actos viciados ante las importantes infracciones detectadas, según la propuesta de acuerdo elevada.

CUARTA.- Sobre las siguientes actuaciones que proceden por parte del Ayuntamiento.

En coherencia con lo señalado anteriormente, con la iniciación del nuevo procedimiento de revisión por el Pleno municipal podrá acordarse, asimismo, la incorporación de todas las actuaciones que obran en el presente expediente con fundamento en el principio de conservación de aquellas actuaciones cuyo contenido se mantenga igual, de conformidad con lo previsto en el artículo 66 LPAC, aunque no puede eludirse el trámite de audiencia a los interesados. También puede adoptarse, dentro del plazo, la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico, y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados.

Por último, en lo que concierne a la documentación, cuando se solicite de nuevo el Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre las cuestiones de fondo en el nuevo procedimiento que se tramite, habrán de remitirse únicamente las actuaciones posteriores, haciendo referencia a las que ya constan en este Órgano Consultivo (expte. 153/08).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento objeto de Dictamen al haber transcurrido el plazo de tres meses desde que se inició el mismo, habiéndose adoptado el acuerdo de suspensión fuera del plazo establecido para su resolución.

SEGUNDA.- Se recomienda al Ayuntamiento que inicie un nuevo procedimiento al efecto, de acuerdo con lo señalado en el presente Dictamen, por los vicios que se imputan a los actos objeto de revisión, pudiendo conservarse las actuaciones ya obrantes en los términos señalados en la Consideración Cuarta. Deberá solicitarse un nuevo Dictamen al Consejo Jurídico sobre las cuestiones de fondo planteadas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 17/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 02/02/09

Extracto de Doctrina

Nota: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 18/09.- Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil --, S.A., y --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 02/02/09

Extracto de Doctrina

Si bien se ha acreditado la realidad del suceso a través de la factura y el informe de la concesionaria de la Autovía del Noroeste, sin embargo no se ha probado por la parte reclamante, a quien incumbe, el nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la misma y la irrupción de un animal en la calzada, llevando al Consejo Jurídico a compartir el criterio del órgano instructor y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. La misma conclusión alcanzó el Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 40/2005, 8/2006 y 136/2008 acerca de la irrupción de animales en las autovías, tal como ha expuesto también el Consejo de Estado, entre otros, en el Dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003), cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 6 de marzo de 2007, x., en nombre y representación de --, S.L., y de --, S.A., según acredita con las escrituras de poder que acompaña (folios 13 y ss.), presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional, solicitando que se indemnice a sus representados por los daños sufridos por el vehículo tipo furgoneta marca Renault, modelo RVI Master, con matrícula “—”, el 13 de octubre de 2006, cuando circulaba por la Autovía del Noroeste, sentido de dirección Murcia-Caravaca de la Cruz, conducido por x.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

“Sufrió un accidente el día 13-10-06 en la Autovía del Noroeste, sentido de dirección Murcia-Caravaca de la Cruz, en concreto a unos 100/150 metros aproximadamente antes de la última salida de la autovía a la localidad de Caravaca de la Cruz, Km. 61 aproximadamente, cuando circulando por dicho tramo se introdujo un perro en la calzada que se interpuso en la trayectoria de la furgoneta, tras lo cual por la inercia continuó su marcha hasta detenerse en el inicio de dicha salida de la autovía en su margen derecho.”

Como consecuencia del impacto, manifiesta que el vehículo sufrió daños materiales, reclamando, en nombre de --, S.A., la cantidad satisfecha al taller de reparación al haberse subrogado en los derechos de la mercantil asegurada (2.346,99 euros). Por su parte, en nombre de la mercantil --, S.L., reclama 300 euros correspondientes a la franquicia de la póliza suscrita con la aseguradora citada.

Por último, acompaña una serie de documentos, entre los que figuran las dos facturas acreditativas de las cantidades abonadas (folios 6 a 11) y fotografías del vehículo siniestrado, así como señala su intención de proponer prueba.

SEGUNDO.- El órgano instructor recaba del letrado actuante el 4 de mayo de 2007 (fecha de notificación), que subsane y mejore la solicitud presentada con la aportación de los documentos relacionados en los folios 42 y 43, así como que proponga los medios de prueba de los que pretende valerse, siendo cumplimentado tal requerimiento el 15 de mayo de 2007 (registro de entrada), proponiendo como medios probatorios la documental ya aportada y la testifical del conductor del vehículo siniestrado x.

TERCERO.- Con fecha 18 de junio de 2007 se procede a citar al testigo propuesto por la parte reclamante para la práctica de la prueba, y al letrado actuante para que aporte el pliego de preguntas a formular al testigo, practicándose el 11 de julio de 2007, según acta obrante en los folios 121 y 122.

CUARTO.- Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, es atendido por su titular, mediante comunicación interior, acompañando el informe evacuado por la Concesionaria de la Autovía del Noroeste (folios 125 a 127), haciendo constar lo siguiente:

“A.- El incidente fue atendido tras recibirse el aviso a las 21:45 horas en sala de control por parte del servicio de emergencias 112 de Murcia, desplazándose el personal de vigilancia hasta el lugar donde se encontraba el afectado, en el P.k. 61,75 de la autovía.

Se comprobaron los daños en el vehículo del reclamante y tras efectuar una inspección visual por la zona, se cumplimentaron los correspondientes partes de incidencias siguiendo con las normas establecidas en estos casos.

B.- De la descripción que aporta el reclamante en el escrito presentado, no se deduce actuación negligente del mismo o terceros, por lo que parece debe ser considerado como un hecho totalmente imprevisible e inevitable.

C y D.- En carreteras de estas características (autovías) se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma introduciéndose por cualquiera de los accesos abiertos, por los que entran y salen los vehículos, De hecho, a escasa distancia del punto del atropello, en el P.k. 61,7, se encuentra un acceso de la autovía en el enlace de Caravaca Oeste (salida 61).

De la existencia de vallado lateral no se deriva necesariamente una relación de causalidad entre el servicio público y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder a la calzada a través de los enlaces, mediante otros vehículos en circulación ó traspasando el vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales.

E.- Según lo anteriormente expuesto no debe imputarse a la Administración, ni al servicio de conservación y explotación que realiza esta empresa concesionaria, responsabilidad alguna por la reclamación efectuada.

F y G.- En el tramo donde se localiza el siniestro no se han realizado actuaciones distintas a las que requiere el normal mantenimiento y conservación de la vía. 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.

H.- Al no ser materia de su competencia, esta empresa concesionaria no puede emitir ninguna valoración de los daños materiales alegados por el reclamante.

I.- El estado del vallado de la autovía es objeto de una revisión periódica por parte del personal de vigilancia de esta concesionaria. En este tipo de atropellos, y como norma general, el personal que atiende o detecta el incidente procede a efectuar una revisión exhaustiva del vallado en la zona en la que se ha producido el atropello.

En el caso que nos ocupa, no hay constancia de que se detectaran desperfectos en el cerramiento de la zona en cuestión durante la inspección efectuada, debiendo suponerse que la irrupción del animal en la calzada se produjo por el acceso cercano existente de la autovía (salida 61), acceso que por definición debe permanecer expedito para el paso de los vehículos en este tipo de vías.”

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia a la parte reclamante no consta que formulara alegaciones, aunque sí su comparecencia para retirar determinados documentos del expediente, tras lo cual se adopta por el órgano instructor propuesta de resolución desestimatoria el 26 de noviembre de 2008, al entender que no están acreditados los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, concretamente la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público.

SEXTO.- Con fecha 15 de diciembre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del dictamen

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta por quienes gozan de la legitimación activa para ello; la compañía aseguradora por subrogación en la posición de la mercantil asegurada, al haber desembolsado la cantidad resultante de la factura expedida el 16 de noviembre de 2006 por el taller de reparación, según el certificado expedido por la entidad bancaria de la transferencia realizada, a excepción de los 300 euros excluidos en concepto de la franquicia convenida; con respecto a esta última cantidad, el titular del vehículo, dada su condición de interesado (artículo 31 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 cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la Autovía del Noroeste donde se produjo el accidente, como se desprende de la documentación incorporada al expediente. El hecho de que las labores de conservación de la citada Autovía se lleven a cabo por una empresa concesionaria no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser el contratista.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos el 13 de octubre de 2006 y la reclamación se ha interpuesto el 6 de marzo siguiente y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

El procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), si bien cabe reiterar lo señalado en nuestro Dictamen 135/2008: *“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 (...) ya que el Centro administrativo correspondiente no puede abdicar de sus competencias”*.

TERCERO.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

En relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el art. 217 de la LEC (entre otros muchos se pueden citar los dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).*

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

La Administración ha practicado las pruebas que estaban a su alcance, solicitando informe técnico de la Dirección General de Carreteras y a través de la misma a la empresa concesionaria. De esta última entidad se desprende la realidad del siniestro pero, en ningún caso, la concurrencia del nexo de causalidad.

En efecto, la mercantil concesionaria manifiesta que no tiene constancia de la existencia de desperfectos en la valla de cerramiento correspondiente al punto en donde se produjo el atropello (p.k. 61,75), por lo que se presume que la irrupción del animal en la calzada se produjo por el acceso existente a la Autovía a escasa distancia del mismo (salida 61), que por definición debe permanecer expedito para el paso de vehículos en este tipo de vías. De otra parte tampoco el reclamante imputa a la Administración ningún defecto u omisión del deber de conservación de la carretera que permita inferir el imprescindible nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado (Sentencia núm. 261/2008, de 24 de marzo, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de la Región de Murcia).

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: *“La presencia incontrolada de animales en carreteras —dice el alto Órgano Consultivo— no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad*

exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”.

Si bien la Administración Regional, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según reza el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por R.D. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en el expediente objeto de Dictamen no se ha acreditado que la valla en el lugar del atropello se encontrara en condiciones inadecuadas, concurriendo además la circunstancia de que próximo a dicho punto existía un acceso a la autovía por donde, probablemente, accedió el animal, como se ha destacado anteriormente. De otra parte, como recoge la propuesta de resolución, el deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento no puede exceder de lo razonablemente exigible, lo que lógicamente no puede ser una vigilancia intensa y puntual que sin mediar lapso de tiempo cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento.

Por tanto, si bien se ha acreditado la realidad del suceso a través de la factura y el informe de la concesionaria de la Autovía del Noroeste, sin embargo no se ha probado por la parte reclamante, a quien incumbe, el nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la misma y la irrupción de un animal en la calzada, llevando al Consejo Jurídico a compartir el criterio del órgano instructor y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. La misma conclusión alcanzó el Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 40/2005, 8/2006 y 136/2008 acerca de la irrupción de animales en las autovías, tal como ha expuesto también el Consejo de Estado, entre otros, en el Dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003), cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

“En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes”.

Además, en el presente caso, sostener la atribución de la responsabilidad del accidente a la Administración entrañaría una interpretación exageradamente providencialista, al convertirla en una suerte de aseguradora universal (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de noviembre de 2007).

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 19/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 02/02/09

Extracto de Doctrina

Pretende el órgano instructor en su propuesta exonerar a la Administración de su posible responsabilidad, imputándola de forma exclusiva a la empresa que ejecutaba las obras autorizadas por la Dirección General de Carreteras, a cuya actuación quiere anudar la ruptura del nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños sufridos. Sin perjuicio de manifestar ahora la conveniencia de haber incorporado al expediente remitido a este Consejo Jurídico el texto íntegro del condicionado técnico de la resolución por la que se autorizaba la ejecución de obras sobre el firme, cabe recordar, como ya señalara este Consejo Jurídico en Dictamen 63/2007, que, “en efecto, en estos supuestos cabe afirmar “prima facie” que el riesgo se genera por la propia actividad que desarrolla el particular y no por la Administración al autorizarla, a no ser, claro está, que se haya autorizado sin que se cumplan los requisitos mínimos de seguridad o que se haya omitido la correspondiente actividad “in vigilando”, lo que evidenciaría un funcionamiento anormal del servicio de inspección, conservación y mantenimiento de carreteras”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2005, x, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos regionales de carreteras.

Según el relato fáctico del reclamante, el 7 de diciembre de 2004, cuando circulaba sobre las 19.15 horas por la carretera que une el Polígono Industrial de San Ginés con Sangonera La Verde, pasó sobre un socavón existente en el centro de la calzada, ocasionándole daños en la rueda delantera derecha de su turismo, que hubo de sustituir. En el lugar del accidente se realizaban obras por la empresa “x”, al parecer “*por encargo de la Consejería*”.

Según el reclamante la reparación de los daños sufridos ascendió a 469,95 euros, importe coincidente con la indemnización que solicita.

Acompaña a su reclamación fotocopias de la siguiente documentación:

— Permiso de circulación del vehículo (turismo Renault Laguna matriculado en junio de 2004).

— Atestado de la Guardia Civil (Puesto de Alcantarilla), según el cual el interesado comparece en las dependencias policiales el 17 de diciembre de 2004, para formular denuncia sobre los hechos relatados en su reclamación. Según el denunciante, el accidente se produjo *“a la altura de la salida de la autovía C-415 con E-1 en las obras de desdoblamiento de dicha vía y en realización por la empresa “x”, con motivo de la Ciudad del Transporte, en dicho cambio de vía había dos baches profundos con motivo de dicha obra, por lo que al vehículo de su propiedad (...) le produjo reventar cubierta y llanta de aluminio delantera derecha, quedando éstas inservibles para su uso, teniendo que cambiarlas en el instante”*.

Preguntado acerca de si había intentado llegar a un acuerdo con la empresa ejecutora de las obras, manifiesta el denunciante que el día 9 de diciembre fue a la Guardia Civil a poner denuncia, aunque no llegó a formularla, pues, estando ya en las dependencias policiales, recibió la llamada de un representante de la empresa, quien le manifestó que se haría cargo de los daños.

— Factura de taller mecánico, por importe coincidente con el de la indemnización pretendida. En relación con esta factura, el reclamante propone prueba testifical del representante de la empresa mecánica, para que ratifique el documento.

SEGUNDO.- El 16 de mayo de 2006, la instructora del procedimiento requiere de la Dirección General de Carreteras la emisión de su preceptivo informe.

Asimismo, solicita de la Guardia Civil que acredite la autenticidad del atestado unido al procedimiento por el reclamante y requiere a éste para que mejore o subsane la reclamación inicial mediante la aportación de copia compulsada de los documentos que se le indican, con advertencia expresa de tenerlo por desistido de su petición o decaído en su derecho al trámite, si desatiende el requerimiento efectuado.

TERCERO.- El 7 de junio de 2006 contesta el Instituto Armado, manifestando que la copia del atestado aportada al procedimiento por el reclamante es fiel reproducción del documento original.

CUARTO.- El 22 de septiembre, el interesado cumplimenta el requerimiento de subsanación o mejora, remitiendo la documentación demandada por el órgano instructor.

QUINTO.- Tras reiterar hasta en tres ocasiones la solicitud de informe a la Dirección General de Carreteras, ésta lo emite el 10 de octubre de 2007, con el siguiente tenor:

“a) Dicha carretera en la fecha del siniestro era de titularidad autonómica, pero desde el 26 de Mayo de 2005, su titular es el Ayuntamiento de Murcia.

b) No se tiene constancia alguna de ese accidente ni de otros de análogas características acaecidos en esas fechas.

c) Con fecha 3 de Noviembre de 2004, se emite Resolución de autorización por la Dirección General de Carreteras N° 063807 a la Empresa x. para ejecutar obras de ac-

ceso a la Urbanización de la 1ª Fase del Centro Integrado de Transportes de Murcia, que comprendía actuaciones sobre el firme de la citada Carretera y en el lugar citado por el reclamante.

d) En el Condicionado Técnico que acompaña a la citada Autorización en su artículo 5º se establece literalmente "...debiendo reparar el autorizado inmediatamente cualquier deterioro que sufra la carretera o sus elementos funcionales con motivo de las obras, siendo responsable de la seguridad vial en el transcurso de la ejecución de las obras y hasta que queden recepcionadas".

e) Estimo pues que es a CITMUASA a quien hay que derivar la presente Reclamación de Responsabilidad Patrimonial.

f) No obstante todo lo anterior, estimo que no queda acreditada la certeza del acontecimiento lesivo a la vista de la documentación aportada por el reclamante y obrante en este Servicio".

La Dirección General de Carreteras remite igualmente informe del Parque de Maquinaria, que considera la pretensión indemnizatoria acorde con los daños descritos y la forma de producción del accidente.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante, éste no hace uso del mismo, al no comparecer ni presentar alegación o justificación alguna, formulando el órgano instructor, con fecha 7 de octubre de 2008, propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no se ha acreditado la realidad del accidente ni el nexo causal entre los daños padecidos y el funcionamiento de los servicios públicos de carreteras, toda vez que la realización por un tercero de las obras eventualmente causantes del socavón en la carretera, rompe dicha relación de causalidad.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados al procedimiento 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 21 de octubre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto el reclamante ha acreditado en el expediente ser el propietario del vehículo dañado.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad que ostentaba sobre la vía en la que se produjo el accidente. En efecto, consta en el expediente que, aunque en la actualidad ha sido cedida al Ayuntamiento de Murcia (desde el 26 de mayo

de 2005), en la fecha del siniestro (7 de diciembre de 2004) todavía pertenecía a la Red Regional de Carreteras.

2. La solicitud fue presentada dentro del plazo de un año desde la producción del daño alegado, establecido en el artículo 142.5 LPAC.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en la LPAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (RRP), sin perjuicio del excesivo tiempo invertido en su tramitación, que ha superado con creces los 6 meses que como plazo máximo para su resolución y notificación establece el artículo 13.3 RRP.

No obstante, el expresado ajuste del procedimiento tramitado a las normas que lo regulan no puede hacerse extensivo a la actuación del órgano instructor que, al amparo del artículo 71 LPAC, requiere al interesado para que subsane y mejore la solicitud mediante la aportación de diversa documentación acreditativa de los presupuestos fácticos y circunstancias de la reclamación, con advertencia de tenerle por desistido de su pretensión.

Y es que, aunque la actuación instructora es correcta, ya que el requerimiento de esos documentos tiene como función primordial la de aportar información sobre las circunstancias concurrentes en el supuesto, ha de puntualizarse que los documentos requeridos no son preceptivos, por lo que su omisión no puede equipararse a un defecto de la solicitud que impidiera continuar su tramitación ni, por supuesto, se trata de una mejora de los términos de aquella (art. 71.3 LPAC). Antes bien, el fundamento legal del requerimiento de aportación de documentación habría de buscarse en el artículo 76 de la misma Ley que, como único efecto anudado a la desatención de aquél, prevé la pérdida del derecho al trámite y no el más drástico del desistimiento.

Por otra parte, si bien la propuesta de prueba efectuada por el reclamante no vincula al instructor, en el sentido de verse necesariamente constreñido a su práctica, sí que le obliga, para rechazarla, a dictar resolución expresa motivada, que únicamente podrá fundarse en el carácter manifiestamente improcedente o innecesario de la prueba (art. 80.3, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC). En el supuesto sometido a consulta, el interesado propone prueba testifical para que el representante de la mercantil donde reparó los desperfectos ocasionados por el accidente adviere la factura presentada. Esta prueba, si bien es innecesaria cuando no se pone en duda la fidelidad de la copia unida al procedimiento, debió ser expresamente rechazada por el instructor, lo que no hizo.

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

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC y por una consolidada jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1980; 15 y 18 de diciembre de 1986, 19 de enero de 1987 y 15 de julio de 1988), son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

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

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

De los documentos aportados por el reclamante no se aprecia elemento alguno que permita estimar probados los hechos por él relatados, ni siquiera de forma indiciaria. No constan en el expediente declaración de testigos, ni fotografías que acrediten el supuesto estado deficiente de la calzada en el momento de ocurrir los hechos, ni atestado de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado levantado en el lugar del accidente. En relación con el atestado que obra en las actuaciones, la intervención de la Guardia Civil se limita a dejar constancia de la comparecencia del interesado en las dependencias policiales, donde, diez días después, denuncia y pone de manifiesto los hechos acaecidos, sin que conste el desplazamiento de los agentes al lugar del percance, lo que hubiera permitido, al menos, acreditar la existencia del socavón al que se imputan los daños. En consecuencia, no existe prueba alguna de que los hechos sucedieran en la fecha y circunstancias indicadas en la reclamación.

Ello a su vez impide establecer una relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio regional de carreteras y los daños padecidos por el vehículo.

En consecuencia, procede desestimar la reclamación, pues el interesado, a quien incumbe la carga de la prueba 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, no ha acreditado ni la realidad y certeza del accidente ni sus circunstancias, sin que exista en el expediente dato alguno que permita corroborar las meras manifestaciones de parte por él realizadas. Todo ello conduce a concluir en la imposibilidad de imputar los daños alegados a la Administración regional.

CUARTA.- El tercero autorizado y la pretendida ruptura del nexo causal.

Si bien lo hasta aquí expuesto es suficiente para desestimar la reclamación, la existencia de un tercero autorizado para ejecutar las obras a las que se imputa de forma inmediata el defectuoso estado de la calzada y la fundamentación contenida en la propuesta de resolución sometida a Dictamen, que pretende exonerar a la Administración de toda responsabilidad con base en la actuación de ese tercero, aconsejan efectuar alguna consideración adicional.

Debe recordarse que el reclamante solicita ser indemnizado por los daños sufridos como consecuencia de un accidente debido al mal estado en el que se encontraba la calzada, que imputa a unas obras ejecutadas por una empresa con autorización de la Administración regional.

De haberse acreditado el evento dañoso, extremo que, como se ha dicho, no cabe considerar probado, los desperfectos habidos en su vehículo podrían ser imputados a la Administración, pues la omisión consistente en el defectuoso mantenimiento de una vía pública de titularidad regional, que el reclamante considera como causa productora del daño, acontece en el desenvolvimiento de un servicio público que a dicha Administración corresponde.

Pero lo anterior, si bien basta para afirmar la legitimación pasiva de la Administración regional, no es de por sí suficiente para reconocer su responsabilidad patrimonial, sino que es necesaria, además, la relación de causa a efecto entre la lesión alegada y el funcionamiento del servicio.

En este sentido, pretende el órgano instructor en su propuesta exonerar a la Administración de su posible responsabilidad, imputándola de forma exclusiva a la empresa que ejecutaba las obras autorizadas por la Dirección General de Carreteras, a cuya actuación quiere anudar la ruptura del nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños sufridos. Sin perjuicio de manifestar ahora la conveniencia de haber incorporado al expediente remitido a este Consejo Jurídico el texto íntegro del condicionado técnico de la resolución por la que se autorizaba la ejecución de obras sobre el firme, cabe recordar, como ya señalara este Consejo Jurídico en Dictamen 63/2007, que, en efecto, *“en estos supuestos cabe afirmar “prima facie” que el riesgo se genera por la propia actividad que desarrolla el particular y no por la Administración al autorizarla, a no ser, claro está, que se haya autorizado sin que se cumplan los requisitos mínimos de seguridad o que se haya omitido la correspondiente actividad “in vigilando”, lo que evidenciaría un funcionamiento anormal del servicio de inspección, conservación y mantenimiento de carreteras”*.

Por ello, el cabal conocimiento y acreditación de las circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a consulta, necesario para fundamentar una conclusión en dichos términos, exigiría nuevos actos de instrucción complementarios, que, atendida la falta de acreditación del evento dañoso razonada con anterioridad, no parece oportuno exigir.

En consecuencia, en razón a la ausencia en el expediente de una suficiente acreditación de las circunstancias que permitirían fundamentar la existencia de una ruptura del nexo causal a raíz de la actuación de la empresa ejecutora de las obras, considera el Consejo Jurídico que procede suprimir esta fundamentación de la propuesta de resolución.

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

CONCLUSIÓN

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 20/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una embarcación de su propiedad.

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

Fecha: 09/02/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 35.

DICTAMEN 21/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 09/02/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 22/09.- Resolución de contrato de Adquisición de Mobiliario para Centros Educativos de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 09/02/09

Extracto de Doctrina

1. Es precisamente ese momento, el de adjudicación del contrato, el que determinará el régimen aplicable al contrato en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción, de

conformidad con la Disposición transitoria primera, 2 LCSP, en cuya virtud, “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

2. No puede olvidarse que el artículo 268.1 LCSP dispone que “el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas”. La trascendencia de la indicada obligación es tal que ha merecido su inclusión en la Ley, de forma que debe operar al margen y con independencia de lo que digan los pliegos y el contrato, toda vez que, de conformidad con los artículos 19 y 192 LCSP, los contratos se rigen no sólo por lo establecido en los pliegos sino también, y sobre todo, por lo dispuesto en la Ley y sus normas de desarrollo. Por ello, aunque ni el pliego ni el contrato califiquen esta obligación como esencial, ex lege sí lo es, pudiendo amparar su incumplimiento la resolución del contrato, pues no puede interpretarse que sea intención del legislador la de dejar sin respuesta, con grave perjuicio para el interés público, incumplimientos del contratista vinculados a obligaciones tan trascendentes en el devenir del contrato que han merecido su plasmación en la propia Ley.

3. De conformidad con el artículo 208.4 LCSP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de marzo de 2006, la entonces Consejería de Educación y Cultura suscribe contrato por el que se establece, al amparo del artículo 182.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), un Acuerdo Marco para la adquisición de mobiliario escolar con destino a los centros públicos de enseñanza de la Región de Murcia. Entre las cuatro empresas adjudicatarias del concurso previamente convocado, se encuentra la portuguesa “-, S.A.”.

El referido contrato tiene por objeto la selección de proveedores para la adquisición de mobiliario escolar destinado al equipamiento de los centros y a la reposición del deteriorado, fijando las condiciones técnicas y las económicas máximas, que regirán los contratos mediante procedimiento negociado a suscribir con las empresas seleccionadas y en los que se determinarán los bienes a adquirir, su número, lugar de entrega y demás condiciones específicas, si bien con sujeción a los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares del contrato o acuerdo marco.

El referido acuerdo tiene una vigencia de dos años, a contar desde el 15 de febrero de 2006, fecha de adjudicación del contrato marco, prorrogable por un máximo de otros dos años.

SEGUNDO.- Por Orden de 28 de diciembre de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, se autoriza la modificación del contrato marco en los siguientes aspectos:

“1. Introducción de nuevos artículos respecto a los que constan en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

2. Modificación de las características técnicas de algunos de los artículos que figuran en el referido pliego.

3. Indicación de los precios unitarios, tanto de los artículos nuevos como de los modificados.

4. Introducción de la posibilidad de entrega de algunos de los artículos en un color y/o tonalidad alternativa a la prevista en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

En la parte expositiva de la Orden se afirma que, mediante escrito de 30 de octubre de 2006, la empresa “--, S.A.”, manifiesta su voluntad de *“no ser requerida, en lo sucesivo, para negociar la adjudicación de los distintos procedimientos negociados que se realicen (...), debido a la imposibilidad de ofertar, observando los precios máximos estipulados”.*

También en dicha Orden se indica que consta la aceptación del resto de empresas adjudicatarias a las modificaciones propuestas.

Ninguno de tales documentos obra en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

TERCERO.- Con fecha 7 de febrero de 2008, se autoriza una revisión de precios del contrato marco, incrementándose en un 6% para el periodo comprendido entre noviembre de 2007 y octubre de 2008.

CUARTO.- El 5 de marzo se prorroga el acuerdo marco por una anualidad más, constando en el expediente la conformidad de todas las empresas adjudicatarias.

QUINTO.- El 11 de abril y al amparo del Acuerdo marco de constante referencia y del artículo 182.1 TRLCAP, se inicia un expediente de contratación, por procedimiento negociado sin publicidad, para adquirir mobiliario escolar destinado a diversos centros educativos de la Región. El presupuesto asciende a 168.858,29 euros.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), aprobado por Orden de 29 de abril de 2008, establece que el contrato se ajustará a las cláusulas del Acuerdo Marco, del que trae causa, incluida su modificación de 28 de diciembre de 2006 y la revisión de precios de 7 de febrero de 2008.

Las características de los bienes cuya adquisición constituye el objeto del contrato serán las establecidas en el Acuerdo marco.

La Cláusula 15.1 establece que los bienes habrán de ser entregados en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato, en los centros educativos destinatarios.

SEXTO.- Al procedimiento concurren dos de las cuatro empresas preseleccionadas, resultando adjudicataria la que realiza la oferta más baja, “--, S.A.”, con un precio de 166.075,97 euros, IVA incluido.

La adjudicación se produce por Orden de 29 de julio de 2008, formalizándose el contrato el 19 de septiembre, previa constitución de una garantía definitiva por importe de 6.643,04 euros.

SÉPTIMO.- El 10 de octubre la adjudicataria solicita, mediante fax, una prórroga de 10 días para la entrega del mobiliario, afirmando que tienen los muebles hechos pero que sufren dificultades de transporte y almacenaje local.

El 14 de octubre y por la misma vía contesta la Jefa del Servicio de Contratación desestimando dicha petición, atendida la necesidad de que los muebles se encuentren a disposición de los centros a la mayor brevedad posible y siempre con la fecha límite del 19 de octubre. En dicha comunicación se recuerda al contratista la obligación que sobre él pesa de ejecutar el contrato en plazo, con advertencia de las consecuencias que, en forma de imposición de penalidades o resolución del contrato, están anudadas al incumplimiento de dicha obligación.

OCTAVO.- El 24 de octubre, la Subdirección General de Centros emite informe sobre la recepción del mobiliario, poniendo de manifiesto una demora en su entrega de entre dos y tres días en diversos centros, así como la falta de suministro, a la fecha del informe, de 9 sillas de educación infantil en uno de los centros.

Se afirma también que en algunos muebles existe un incumplimiento de las prescripciones técnicas recogidas en el contrato marco, tales como altura, curvatura anatómica de respaldos, acabado de los cantos, espesor y densidad de los tableros, rebabas hirientes en las mesas destinadas al uso de los alumnos, agujeros peligrosos en las sillas de los escolares, perchas peligrosas, etc., que ponen de manifiesto una merma en la calidad y seguridad del mobiliario respecto de las exigidas en el acuerdo marco. El informe concluye con una propuesta de resolución del contrato.

NOVENO.- Por Orden de 11 de noviembre de 2008, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual, por incumplimiento culpable imputable al contratista.

De dicho acto se da traslado al contratista y su avalista, confiriéndoles trámite de audiencia, del que sólo hará uso el primero, para manifestar su oposición a la pretendida resolución contractual. Alega la empresa suministradora, en síntesis, que las características de los muebles servidos se ajustan a las prescripciones técnicas fijadas en el acuerdo marco, en las cuales no se precisan algunos extremos señalados en el informe de recepción del mobiliario, como es el caso de la curvatura anatómica de los respaldos. En cuanto a las perchas, se afirma que se ajustan a las prescripciones técnicas y no se vislumbra peligro alguno para los escolares, siendo idénticas a las servidas en 2006. Se afirma, incluso, que el contrato celebrado el 19 de septiembre de 2008 “*consistió en una extensión del contrato celebrado ya en 2006, teniendo los muebles suministrados en 2008 sido exactamente iguales a los suministrados en 2006 para dar continuidad a todo el mobiliario*” (sic). En relación con el retraso en el suministro, considera la empresa que un retraso de dos días no puede considerarse, de buena fe, como un incumplimiento contractual.

DÉCIMO.- Constan en el expediente el informe del Servicio Jurídico de la Consejería contratante y el de la Dirección General de Centros, por el que se contesta a las alegaciones del contratista.

En este último informe se insiste en que los muebles no cumplen las especificaciones técnicas exigibles en el acuerdo marco, sin que las alegaciones se extiendan a la justificación de todos los defectos puestos de manifiesto a la recepción de mobiliario, sobre muchos de los cuales no se dice nada. Considera el informante, además, que el peligro que se deriva de las perchas es evidente y que el retraso en la entrega del mobiliario, si bien sólo fue de dos días, afectó a 17 centros, es decir, el 21% de los receptores. Así mismo, se manifiesta

que las 9 sillas de educación infantil que a la fecha del primer informe (24 de octubre de 2008) no se habían recibido, seguían sin ser suministradas a 11 de diciembre de 2008.

UNDÉCIMO.- El 8 de enero de 2009, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Educación, Formación y empleo, formula propuesta de resolución del contrato suscrito el 19 de septiembre de 2008 con la empresa portuguesa, al considerar que concurren las causas previstas en el artículo 111, letras e) y g) TRLCAP. Propone, asimismo, la devolución de los bienes suministrados y la incautación de la fianza definitiva, al amparo de los artículos 193 y 113.4, respectivamente, del indicado texto legal.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 16 de enero de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- De la normativa aplicable al contrato cuya resolución se pretende.

La entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el 30 de abril de 2008, obliga a efectuar una consideración acerca del derecho aplicable al contrato, a la luz de la Disposición transitoria primera de la indicada Ley.

Dicho precepto distingue en sus dos apartados entre expediente de contratación y contrato adjudicado. Así, los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva norma se rigen por la normativa anterior, precisando que los expedientes relativos a procedimientos negociados se entenderán iniciados en la fecha de aprobación de los pliegos. En el supuesto sometido a consulta la aprobación de los pliegos se produce el 29 de abril de 2008, un día antes de la entrada en vigor de la LCSP, por lo que el expediente de contratación se regía por el TRLCAP y normas de desarrollo.

Ahora bien, el expediente de contratación, entendido como conjunto de actuaciones a través de las cuales la Administración forma su voluntad contractual mediante la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos que desembocan en la licitación (Informe 31/2005, de 29 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), de conformidad con el artículo 94 LCSP, finaliza mediante un acto de aprobación del expediente por el órgano de contratación, que además dispone la apertura del procedimiento de adjudicación.

Es precisamente ese momento, el de adjudicación del contrato, el que determinará el régimen aplicable al contrato en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción, de conformidad con la Disposición transitoria primera, 2 LCSP, en cuya virtud, “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En el supuesto sometido a consulta, la adjudicación se produce por Orden de 3 de junio de 2008, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, por lo que, en aplicación, *sensu contrario*, del segundo apartado de su Disposición transitoria primera, el contrato se regirá en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la nueva Ley, si bien con las matizaciones que, en atención a la incidencia de los pliegos en el devenir del contrato se indican en la Consideración Cuarta de este Dictamen. En el mismo sentido se expresa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en informe 43/2008, de 28 de julio, que interpreta la indicada disposición transitoria:

“los actos de preparación del contrato, incluido el contenido de los pliegos, así como los relativos al procedimiento de adjudicación se deben regir por la norma vigente en el momento de publicarse el anuncio de licitación o de aprobarse los pliegos cuando se trate de un procedimiento negociado sin publicidad. Por el contrario, lo relativo a la ejecución, efectos y extinción del contrato se regirá por la norma vigente en el momento de la adjudicación, aún cuando sea distinta de la anterior. Esta conclusión, no obstante, hay que entenderla de forma matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de unos efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual. En tal caso, los efectos derivados de esta circunstancia debería regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aún cuando, con arreglo a la Ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos”.

En consecuencia, el contrato formalizado el pasado 19 de septiembre de 2008 se rigió, en cuanto a su preparación, por la normativa en materia de contratos administrativos previa a la entrada en vigor de la LCSP, si bien, en su cumplimiento, efectos y extinción, ha de regirse por la nueva Ley.

TERCERA.- De la conformación del expediente remitido al Consejo Jurídico y procedimiento.

1. 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) Copia compulsada del expediente administrativo completo (46.2, letra c) RCJ), debidamente foliado; extremo este último que no se ha cumplido.
- b) Los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen.

Examinado el expediente remitido, se advierte la ausencia de determinada documentación, singularmente, en relación con la modificación contractual operada sobre el acuerdo marco, respecto de la que no consta en el expediente ni la aceptación de la empresa portuguesa, que al parecer no se produjo, ni el documento en el que, según se afirma, dicha mercantil solicita no ser requerida para presentar ofertas en los sucesivos expedientes de contratación.

Del mismo modo, no consta en el expediente remitido a este Consejo Jurídico que fuera subsanado el reparo formulado en su día por el Servicio Jurídico de la Consejería, acerca de la ausencia de suficiente justificación en el expediente, tanto de las nuevas necesidades o causas imprevistas a que el artículo 101 TRLCAP condiciona la posibilidad de modificar los contratos administrativos, como de la concreción que de dichos requisitos se plasma en la Cláusula 15.2 PCAP del contrato marco, cuando exige la concurrencia de motivos de

interés público o de nueva tecnología o configuración, para que la Administración pueda introducir nuevos bienes de los tipos adjudicados o similares.

En cualquier caso, y sin entrar a considerar ahora si la modificación del acuerdo marco pudo estar afectada por una eventual causa de anulabilidad derivada de dicha ausencia de justificación, lo cierto es que la propia actuación de la empresa adjudicataria determina que quede vinculada por las prescripciones técnicas resultantes tras la modificación. Y ello porque deja inatacada la modificación, que deviene firme, presenta una oferta en el procedimiento negociado —que expresamente recoge en su clausulado que se rige por las condiciones del acuerdo marco ya modificado— y, finalmente, formaliza el contrato que incluye el indicado clausulado.

2. A la vista del expediente remitido, se considera que se ha seguido lo establecido en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del TRLCAP, que establece el procedimiento a seguir en materia de resolución de contratos administrativos, toda vez que consta el trámite de audiencia conferido al contratista y a su avalista, así como el informe del Servicio Jurídico de la Consejería contratante. La remisión reglamentaria que, respecto del procedimiento de resolución efectúa el artículo 207 LCSP debe entenderse referida al indicado precepto, hasta tanto se produzca el desarrollo normativo de la nueva Ley.

Asimismo, se cumple con los requisitos procedimentales exigidos por el artículo 195.1, 2 y 3 LCSP para la adopción de acuerdos relativos a la resolución de los contratos.

El presente Dictamen se dirige a cumplimentar el último de dichos trámites preceptivos.

CUARTA.- De las causas de resolución esgrimidas por la Administración.

La propuesta de resolución, con base en el informe de recepción del mobiliario, emitido por la Dirección General de Centros, se fundamenta en el incumplimiento de dos obligaciones esenciales del contratista:

- a) Ejecutar el contrato en el plazo establecido.
- b) Ajustar dicha ejecución a las especificaciones y condiciones establecidas en el pliego de características técnicas.

La eventual existencia de dos causas de resolución contractual obliga a anticipar el análisis de la posible demora del contratista, en aplicación de la consolidada doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado, según la cual ante la existencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico (por todos, STS de 29 de septiembre de 1997 y Dictamen del Consejo de Estado 3437/1999).

1. La demora del contratista.

El artículo 196.2, 3 y 4 LCSP, en redacción idéntica (salvo en la cuantía de las penalidades diarias a imponer) a la de su antecedente legislativo inmediato, el 95.1, 2 y 3 TRLCAP, dispone que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo. Su constitución en mora no precisará intimación previa por parte de la Administración, que, ante la demora imputable al contratista podrá optar indistintamente por la imposición de penalidades diarias o por la resolución del contrato.

El contrato cuya resolución se pretende fija un plazo total de ejecución de un mes, a contar desde el día siguiente a su formalización. Comoquiera que dicha formalización se produce el 19 de septiembre de 2008, los muebles cuyo suministro constituye el objeto de la contratación debían estar entregados en los centros de destino, como máximo el 19 de octubre. De conformidad con el informe de recepción del mobiliario, en 17 centros escolares algunos muebles se recibieron el 21 y 22 de octubre y, en un centro, faltaban por servir 9 sillas de Educación Infantil, afectando dichos retrasos al inicio de curso. En el posterior informe de la Dirección General de Centros por el que contesta a las alegaciones de la empresa, se afirma que el retraso afecta al 21% de los centros receptores, para razonar que la demora, si bien individualmente considerada no parece importante, en conjunto sí supone un notable incumplimiento del plazo.

Debe precisarse, no obstante que, en algunos de esos 17 centros, la empresa sirvió parte de los muebles con antelación a la finalización del plazo de ejecución del contrato, sin que el informe de la Dirección General de Centros precise qué muebles fueron puestos a disposición de la Administración antes y después de finalizar el plazo. Tampoco es suficientemente expresivo el indicado informe acerca de los perjuicios que, sobre el inicio del curso (en Educación Infantil y Primaria, enseñanzas impartidas por los centros afectados por los retrasos, comenzó el 10 de septiembre, conforme a la Resolución de la indicada Dirección General, de 29 de abril de 2008), tuvo el retraso de dos o tres días en servir una parte del mobiliario.

A la luz de lo expuesto, la demora en que incurre el contratista no reviste la entidad suficiente para constituir por sí misma causa de resolución contractual. Y es que, si bien la literalidad de la norma atribuye a la Administración una facultad de resolución ante la mora del contratista, aparentemente exenta de límites, pues puede optar entre extinguir el contrato o imponer penalidades, lo cierto es que debe efectuarse una interpretación de dicha facultad *“atemperada a las circunstancias de cada caso”* y *“a la mejor atención de los intereses públicos”* (Dictámenes del Consejo de Estado de 19 de octubre de 1989 (expte. 52254) y de 12 de julio de 1962 (expte. 28998), respectivamente). Así también, la STS de 14 de diciembre de 2001, cuando señala que *“la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas o si por el contrario procede sólo la imposición de penalidades (...) no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control”*.

La propuesta de resolución no realiza dicha ponderación ni justifica en qué medida la resolución del contrato beneficia más a los intereses públicos que su continuación con la imposición de penalidades por el retraso, ni en qué medida la demora afecta al cumplimiento de la finalidad perseguida con el contrato. De hecho, y como ya se dijo, la Administración no justifica en el expediente ni el alcance preciso del retraso (pues no se precisa qué muebles en concreto fueron servidos fuera del plazo de ejecución del contrato) ni los perjuicios que se derivan para el comienzo de curso del indicado retraso. Considera por ello el Consejo Jurídico que, en aplicación de un elemental principio de proporcionalidad y dada la escasa entidad del retraso padecido, no procede la extinción del contrato por esta causa, lo que obliga a entrar a conocer de la segunda causa de resolución contractual esgrimida.

2. Inadecuación de algunos muebles a las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas.

De conformidad con el artículo 206, letra g) LCSP, es causa de resolución del contrato “*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”.

La Cláusula 16.1 del PCAP, bajo el epígrafe “*obligaciones del contratista*” establece que la prestación se ejecutará por el contratista con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y en el propio PCAP, así como a la oferta presentada, “*observando fielmente lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como las instrucciones que le diere el Director del contrato*”. De donde cabe considerar que ésta es la primera y esencialísima obligación del contratista, pues de su cumplimiento, en la medida en que se vincula directamente al objeto mismo del contrato, depende que se alcance la finalidad o interés público a la que sirve. En consecuencia, se constituye en elemento básico de la relación jurídica entablada, permitiendo calificar tal obligación como esencial y su incumplimiento como causa de resolución contractual.

Ahora bien, el artículo 206, letra g) LCSP añade un inciso a su precedente legislativo inmediato, el artículo 111, letra g) TRLCAP, para exigir ahora que las obligaciones cuyo incumplimiento pueden dar lugar a la resolución del contrato sólo serán las calificadas como esenciales en los pliegos o en el contrato.

En el supuesto sometido a consulta, ni el PCAP ni el contrato establecen de manera expresa la calificación de esencial para ninguna obligación del contratista, ni siquiera para la que, como ya se ha dicho, cabe calificar como esencialísima en el devenir de la relación contractual. La causa de esta omisión debe buscarse en la ubicación temporal del contrato, en la transición entre dos regímenes jurídicos de contratación administrativa, los representados por el TRLCAP, que regía la elaboración del PCAP, y la LCSP, aplicable a la extinción del contrato, por razón de las fechas en que se aprobó el Pliego y fue adjudicado el contrato. En este contexto se impone una modulación en el cumplimiento de la exigencia formal constituida por la calificación expresa de la obligación como esencial, pues tal requisito no existía en el momento de aprobarse los pliegos, documentos que, además de formar parte del contrato, determinan su contenido.

En cualquier caso, no puede olvidarse que el artículo 268.1 LCSP dispone que “el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas”. La trascendencia de la indicada obligación es tal que ha merecido su inclusión en la Ley, de forma que debe operar al margen y con independencia de lo que digan los pliegos y el contrato, toda vez que, de conformidad con los artículos 19 y 192 LCSP, los contratos se rigen no sólo por lo establecido en los pliegos sino también, y sobre todo, por lo dispuesto en la Ley y sus normas de desarrollo. Por ello, aunque ni el pliego ni el contrato califiquen esta obligación como esencial, *ex lege* sí lo es, pudiendo amparar su incumplimiento la resolución del contrato, pues no puede interpretarse que sea intención del legislador la de dejar sin respuesta, con grave perjuicio para el interés público, incumplimientos del contratista vinculados a obligaciones tan trascendentes en el devenir del contrato que han merecido su plasmación en la propia Ley.

Dicho lo anterior procede acudir al expediente para determinar si está acreditado el incumplimiento contractual alegado.

La propuesta de resolución resulta suficientemente expresiva de las deficiencias observadas en los muebles recibidos, afectando aquéllas a una parte sustancial del objeto del contrato, pues, haciendo abstracción de defectos o incumplimientos de las prescripciones técnicas de escasa entidad (ausencia de marcas de identificación obligatoria, número de cerraduras de las mesas de administrativo, etc.) y considerando únicamente aquellos que afectan de forma sustancial a la funcionalidad, calidad y seguridad de los muebles suministrados (sillas, pupitres, mesas de profesor, encerados, sillones de profesor, etc.), los que presentan dichos defectos representan más del 50% del presupuesto del contrato.

Al margen del criterio puramente cuantitativo, queda acreditado en el expediente mediante el informe de recepción del mobiliario que una parte importante de los muebles servidos se separan de las prescripciones técnicas, determinando con ello una disminución en las condiciones de seguridad, calidad y durabilidad de los muebles. Sirva como ejemplo lo indicado respecto de los pupitres y sillas:

“Los pupitres según el apartado 3.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (página 91) habrán de tener “una estructura metálica, construida en perfil de acero de primera calidad, estirado en frío, con un espesor nominal de pared de 1,5 mm. y cuya superficie deberá estar exenta de irregularidades tales como rebabas, grietas, etc., según norma DIN 1623 y 2394. El diámetro nominal de la estructura será de 25 mm. Las diferentes piezas componentes de la estructura estarán unidas entre sí mediante soldadura de tipo oxiacetilénica por arco en atmósfera inerte o por resistencia por presión (DIN 1912). En cualquiera de las distintas formas de soldadura no presentarán rebabas hirientes. En cualquier caso, las dos soldaduras posteriores de los pórticos de las patas, y los puntos de unión con las barras transversales de arriostamiento, irán hechos por soldadura por arco con una longitud de 15 mm como mínimo”.

En los pupitres entregados la estructura metálica no es redonda en forma de tubo, las uniones de las distintas piezas presentan huecos sin soldar y rebabas hirientes para los alumnos.

En cuanto a la cesta portalibros de los pupitres se señala (página 93) lo siguiente: “El cesto portalibros estará construido en varilla calibrada de 4 y 8 mm de diámetro, soldado mediante cordones de 15 mm de longitud, según dibujos adjuntos, e incorporará dos ganchos para colgar carteras (una a cada lado del pupitre). El cesto irá soldado a un tubo de las mismas características que el resto de la estructura y a la cual va a su vez soldado, que abarcará los laterales y trasera, su diámetro nominal será de 20 mm. El recubrimiento de la varilla será de pintura de las mismas características que el de la estructura (apartado 3.1)”.

Los cestos portalibros son una balda de madera con los cantos sin redondear. La tapa es aceptable en cantos y acabado, pero con laminado estratificado inferior a 1 mm que exige el pliego.

El estante bajo la tapa en tablero melamínico es de aristas vivas, sin tope trasero y situado a una altura en la cual se roza con las piernas, el Pliego exige varilla metálica con tope trasero situado en otra posición donde se minimiza el roce con las piernas si lo hubiera. Además hay una escasa fijación de la tapa de la armadura, terminaciones soldadas en la estructura con riesgo de lesiones para el alumno y el diámetro y espesores de tubo no son los exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

La silla de aluminio de los pupitres ha de estar constituida según el apartado 3.1 del Pliego (página 93) “por una base sólida y estable (estructura) a la cual se fijarán solidariamente el asiento y el respaldo. La silla será apilable”. En cuanto a la estructura, dispone el Pliego que “las calidades y construcción, iguales a las definidas para el pupitre (apartado 3.1), siendo el diámetro nominal del tubo de éstas de 20 mm. En el modelo M 19 el diámetro del tubo será de 22 mm. El tubo del respaldo se cerrará con casquillos o tapones metálicos soldados”.

Los tubos de la estructura de las sillas entregadas presentan un diámetro nominal superior a 20 mm, aumentando el peso de las mismas, y los tubos del respaldo no se cierran con casquillos o tapones metálicos soldados.

El asiento, según el pliego “irá provisto de una concavidad anatómica basada en una profundidad de huella de 10 mm, centrada a 1/3 del fondo del asiento y disminuyendo proporcionalmente hacia los lados”.

En las sillas entregadas el asiento es plano, sin concavidad anatómica, por lo que los alumnos se resbalan al sentarse.

Por otra parte el frente del asiento (página 94 del pliego) “tendrá una curvatura de 50 mm de radio, construido en madera contrachapada, cubierta por su cara vista de laminado decorado (color verde claro) de superficie mate, rugosa de un espesor mínimo de 0.8 mm., y por su dorso del mismo material y espesor. La periferia del asiento se mecanizará de modo que las aristas queden redondeadas con un radio mínimo de 2 mm”. En cuanto a los materiales del asiento, se establece en el Pliego que “el contrachapado será confeccionado con siete hojas de madera de haya o de mayor dureza, de 1,2 mm de espesor por aportación de capas de urea/formol, con una dosificación de 180 gr/m² como mínimo, y sometidas a la presión necesaria, asegurando con ello una perfecta adherencia. Los laminados serán del tipo estratificado a base de resinas de poliéster, con espesores de 0,8 mm en ambas caras”.

Tampoco se han tenido en cuenta las características requeridas para el respaldo, dado que la curvatura del mismo es menor a la indicada, por lo que resulta muy incómodo para el alumno, puesto que se marca el final superior del mismo en la espalda del niño. Por su parte, los tapacubos tampoco cumplen las características técnicas exigidas.

En resumen, las sillas de los alumnos presentan las siguientes deficiencias con respecto al Pliego de Prescripciones Técnicas:

Asientos y respaldos que carecen de las curvaturas anatómicas que indica el Pliego.

Laminado estratificado de melanina de 0,5 mm de espesor, en lugar del laminado de poliéster de 0,8 mm.

Chapas de madera de una densidad baja.

Acabado de los cantos deficiente (rasposo).

Laminados aplicados sobre la chapa de madera de poca densidad hacen quebradizo el respaldo.

Armadura con tapones de plástico, en los extremos superiores de las patas traseras, estos tapones deberían ser metálicos, ya que los de plástico los pueden extraer los niños, con el peligro de corte que puede suponer.

Patatas de las sillas en los extremos inferiores: el pliego exige pvc de dos durezas, a fin de que no resbale por el suelo con facilidad, los utilizados son de un solo componente y más duros, siendo por lo tanto más resbaladizos.

Los diámetros y espesores de los tubos no son los especificados en el pliego de prescripciones técnicas, resultando una armadura de menor costo y seguridad”.

El contratista, por su parte, alega que el mobiliario entregado se ajusta a las prescripciones técnicas, lo que es negado por la Administración en el informe de recepción del mobiliario.

Afirma, asimismo la empresa suministradora que el pliego de prescripciones técnicas no recogía la relativa a la curvatura anatómica de los respaldos. No obstante, la lectura del pliego, en su apartado 45 (Sillas M01, M02, M03 y M19), subapartado 3.3 (Respaldo) confirma que sí se exigía dicha curvatura (pág. 98 del pliego).

Frente a la alegación de que el acabado de los tableros de los pupitres cumple las exigencias mínimas, el pliego exigía que la pieza portalibros no fuera un tablero bajo la tapa, como el suministrado, sino un cesto portalibros de varilla metálica, con otras funcionalidades añadidas, como una percha lateral para carteras y mochilas.

Respecto de las perchas de pared, el informe de recepción del mobiliario si bien pone de manifiesto su peligrosidad para los escolares, no precisa en qué medida incumplen las prescripciones técnicas que rigen el contrato. De hecho, consultado el Pliego, se indica en él que “los ganchos de colgar tendrán la forma indicada en el plano correspondiente”, plano éste que, sin embargo, no se incluye en la documentación remitida al Consejo Jurídico.

En cualquier caso, las alegaciones de la empresa no alcanzan a rebatir todos y cada uno de los incumplimientos de las prescripciones técnicas puestos de manifiesto en la recepción del mobiliario, limitándose a efectuar una manifestación genérica de ajuste a dichas especificaciones.

En consecuencia, cabe considerar acreditado que la empresa suministradora ha incumplido la obligación esencial que le incumbía de poner a disposición de los centros educativos el material cuyo suministro constituye el objeto del contrato, con estricta observancia del pliego de prescripciones técnicas, lo que permite concluir en la existencia de la causa de resolución contractual establecida por el artículo 206, letra g) LCSP.

Comoquiera que el contratista no ha justificado la concurrencia de circunstancias ajenas a él mismo que resultaran determinantes de la defectuosa ejecución del contrato, cabe considerar que el incumplimiento del contrato sólo a él es imputable, bien por desconocimiento de las prescripciones técnicas del contrato, bien por desatención a las mismas.

QUINTA.- Consecuencias de la resolución del contrato.

De conformidad con el artículo 208.4 LCSP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

A diferencia de su antecedente legislativo inmediato, el 113.4 TRLCAP, el precepto no impone la incautación de la garantía como efecto propio y necesario de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, lo cual no debe interpretarse en el sentido de que no pueda la Administración retener dicha garantía. En efecto, una interpretación sistemática de la Ley permite vislumbrar que, aunque el artículo 208.4 guarda

silencio acerca de la incautación de la garantía, el artículo 88, letra c) LCSP, al regular las responsabilidades a que están afectas las garantías, establece que éstas responden “de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”. Ante el silencio del contrato acerca del destino de la fianza constituida en caso de resolución de aquél, la LCSP establece, en su artículo 90.1, que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, “o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista”.

De la aplicación, *contrario sensu*, de esta última previsión, atendida la naturaleza de la garantía definitiva, como pena convencional para que, en caso de incumplimiento del contratista, la Administración pueda exigir la pena como importe mínimo del daño (STS, de 3 de febrero de 1998), y alcanzada la conclusión de que la resolución contractual propuesta es imputable al contratista, resulta que no procede devolver la garantía definitiva constituida en el presente contrato, máxime si la Consejería consultante, a resultados de la resolución contractual incoa un procedimiento contradictorio para determinar y exigir al contratista los daños y perjuicios derivados de la indicada resolución, pues, en tal supuesto, la indemnización habría de hacerse efectiva, en primer término, sobre la fianza definitiva.

En presencia de un contrato de suministro, resulta asimismo de aplicación lo dispuesto en el artículo 276.1 LCSP, en cuya virtud, la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y el importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad. Comoquiera que no consta que se haya efectuado pago alguno por la Administración y que ésta, a la luz de la propuesta de resolución considera conveniente devolver todos los muebles suministrados, sin adquirir los entregados y que sean conformes con las prescripciones técnicas, procede la devolución de todo el mobiliario objeto del contrato.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato cuya resolución se pretende es el establecido en la LCSP, de conformidad con lo expuesto en la Consideración Segunda de este Dictamen, lo que exige adaptar los términos de la propuesta de resolución.

SEGUNDA.- Con la matización efectuada en la Conclusión Primera, se informa favorablemente la propuesta de resolución al advertir el Consejo Jurídico la concurrencia de la causa de resolución contractual prevista en el artículo 206, letra g) LCSP, de conformidad con lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- Los efectos de la resolución del contrato serán los indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 23/09.- Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia.**Consultante: Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)****Fecha: 16/02/09****Extracto de Doctrina**

Una correcta técnica normativa aconsejaba que el Proyecto abordase no sólo el procedimiento de inscripción en el Registro, sino también su organización y funcionamiento, desarrollando así de forma completa el artículo 22 LV.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 18 de enero de 2006, el Secretario Autonómico de Acción Social propone a la Consejera de Trabajo y Política Social la elaboración de un Proyecto de Decreto por el que se regule la Organización y Funcionamiento del Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia (en lo sucesivo, el Registro), en desarrollo de lo previsto en la Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado en la Región de Murcia (en adelante, LV).

SEGUNDO.- Elaborado un primer borrador del Proyecto citado, se emite Memoria Económica en la que se concluye que la entrada en vigor de la norma proyectada supondrá, en el primer ejercicio de su vigencia, unos gastos de personal y de inversiones y, a partir de la puesta en marcha del Registro, solamente gastos de personal. El cálculo exacto de dichos gastos figura en anexos a la Memoria.

TERCERO.- Junto con el borrador y la citada Memoria Económica se incorpora al expediente la siguiente documentación:

a) Memoria de oportunidad, elaborada por el centro directivo impulsor del Proyecto, que sitúa la necesidad y oportunidad de su aprobación en el desarrollo del artículo 22 LV, precepto que crea el Registro cuyo desarrollo ahora se pretende abordar.

b) Certificado expedido por el Secretario del Consejo Regional de Servicios Sociales, acreditativo del informe favorable recibido por el Proyecto tras su consideración por el referido órgano en sesión celebrada el 13 de diciembre de 2006.

c) Escritos y acuses de recibo acreditativos de haber sometido el Proyecto a la consideración de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, así como a un elevado número de entidades sin ánimo de lucro que cuentan, entre sus actividades, la del voluntariado.

d) Informe de impacto de género, en el que se afirma que la aprobación de la norma proyectada no provoca impacto alguno por razón de género.

e) Documentación acreditativa de las reuniones mantenidas con técnicos responsables de voluntariado de las distintas Consejerías de la Administración autonómica, para consensuar el contenido del Proyecto.

f) Informe emitido con fecha 12 de febrero de 2007 por la Dirección General de Presupuestos y Finanzas de la Consejería de Economía y Hacienda, en el que se concluye lo siguiente: *“...de acuerdo con la información suministrada en la memoria económica elaborada por la Secretaría General de la Consejería de Trabajo y Política Social, la aprobación del Decreto por el que se regula el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia tendría como repercusión en el ejercicio 2007 un incremento presupuestario en cómputo anual del programa 313J “Inmigración, Voluntariado y Otros Colectivos”, cifrado aproximadamente en 97.617 euros, incremento que, al no haber sido contemplado (al menos en su mayor parte) inicialmente en los Presupuestos de dicho ejercicio, debería ser objeto de financiación mediante las oportunas modificaciones de crédito”.*

g) Informes de los Servicios Jurídicos de las Consejerías de Turismo, Comercio y Consumo; de Presidencia; y de Sanidad, mediante los que se pone de manifiesto la conformidad con el Proyecto, si bien en los primeros informes se contienen una serie de observaciones al articulado.

h) Informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante en el que se muestra su conformidad al texto, aunque también indica que hubiese sido deseable que el Proyecto abordase no sólo el procedimiento de inscripción en el Registro, sino también su organización y funcionamiento, desarrollando así de forma completa el artículo 22 LV.

CUARTO.- Recabado el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES) es emitido el día 4 de mayo de 2007, haciendo constar la valoración positiva que el Proyecto le merece, no obstante lo cual señala una serie de sugerencias tendentes a mejorar el texto, entre las que destaca la relativa a la conveniencia de regular en una sola norma el Registro y el Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia, debido a la estrecha relación que se establece entre ambas instituciones. Apunta que, para el supuesto de que no se considere adecuada la regulación conjunta, al menos se debe garantizar la imprescindible coordinación entre ambas regulaciones, sobre todo en lo que se refiere a la entrada en vigor de los correspondientes Decretos.

QUINTO.- Por el Jefe del Servicio de Desarrollo Normativo de la Consejería consultante se emite, con fecha 3 de marzo de 2008, informe en el que se analizan las propuestas del CES, señalando las que se acogen y las que se rechazan.

SEXTO.- El borrador resultante se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos recabando su preceptivo informe, el cual es emitido el 8 de abril de 2008, con observaciones al texto entre las que destaca la relativa a la conveniencia de que el Proyecto, tal como anuncia en su parte expositiva, abordara también la regulación relativa a la organización y funcionamiento del Registro.

Por el Jefe del Servicio de Desarrollo Normativo de la Consejería consultante se emite, con fecha 10 de abril de 2008, informe en el que se analizan las propuestas de la Dirección de los Servicios Jurídicos y se acogen todas salvo la que se refiere a la ampliación del objeto de la norma proyectada. Para salvar la falta de adecuación entre la parte expositiva y el contenido del artículo 1, se elimina de la primera la referencia que se contenía en relación con la organización y funcionamiento del Registro.

También se acoge la sugerencia del citado Centro Directivo en relación con la necesidad de que el informe del Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la extinta Consejería de Trabajo y Política Social, fuese validado por el Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente.

SÉPTIMO.- Con fecha de registro de entrada de 6 de mayo de 2008, se ha recabado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Decreto, al que se acompaña el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), pues se trata de un Proyecto de disposición de carácter general dictado en desarrollo o ejecución de la LV.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación legislativa.

El Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen no plantea problema alguno desde el punto de vista competencial. Para sustentar esta afirmación basta con remitirse a nuestro Dictamen 164/2003, emitido en relación con el que fuera Anteproyecto de la LV, en el que se concluía afirmando que *“la materia del voluntariado no ha sido expresamente atribuida al Estado por la Constitución, sino que ésta, en su artículo 9.2, impone a los poderes públicos in genere la obligación de promover la participación ciudadana. En términos similares se expresa el EAMU cuando establece para la Comunidad Autónoma la obligación de proteger e impulsar la participación de los murcianos en la vida política, económica, cultural y social, constituyendo la promoción y fomento del voluntariado una vía primordial para dicha participación en determinados sectores, sobre la mayoría de los cuales el propio Estatuto asigna a la Comunidad competencias —unas de carácter exclusivo, otras sólo en cuanto al desarrollo legislativo—, de las que cabría derivar la competencia de aquélla para regular el voluntariado”*. Títulos competenciales que se recogen, de forma exhaustiva, en el citado Dictamen.

La norma que se pretende aprobar tiene su base legal inmediata en el artículo 22 y en la Disposición final primera de la LV. El primero crea el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia, que será público y gratuito y que tendrá por objeto la inscripción de las entidades que cumplan los requisitos previstos en dicha Ley. Según el apartado 1 *in fine* y 4 de este precepto, reglamentariamente se determinará la inscripción, cancelación y el acceso a dicho Registro, así como la organización y funcionamiento del mismo. Por su parte la Disposición final primera establece que el Consejo de Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la Ley, aprobará una norma reglamentaria que desarrolle las prescripciones contenidas en el texto legal respecto del Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia. El Proyecto constituye, pues, un desarrollo parcial de la LV, gozando, así, de la debida cobertura legal.

Sin perjuicio de lo anterior, se constata que la LV, una vez transcurrido los tres meses de *vacatio legis* previstos en su Disposición final segunda, entró en vigor el 10 de febrero de 2005 y, por lo tanto, el plazo habilitado en su Disposición final primera para el desarrollo reglamentario de las previsiones legales en lo que al Registro General de Entidades de Voluntariado se refiere, terminó el 10 de febrero de 2006; circunstancia que merece las siguientes observaciones:

1ª. Como tiene declarado reiteradamente el Consejo de Estado, el que haya transcurrido el plazo señalado por la ley para dictar el reglamento, no significa que el Gobierno haya perdido la oportunidad de hacerlo ya que su potestad reglamentaria es originaria, como procedente directamente del artículo 97 CE, y no requiere una específica habilitación legal. Lo que hace la ley no es autorizar al Gobierno para reglamentar, sino obligarle a hacerlo dentro de un plazo, cuyo incumplimiento no obsta que la potestad reglamentaria deba desarrollar la ley (Dictamen 43.819, de 4 de febrero de 1982, entre otros muchos). En consecuencia, aunque el Gobierno regional no ha cumplido el mandato del legislador con la celeridad que debiera, no por ello deja de poder hacerlo ahora.

2ª. Tal como han indicado otros órganos preinformantes, una correcta técnica normativa aconsejaba que el Proyecto abordase no sólo el procedimiento de inscripción en el Registro, sino también su organización y funcionamiento, desarrollando así de forma completa el artículo 22 LV. Pues bien, esta acertada observación se ve reforzada por el hecho de que el Consejo de Gobierno se encuentre, en estos momentos, en una situación de incumplimiento del plazo legal para reglamentar en su totalidad las prescripciones relativas al Registro, lo cual, sin entrar a enjuiciar las razones que tenga para omitir parte de dicha regulación —las que, por cierto, no explica en ningún momento— no resulta admisible, pues lo sitúa en una actitud de persistente desatención al mandato que en su momento le dio el legislador.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido, sistemática y competencia orgánica.

I. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004), si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) El expediente carece de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de trabajo y política social al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

b) El trámite consistente en la preceptiva memoria que justifique la oportunidad del Proyecto y que incluya la motivación técnica y jurídica, de las concretas determinaciones normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, no puede entenderse cumplimentado con la escueta fundamentación contenida en el informe-memoria que contiene el expediente.

c) La Memoria económica elaborada por el Servicio Económico de la Consejería proponente y el Informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, deben ser actualizados con datos referentes al ejercicio presupuestario en el que la norma vaya a ser aprobada y publicada.

d) Obra en el expediente un “informe” sobre el impacto de género del Decreto que se pretende aprobar, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

No obstante, al limitarse el informe a manifestar que la disposición proyectada no provoca ningún impacto en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el trámite sólo puede entenderse cumplimentado desde un punto de vista formal y, por ende, resulta insuficiente en orden a satisfacer la finalidad exigida por la Ley 6/2004 de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no deberían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación.

La utilización de esta fórmula genérica de ausencia de implicaciones de género ha sido ampliamente rechazada por este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes y en su Memoria del año 2007.

e) Consta acreditado en el expediente que en trámite de audiencia se dio traslado del Proyecto a numerosas entidades que, se supone, realizan actividades de voluntariado, pero, sorprendentemente, no figura incorporada alegación alguna, se deduce que por no haberse formulado, pero tal circunstancia debe indicarse de modo expreso.

f) No se ha incorporado al expediente una valoración crítica de la totalidad de las alegaciones y observaciones vertidas durante el trámite de audiencia, que justifique la asunción o rechazo de aquéllas, sólo se ha llevado a cabo dicha actuación valorativa respecto de las formuladas por el CES y por la Dirección de los Servicios Jurídicos.

g) Como respuesta a una consideración efectuada por la Dirección de los Servicios Jurídicos que ponía de relieve la conveniencia de que el Proyecto regulase también la organización y funcionamiento del Registro —tanto porque así viene previsto en la LV, como porque el propio texto en su parte expositiva lo anuncia de este modo—, se procede a eliminar de la parte expositiva la referencia que se contenía sobre dicha regulación, pero en ningún momento se justifica la opción normativa de desarrollar parcialmente el artículo 22 LV.

h) Se ha omitido la relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma. La omisión de este requisito no es coherente con la inclusión en el Proyecto de una disposición derogatoria, ni con la previsión de realizar una inscripción de oficio de entidades que ya se encuentren inscritas en otros registros similares, lo que suscita duda sobre la posible incidencia de la norma que se pretende aprobar sobre las que regulan esos “registros similares”.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva, doce artículos distribuidos internamente en tres Capítulos, una Disposición adicional, una Disposición derogatoria y una Disposición final.

III. La sistemática seguida por el Anteproyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). No obstante, cabe formular las siguientes sugerencias que, de ser aceptadas, mejorarían notablemente el texto objeto del presente Dictamen:

a) El Título del Proyecto aparece redactado íntegramente en letras mayúsculas lo que resulta inadecuado atendiendo lo que, a este respecto, se señala en la Directriz 102 de las anteriormente mencionadas.

b) En la fórmula promulgatoria cabe efectuar una observación respecto de la referencia que se contiene a los informes del CES y del Consejo Regional de Servicios Sociales que, a tenor de lo dispuesto en la Directriz 13, deben figurar en párrafo independiente, antes de la fórmula promulgatoria, reservando esta última —según la Directriz 16— para hacer referencia al Consejero proponente (no a la Consejería), y al presente Dictamen, utilizando la fórmula, según proceda, de “oído” o “de acuerdo con” el Consejo Jurídico de la Región de Murcia. También ha de eliminarse de la fórmula promulgatoria la referencia a la habilitación legal que ampara el ejercicio de la potestad reglamentaria que supone el Decreto que se pretende aprobar. Esta referencia debe reflejarse en un párrafo independiente (Directriz 14 en relación con las Directrices 13 y 16).

IV. Por último, corresponde al Consejo de Gobierno la facultad de aprobar el Proyecto como Decreto, de conformidad con la potestad que, de forma genérica, le viene atribuida por lo dispuesto en los artículos 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004 y, además, de forma específica para la materia que nos ocupa, por la Disposición final primera LV.

CUARTA.- Observaciones concretas al contenido del Proyecto.

I. Como reiteradamente ha manifestado este Órgano Consultivo, el Título de una norma debe ser indicativo del contenido y objeto de aquella, reflejando con exactitud y precisión la materia regulada, cualidad ésta que no es predicable del que encabeza el Proyecto, pues anuncia una regulación completa del Registro cuando, como se ha dicho anteriormente, el texto no recoge el desarrollo reglamentario correspondiente a la organización y funcionamiento del Registro al que se refiere el apartado 4 del artículo 22 LV. Resultaría, pues, necesario modificar el Título concretando los aspectos que se regulan (inscripción, cancelación y acceso al Registro), logrando así que la denominación del Reglamento sea realmente explicativa de su contenido.

II. El artículo 1 pretende definir el objeto del Proyecto, aunque en realidad se limita a reproducir el título y, por lo tanto, las objeciones que se contienen en el apartado anterior en relación con dicho Título son predicables también del precepto que ahora nos ocupa.

III. El artículo 12.2 LV establece que “las entidades de voluntariado deberán estar debidamente inscritas en el Registro de Entidades de Voluntariado de la Región Murcia y en aquellos otros registros que les corresponda, por razón de su naturaleza jurídica y normativa que le sea aplicable”. Vemos, pues, que la inscripción se configura por la LV con carácter obligatorio, de ahí que tanto la intitulación como el contenido del artículo 2 del Proyecto deben modificarse, pues su redacción actual se corresponde con un carácter voluntario de la inscripción que resulta contrario a la Ley que desarrolla. El precepto podría rubricarse con la leyenda “ámbito subjetivo del Registro”, y el término “podrán inscribirse”, con el que comienza el contenido del artículo debe sustituirse por el de “se inscribirán”.

Por otro lado, el precepto se acoge a la técnica denominada *lex repetita* al establecer las entidades que han de inscribirse en el registro, remitiéndose para ello al contenido del artículo 10 LV, al que cita y reproduce, pero, esto último, no lo hace correctamente al obviar el requisito legal de que dichas entidades “estén debidamente registradas y legalmente constituidas conforme a la normativa que le sea aplicable”.

Finalmente, por razones de simplicidad, también se sugiere que, una vez citado el nombre completo del Registro en el artículo 1, se elimine esta denominación amplia y se le cite de modo genérico, como se hace en otros preceptos posteriores del Proyecto.

IV. El apartado 1 del artículo 3 establece la gratuidad del Registro, previsión que encuentra cobertura en el artículo 22.1 LV. Asimismo señala que “sus datos serán públicos, regulándose su acceso a ellos por parte de los ciudadanos en los términos y condiciones establecidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”. La redacción del precepto no es afortunada, pues sugiere una posible regulación —se supone que en otra norma distinta a la que ahora nos ocupa— del acceso a los datos que se contengan en el Registro. Para evitar esta confusión sería conveniente sustituir dicha redacción por la siguiente: “sus datos serán públicos y el acceso a ellos por los ciudadanos se ejercerá en los términos y condiciones establecidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

V. En el apartado 2 del artículo 3 del texto sometido a consulta se recoge que la inscripción en el Registro “será condición indispensable para desarrollar proyectos y actividades en materia de voluntariado, así como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.2 de la citada Ley 5/2004, para acceder a las ayudas y subvenciones públicas y celebrar convenios con las Administraciones Públicas en dicha materia, todo ello en el ámbito territorial de la Región de Murcia”.

Es necesario recordar aquí lo que, al respecto, se prevé en la LV, que en su artículo 12.2, destinado a regular las obligaciones de las entidades de voluntariado, dispone “que las entidades de voluntariado deberán estar debidamente inscritas en el Registro de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia y en aquellos otros registros que les corresponda, por razón de su naturaleza jurídica y normativa que le sea aplicable”. Por otro lado, el artículo 22.2 del citado texto legal señala que “la inscripción en el Registro será condición indispensable para acceder a las ayudas y subvenciones públicas en materia voluntariado, así como para celebrar convenios con las Administraciones públicas en dicha materia”.

Establecido así el régimen legal sobre el tema que nos ocupa, debemos, ahora, determinar si entre el contenido del artículo 3.2 del Proyecto antes transcrito existe la debida conexión con el texto legal habilitante, de modo que en cualquier caso quede garantizado que su contenido se está desarrollando dentro de los límites de la facultad reglamentaria conferida por la ley. Para ello, conviene que analicemos, por separado, las tres consecuencias negativas que, según el Decreto que se pretende aprobar, tendría para las Entidades de Voluntariado el incumplimiento de la obligación que la LV les impone de inscribirse en el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia.

En primer lugar tendríamos “la imposibilidad de desarrollar proyectos y actividades en materia de voluntariado”, lo que, en definitiva, supone que las Entidades de Voluntariado no podrían llevar a cabo las actividades para las que han sido creadas de acuerdo con la normativa aplicable atendiendo a su naturaleza jurídica (asociación, fundación, etc), previsión ésta que resulta totalmente improcedente al no encontrar cobertura en el texto legal al que desarrolla, salvo, claro está, que la inscripción registral se configure como requisito previo e indispensable para que dichas actividades sean reconocidas a los exclusivos efectos de la LV, lo que concuerda con la previsión legal plasmada en el artículo 10.1, según la cual “a los efectos previstos en la presente Ley, tendrán la consideración de entidades de voluntariado...”, en cuyo caso debe recogerse en este sentido en el texto del Proyecto.

En segundo lugar nos encontraríamos con la imposibilidad de “acceder a las ayudas y subvenciones públicas”. La previsión reglamentaria sí que encuentra aquí cobertura en la LV, pero resulta necesario aclarar, en consonancia con el texto legal, que dichas ayudas y subvenciones lo son en materia de voluntariado, ya que tal como aparece ahora mismo redactado el Proyecto la prohibición alcanzaría a todo tipo de ayudas oficiales.

En tercer y último lugar la falta de inscripción impediría a las Entidades de Voluntariado celebrar convenios con las Administraciones públicas en materia de voluntariado, siendo, aquí, el contenido del Proyecto totalmente respetuoso con el tenor de la ley.

A lo anterior cabe añadir que existe otra consecuencia negativa que se deriva de la falta de inscripción, consistente en la imposibilidad de integrarse en las acciones previstas por el Plan regional para la promoción y fomento del voluntariado en la Región de Murcia, al que se refiere el artículo 28.1 LV, que debería contemplarse en el precepto que ahora se analiza.

VI. En el apartado 1 del artículo 4 debe sustituirse el pronombre “ésta” por “aquella”, pues, de lo contrario, el precepto establecería que por la Consejería competente en materia de voluntariado se determinará el modelo no de la solicitud, sino de la entidad interesada.

La redacción del apartado 2 de este artículo es confusa e incorrecta. Se propone sustituirla por la siguiente: “Las solicitudes de inscripción se presentarán en el Registro de la Consejería a la que se hace referencia en el apartado anterior o por cualquiera de los medios admitidos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

VII. El título del artículo 5 debe adecuarse a su contenido haciendo mención a la única previsión que en él se contiene que no es otra que la de subsanación de los defectos en los que hubiera podido incurrir la solicitud; se debe, pues, eliminar la referencia a la “mejora” de la misma.

Por otro lado, el requerimiento para la subsanación habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 71.1 LPAC, cuyos términos debe respetar el precepto examinado, lo que se cumpliría del mejor modo posible si se reprodujese literalmente su contenido o se efectuara una remisión al citado artículo 71.1.

VIII. En el artículo 6 se debe sustituir la referencia al “órgano directivo que resulte competente en razón de la materia” por la del “órgano que resulte competente atendiendo al área de interés general a cuya satisfacción se dirija la actividad de la entidad solicitante”, pues el órgano competente en razón de la materia será siempre la Consejería en la que se hallen ubicadas las competencias de voluntariado y, por lo tanto, a la que se encuentra adscrito el Registro según establece el artículo 22.1 LV y en la que se integrará la Dirección General que, a tenor del artículo 7 del Proyecto, ha de resolver el procedimiento de inscripción.

Por otro lado, la admisión expresa a la posibilidad de solicitar un informe exige prever, para el supuesto de que el mismo se incorporase al expediente, un trámite de audiencia en los términos establecidos en el artículo 84 LPAC.

IX. Debería revisarse la redacción del artículo 7 que resulta bastante confusa e inconexa, eliminando, en todo caso, el adjetivo “social” que se utiliza al denominar a la Dirección General competente en materia de Voluntariado, puesto que las áreas sobre las que pueden incidir la actividad del voluntariado son mucho más amplias (art. 4 LV).

X. La inscripción de oficio que se prevé en el artículo 8 constituye un régimen especial de inscripción dirigido a las Entidades de Voluntariado cuyas actividades estén ya inscritas en otros Registros similares, resultando, pues, más correcto que su contenido se ubicara como una Disposición Transitoria, pues, según la Directriz 40 de las de Técnica Normativa, este tipo de disposiciones incluirán los preceptos que, como el que ahora se comenta, “establezcan una regulación autónoma y diferente de la establecida por las normas nueva y antigua para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición”.

XI. En el apartado 2 del artículo 10 debe suprimirse el adjetivo “social”, por las razones que se contienen en el epígrafe IX precedente, sugerencia que se hace extensiva a todas las citas que en el texto se contienen a la Dirección General de Voluntariado social.

La redacción final de este apartado mejoraría desde un punto de vista de corrección gramatical si se sustituyese la expresión “debiendo mantener en cualquier caso” por “siempre y cuando se mantenga el cumplimiento de”.

Por último, los requisitos que se ha de acreditar que se mantienen para que se lleve a cabo la modificación en los datos que constan en el Registro, no pueden ser otros que los que se establecen en el Proyecto para que la inscripción se efectúe. En este sentido, resulta necesario sustituir la expresión final “los requisitos establecidos en la legislación vigente en materia de voluntariado” por la más correcta de “los requisitos establecidos en el presente Decreto para la inscripción de la entidad”.

XII. La exención de inscripción que realiza la Disposición adicional única a favor de “las entidades y organismos de cualquier Administración Pública de la Región de Murcia” carece de disposición legal que le otorgue cobertura. En efecto, la LV tras definir en su artículo 10 a las entidades de voluntariado como aquellas entidades, públicas o privadas, cualquiera que sea su forma jurídica, que con personalidad jurídica propia y sin ánimo de lucro, estén debidamente registradas y legalmente constituidas conforme a la normativa que le sea aplicable, añade, en el artículo 12.2, la obligación que dichas entidades tienen de estar debidamente inscritas en el Registro de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia, sin establecer excepción alguna. Cabe admitir que las Administraciones Públicas no precisen inscribirse en el Registro para llevar a cabo de modo directo actividades de voluntariado, pero cuando éstas se ejecuten por entidades del sector público con personalidad jurídica privada (piénsese en una Fundación constituida íntegramente por Administraciones públicas), la obligación legal de registrarse les alcanza de igual forma que a las entidades privadas.

XIII. Se podría añadir una Disposición transitoria relacionada con la transitoria única de la LV, ya que ésta dispone que “Las entidades de voluntariado o que dispongan del personal voluntario a la entrada en vigor de esta Ley, deberán ajustarse a lo previsto en la misma en el plazo de seis meses de la entrada en funcionamiento del Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia”. Resulta, pues, conveniente incluir una disposición de idéntico carácter que recuerde que a la entrada en vigor del Decreto proyectado empezará a contar el plazo de seis meses previsto en la LV para que las entidades de voluntariado se ajusten a sus previsiones.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a este Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- El procedimiento de elaboración de la norma se ha atendido a las reglas legalmente previstas, sin perjuicio de que se atienda la observación contenida en el apartado c) de la Consideración Tercera, en relación con la necesidad de actualizar la Memoria económica y el Informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, con datos referentes al ejercicio presupuestario en el que la norma vaya a ser aprobada.

TERCERA.- En términos generales, el Proyecto de Decreto respeta el ordenamiento jurídico. No obstante deben ser tenidas en cuenta las siguientes observaciones que se formulan con carácter esencial:

- La que se efectúa en relación con el carácter obligatorio de la inscripción en el Registro, con el fin de que se ajuste al contenido de la Ley (Consideración Cuarta, III).
- La relativa a la necesidad de que las consecuencias negativas que se prevén en el artículo 3 del Proyecto ante la falta de inscripción en el Registro, se ajusten a las prescripciones legales sobre dicho tema (Consideración Cuarta, IV).
- La que se indica sobre la necesidad de que el contenido del artículo 5 se adecue a lo preceptuado en el artículo 71.1 LPAC o, en su defecto, se efectúe una remisión a dicho precepto (Consideración Cuarta, VII).
- La relativa a la necesidad de prever un trámite de audiencia para el supuesto de que se incorporase al expediente informe de la Dirección General competente por razón del área sobre la que recayese la actividad de la entidad solicitante de la inscripción (Consideración Cuarta, VIII).
- La que se efectúa en relación con la modificación que se ha de llevar a cabo en el artículo 10.2, de modo que quede claro que los requisitos cuyo cumplimiento ha de mantenerse para que se lleve a cabo la inscripción de una modificación, son los mismos que se establecen en el Proyecto para la inscripción (Consideración Cuarta, XI).
- La relativa a la improcedencia, por falta de cobertura legal, de eximir del requisito de la inscripción a las entidades del sector público dotadas de personalidad jurídica privada (Consideración Cuarta, XII).

CUARTA.- El resto de observaciones podría contribuir a la mejora del texto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 24/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 16/02/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 25/09.- Resolución de reparos de la Intervención General en el expediente de responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 16/02/09

Extracto de Doctrina

No puede obviarse el deber de vigilancia que la Consejería de Educación 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 el correcto mantenimiento de los inodoros, instando del Ayuntamiento su reparación o sustitución si así se consideraba necesario, evitando que perduraran unas condiciones de riesgo que se han desvelado especialmente peligrosas para la integridad física de los menores.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 20 de junio de 2005, x., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial en nombre y representación de su hija, por los daños sufridos como consecuencia del accidente sufrido por su hija en el Colegio Público “Mediterráneo”, de la Manga del Mar Menor, término municipal de Cartagena, en fecha 9 de noviembre de 2000, donde la niña cursaba 5º nivel de Educación Primaria.

Según el relato fáctico del propio reclamante, el accidente ocurre durante el periodo de recreo del comedor, cuando, sobre las 14:45, uno de los inodoros de los servicios de la planta superior del colegio en el que se encontraba la niña cedió, rompiéndose por varias partes, causando dichos fragmentos heridas a la niña. Se afirma que la menor “...precisando realizar necesidades fisiológicas se dirigió junto a otras dos compañeras a los aseos de

niñas de la planta superior y, una vez en ellos, ocupó una de las tres cabinas provistas de inodoro existentes, haciendo uso del mismo. Que encontrándose sentada en el inodoro, este se desplomó al suelo, rompiéndose en numerosos trozos, con alguno de los cuales, mi hija sufrió heridas inciso contusas en ambos glúteos, así como diferentes hematomas, lesiones de las que fue asistida en urgencias, “in situ” por el Servicio “061”, y posteriormente, trasladada al área de Urgencias del Hospital Rosell en la que fue curada y suturada”.

Junto a la reclamación, el interesado incorporó fotografías de las lesiones sufridas por la menor en los muslos y glúteos, así como acta notarial, de fecha 14 de noviembre de 2000, que recoge el estado del inodoro y detalla que se le ha hecho saber por parte del Director del Centro que el inodoro causante no ha sido tocado desde el día del accidente y que el Notario aprecia de forma personal y directa que “el inodoro primero, por la derecha, está desencajado y la pieza rota en escombros. Igualmente observo que los tornillos que sujetan la pieza al suelo están oxidados, así como que no hay restos de sangre en el W.C.”. Se tomaron fotografías del inodoro que se incorporan a la matriz del documento notarial.

También aporta el interesado informe médico de valoración realizado el 15 de febrero de 2005. En él se recoge que la niña presenta cicatrices normocrómicas y anchas en glúteos: una de 13 cm. de longitud por 1,5 cm. de ancha, otra de 4 por 2 cm., ambas en el glúteo izquierdo y otra de 3 por 2 en el glúteo derecho. Todas ellas están por debajo de la línea de la braga y son visibles a 6 metros. El informe concluye con el diagnóstico de heridas abiertas en ambos glúteos y lumbalgia postraumática. Su valoración de las secuelas, de acuerdo con la Ley 30/95, es la siguiente: por lumbalgias 3 puntos, por perjuicio estético ligero 3 puntos y no se aprecian circunstancias que deban ser tenidas en cuenta como factor de corrección, habida cuenta de que no se han producido lesiones que produzcan de forma permanente imposibilidad o dificultad de realizar tareas habituales de la vida diaria.

De otro lado se señala como período de curación total 64 días, de los cuales 30 serían improductivos y 34 no improductivos.

El reclamante adjunta al informe la factura del mismo, que asciende a 181,90 euros.

Sin soporte documental, también manifiesta el interesado que: a) la niña, además de los dolores de espalda, cefaleas y mareos recogidos en el informe médico, se encuentra en tratamiento psicológico y psiquiátrico en el Centro de Salud Mental de Cartagena “debido a los graves complejos y depresiones que le provocan las importantes cicatrices que le quedan”; y b) se formuló denuncia penal ante el Juzgado de Instrucción número tres de Cartagena, recayendo Auto que declaraba extinguida la responsabilidad penal, resolución notificada al reclamante en fecha 13 de abril del 2005.

La valoración del daño asciende a 11.111,32 euros, según el siguiente desglose:

- 1.418,40 euros por días de baja improductivos (30 días).
- 865,64 euros de baja no improductiva (34 días).
- 8.645,38 euros por secuelas, de las que 3 corresponden a perjuicio estético, tres por lumbalgias y 5 de estrés postraumático.
- 181,9 de gastos médicos de informe que se acompaña de la empresa EQUIMED.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación se solicita el preceptivo informe del centro educativo, que recoge el relato de la Jefa de Estudios, presente en el centro en el momento de producirse el accidente:

“Sobre las 14:45 horas aproximadamente (del día 9 de noviembre de 2000) y estando las citadas profesoras (se citan en otro lugar del informe) y otros-as en la Sala de profesores se escuchó un ruido extraño y salimos corriendo para ver qué pasaba, en ese momento bajaba la escalera x. y nos comentó que se había caído en el aseo de la planta superior; le dijimos que se tumbara en un banco para ver qué se había hecho, observamos que tenía el chándal con un corte horizontal en la parte posterior de muslo, pero había ausencia total de sangre; abrimos el chándal por la rotura y observamos un gran corte que coincidía con el del chándal, al ver la herida (...) decidimos llamar rápidamente a los servicios médicos del 061 y a los padres de la alumna.

Una vez que el 061 trasladó a x. al Hospital del Rosell las profesoras ya citadas, hablaron con las alumnas que acompañaban en ese momento a x., éstas, (que estaban muy asustadas) nos contestaron que estaban en los aseos de la planta superior sin permiso y jugando a esconderse y que habían burlado la vigilancia de las monitoras para subir; ya que sabían que a esas horas no está permitida la presencia de alumnos en ese lugar. Posteriormente supimos que x., dentro del juego, se subió al inodoro para que no le vieran los pies desde fuera y que éste cedió ante su peso. Con esto queda contestado el apartado 1 de los hechos, en el que se dice que x. estaba en ese aseo para realizar sus necesidades fisiológicas, queda demostrado que su presencia allí no era necesaria para ese fin, puesto que hay aseos en la parte de abajo y en el patio, que son los que los alumnos deben usar en las horas de recreo. Su presencia en la planta superior se debía a que estaban jugando, por lo tanto el uso de ese inodoro no fue para realizar sus necesidades fisiológicas sino para jugar. A esta conclusión llegamos además de por el relato de las niñas, por el informe de inspección que se llevó a cabo el día 14 de noviembre de 2000, por un técnico del Ayuntamiento de Cartagena a requerimiento del Director del Colegio, sobre el estado en el que se encontraba el inodoro del aseo. En este informe, el técnico hace constar que una taza de inodoro no se destroza totalmente ni presenta ese estado si se le da el uso normal para el que está destinado. Asimismo cómo es posible, si como dice el padre de la alumna que su hija estaba haciendo sus necesidades fisiológicas, que los cortes del muslo coincidieran con los cortes en el pantalón del chándal; para realizar sus necesidades, el pantalón tenía que estar bajado.

Acerca del Apartado 4º de los hechos que constan en el escrito del padre de la alumna, se presume que el desplome del inodoro se debió al mal estado de conservación y oxidación de los tornillos del inodoro. Este centro recibe la comunicación del deterioro de las instalaciones del mismo del encargado de la Concejalía de Educación del Ayuntamiento de Cartagena, (responsable del mantenimiento), que es el Conserje. Consideramos, por tanto que el aseo estaba en perfectas condiciones para su uso normal y que el desplome se debió a un uso diferente al habitual”.

Junto al informe, se remite parte de comunicación de accidente escolar e informe, de fecha 14 de noviembre de 2000, del Jefe de la Unidad de Infraestructuras del Ayuntamiento de Cartagena, Concejalía de Educación, del que se concluye que una taza de inodoro no se destroza de tal forma si se le da el uso normal para el que está destinada.

TERCERO.- El 5 de septiembre de 2005 se notifica la apertura del trámite de audiencia, sin que el interesado haga uso del mismo.

CUARTO.- El 20 de septiembre de 2005, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura comunica al Ayuntamiento de Cartagena la incoación del expediente y le solicita que reclame la competencia para su tramitación y resolución, al entender que

la causa del daño fue el deficiente estado de conservación del inodoro, cuyo mantenimiento compete al Ayuntamiento.

Con fecha 24 de octubre de 2005 el citado Ayuntamiento devuelve el expediente al no considerarse competente para resolver, sobre la base del Informe del Letrado Consistorial que se adjunta, el cual, afirma, en resumen, que la reclamación no se dirige a la Corporación, sino a la Consejería de Educación, y que es la propia Asesora Jurídica de la Consejería, instructora del expediente, la que informa al reclamante que el órgano competente para resolver su reclamación es el Consejero de Educación y Cultura.

QUINTO.- Con fecha 15 de febrero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren todos los requisitos exigidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial. Razona la instructora que es exigible a la Administración la instalación de materiales en los Centros escolares de una calidad tal que soporten los usos intensivos a los que están expuestos por parte de los menores, incluso cuando algunos de ellos pudieran resultar inadecuados como, con gran probabilidad, ocurrió en el caso que nos ocupa. A su entender, la instalación y materiales de uso escolar deben tener un nivel de calidad apropiado a la edad, número de usuarios, así como a las condiciones medioambientales en las que se ubica el centro escolar, en este caso cerca del mar...etc., lo que, según los indicios, no se cumplió en este caso, pues, según las consultas evacuadas, un inodoro bien instalado y anclado puede soportar el peso de una persona alzada.

La cuantía de la indemnización propuesta asciende a 4.785,47 euros, atendiendo a 6 puntos por secuelas (lumbalgias y perjuicio estético); 30 días impositivos y los gastos derivados del informe médico de valoración del daño.

SEXTO.- Sometido el expediente a fiscalización previa, la Intervención General solicita a la Consejería, el 10 de mayo de 2006, que complete el expediente con la siguiente documentación:

- La que permita comprobar que la reclamación se ha presentado en plazo (actuaciones penales) y por persona con legitimación activa (libro de familia que acredite la condición de padre de la menor). Documentación que no obra en el expediente remitido.
- Los informes del médico de cabecera y otros especialistas que se dan por reproducidos en el informe de la empresa de peritación y Valoración x. pero que no se incorporan al mismo.
- Justificante de los días de inasistencia al Centro Escolar de la menor a efectos de poder considerarlos como días de baja impositiva.
- Propuesta de gasto y documento contable preliminar que acredite la existencia de crédito adecuado y suficiente para sufragar los gastos que origine, en su caso, la estimación parcial de la reclamación.

SÉPTIMO.- En cumplimiento de dicho requerimiento, el 15 de mayo de 2006, la instructora comunica a la interesada la apertura de un período de prueba para acreditar los extremos que, a juicio de la Intervención General, no quedaban probados. Se persona una Letrada, en representación del reclamante, que manifiesta, según diligencia extendida al efecto el 14 de junio, lo siguiente:

“1.- En cuanto a los días de inasistencia al Centro, alega que puestos en contacto con éste han manifestado que no disponen de esa información por el tiempo transcurrido desde el accidente, pero los padres recuerdan que estuvo algo más de un mes sin asistir a clase, lo que afectó a sus estudios, y el curso lo perdió, por lo que el accidente afectó a su rendimiento escolar de manera grave.

2.- En cuanto al plazo de interposición de la reclamación, alega que se encuentra dentro del año que exige la Ley, y con posterioridad pretende aportar al expediente las diligencias judiciales penales que demuestran la interrupción del plazo de prescripción; además, entiende que con el informe psicológico aportado se prueba que las secuelas del accidente perduran de forma que no se han estabilizado las mismas.

3.- Por lo que respecta a los informes psicológicos a los que se refiere x., muestra fotocopias de los mismos, las cuales se reproducen y se incorporan al expediente, y manifiesta su intención de aportar posteriormente un informe con el historial de la menor específico para este caso”.

Días después, el interesado aporta la siguiente documentación: a) certificado literal de nacimiento de la niña; b) testimonio de las diligencias penales donde consta la última notificación del auto de archivo a la representante del reclamante, quien afirma que se notificó al Ministerio Fiscal el 5 de mayo de 2005, si bien en el documento resulta ilegible la fecha en que aquélla tuvo lugar; c) certificado médico oficial, donde se indica, entre otros extremos, que la paciente *“ha sido atendida por mareos, vómitos, desviación de columna, siendo vista por última vez el 25/01/05, presentando importantes heridas inestéticas, estabilizadas en la actualidad, y que hay que valorar operación de cirugía al terminar de desarrollar”*; y d) informe psicológico, de 1 de junio de 2006, que concluye con el diagnóstico de trastorno por estrés postraumático agudo, depresión leve y agorafobia.

OCTAVO.- Solicitado informe al centro escolar sobre la inasistencia de la menor a clase como consecuencia del accidente a efectos de poder considerarlos como días improductivos, el Director señala que *“los registros de asistencia de los alumnos no son documentación obligatoria para conservar en los archivos del colegio, del mismo modo que los expedientes académicos o los libros de escolaridad, que sí lo son. Por lo que terminado el curso y no habiendo incidencias de absentismo, como mucho, se guarda en los años del ciclo. Dado que han transcurrido seis años desde el incidente, no podemos certificar lo que solicitan porque esos datos no se encuentran ya en el centro, ni siquiera los documentos oficiales citados, porque se trasladaron al IES en su momento”.*

NOVENO.- El 17 de mayo de 2007 la Unidad Técnica de Centros Educativos, tras reiterados requerimientos para que informe sobre las condiciones de conservación de piezas de aseo en un lugar próximo al mar, manifiesta que *“la proximidad a un ambiente marino puede ampliar cierto grado de oxidación de elementos no protegidos, que en otro ambiente no marino y debido sólo a este efecto pueda por sí deteriorarse. Los anclajes que aportan los elementos sanitarios de fábrica, son los necesarios para su correcta sujeción, estando diseñados para soportar las sollicitaciones mecánicas que el uso de este elemento determine”.*

DÉCIMO.- En orden a averiguar si las secuelas psicológicas alegadas pueden considerarse acreditadas, la instructora requiere información técnica sobre las mismas, uniéndose al expediente informe clínico elaborado por un psiquiatra y un psicólogo clínico del Servicio de Salud Mental de Cartagena, de fecha 4 de septiembre de 2007, en el que se establece

el diagnóstico de *“trastorno de pánico con agorafobia (...) apreciándose también en la paciente rasgos ansiosos de personalidad. La evolución de la clínica en estos años ha sido desfavorable con un aumento de las conductas de evitación, mayores sentimientos de inseguridad y cierta afectación en el estado de ánimo”*. Se plantea tratamiento psicológico y psiquiátrico.

UNDÉCIMO.- Concedido nuevo trámite de audiencia en fecha 5 de octubre de 2007, la reclamante se reitera en la solicitud de 5 puntos de secuela por los daños psicológicos sufridos por la menor.

DUODÉCIMO.- Previo informe de la instructora destinado a justificar la subsanación de los defectos que motivaron el reparo de la Intervención General, eleva nueva propuesta de resolución, de fecha 22 de enero de 2008, en la que mantiene, al igual que en la anteriormente remitida y sobre la misma fundamentación jurídica, que concurren los requisitos que se han de dar respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya reproducidos anteriormente. La indemnización propuesta asciende ahora a 9.904,66 euros, al incluir la valoración de las secuelas psicológicas.

DECIMOTERCERO.- Sometida la propuesta a la Intervención General para su fiscalización, se formula nuevo reparo mediante informe de 5 de mayo de 2008. En él, si bien se coincide con la propuesta de resolución en la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, se advierte una concurrencia de causas, al atribuir relevancia en la producción del daño a la inadecuada actitud de la menor, quien, burlando la vigilancia del personal encargado de su cuidado, dio al inodoro un uso distinto al que le es propio. Como consecuencia procede minorar la indemnización en un 50%. En dicha indemnización, además, no debería incluirse el gasto representado por los honorarios correspondientes a la elaboración del informe médico de valoración de daños.

En atención a lo expuesto, para la Intervención General procede reconocer una indemnización de 4.861,38 euros, más la correspondiente actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

DECIMOCUARTO.- En tal estado de tramitación, con fecha 19 de mayo de 2008, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen.

En Acuerdo 10/2008, de 19 de mayo, este Órgano Consultivo advierte que la solicitud de Dictamen se efectúa al amparo del artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), es decir, por tratarse de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración regional. Comoquiera que la Intervención General repara la cuantía de la indemnización propuesta y atendido el carácter suspensivo de dicho reparo, no procede emitir Dictamen por el título legal invocado, debiendo la Consejería consultante actuar de conformidad con lo que disponen el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (TRLH), aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, y el 17 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Control Interno, procedimiento dentro del cual la discrepancia deberá ser necesariamente motivada con cita de los preceptos legales en los que sustente su criterio.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 4 de junio de 2008, la instructora del procedimiento de responsabilidad patrimonial emite informe sobre los reparos de la Intervención General, en el que justifica su oposición al reparo.

En tal estado de tramitación, nuevamente se solicita del Consejo Jurídico la emisión de Dictamen, mediante escrito recibido el 11 de junio de 2008.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter y alcance del Dictamen.

En relación con el expediente remitido, el Consejo Jurídico ha de dictaminar preceptivamente en dos procedimientos que se han solapado conforme al artículo 12 de su Ley de creación.

En efecto, el artículo 12.9 LCJ establece la consulta preceptiva en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, habiendo sido éste el motivo de la consulta efectuada por el titular de la Consejería en su oficio de 19 de mayo de 2008.

Sin embargo, al haberse formulado reparos por la Intervención General en la fiscalización previa del presente expediente, el Consejo Jurídico también ha de dictaminar preceptivamente sobre su resolución, conforme al artículo 12.13, LCJ, "*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*".

Lo anteriormente expuesto, como ya se indicara en anteriores Dictámenes (por todos, el 18/04), requiere coordinar ambos procedimientos al objeto de la emisión del correspondiente Dictamen del Consejo Jurídico, para evitar una ulterior remisión del expediente con carácter previo a la adopción de la resolución sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta, además, que los asuntos sobre los que dictamina el Consejo no pueden ser sometidos a informe ulterior de ningún otro órgano de la Administración regional.

SEGUNDA.- Requisitos formales para formular ambas consultas.

1. Expediente de responsabilidad patrimonial.

Conforme al artículo 46.2 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, el expediente remitido contiene la copia autorizada del texto de la propuesta de resolución, la decisión de efectuar la consulta y el cumplimiento de los trámites exigibles al procedimiento de responsabilidad patrimonial según establece el artículo 6 y ss. 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).

No obstante dicho juicio favorable, ha de advertirse la existencia de un defecto formal en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

En efecto, establecida, en principio, como causa eficiente del accidente escolar el defectuoso estado de una instalación del Colegio (más concretamente, el inodoro cuya rotura produjo las heridas de la menor), 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”*, a la sazón vigente en el momento de producirse el accidente.

Una interpretación literal de este precepto llevó a trasladar la reclamación a la Corporación Local competente para el mantenimiento de las instalaciones docentes, cabe suponer que en el entendimiento de que dicha competencia le atribuía una legitimación pasiva exclusiva y excluyente de cualquier otra. Dicha interpretación es abiertamente contraria a la doctrina mantenida por este Consejo Jurídico, expresada de forma reiterada en numerosos Dictámenes (por todos, 52 y 128/2003, 157/2004, 132/2006, 33/2007) emitidos a solicitud de la Consejería ahora consultante, en cuya virtud, la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, no sólo porque el interesado ha deducido su reclamación frente a ella, 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 Consejería de Educación 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 el correcto mantenimiento de los inodoros, instando del Ayuntamiento su reparación o sustitución si así se consideraba necesario, evitando que perduraran unas condiciones de riesgo que se han desvelado especialmente peligrosas para la integridad física de los menores.

Desde esta perspectiva, una instrucción acorde con 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, 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 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), 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.

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.

Aunque la Corporación Local tuvo conocimiento de la existencia de la reclamación, 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, otorgándole un trámite de audiencia.

No obstante si, como parece, la Administración educativa no intimó, antes del accidente, a la Corporación Local a que efectuara las labores de mantenimiento y reparación necesarias sobre el sanitario que causó los daños a la menor, sería difícil una imputación de responsabilidad municipal en vía de regreso, como ya se indicó en nuestro Dictamen 157/2004. Por ello, si la Consejería consultante pretende asumir en exclusiva la responsabilidad frente al reclamante, sin repetir frente al Ayuntamiento de Cartagena, en rigor, no sería necesario conferirle trámite de audiencia, que sí debería otorgarse en caso contrario.

2. Propuesta de resolución de reparos.

El expediente de responsabilidad patrimonial inicialmente remitido al Consejo Jurídico finaliza con el informe del Interventor General que, tras formular reparo a la cuantía de la indemnización contenida en la propuesta de resolución del órgano instructor, indica que, en caso de no estar de acuerdo con aquél, procede actuar de conformidad con lo dispuesto en los artículos 97.1.b) TRLH y 17.3 del Decreto 161/1999: *“Cuando el órgano al que se dirige el reparo no lo acepte y dicho reparo haya sido formulado por la Intervención General, o ésta haya confirmado el de una Intervención Delegada subsistiendo la discrepancia, corresponderá al Consejo de Gobierno adoptar resolución definitiva previo el informe preceptivo del Consejo Jurídico”*.

Sin embargo, tras nuestro Acuerdo 10/2008, la única actuación realizada en orden a la resolución del reparo ha sido la emisión de informe por la instructora del procedimiento, razonando su oposición.

Para que el Consejo Jurídico pueda dictaminar sobre esta discrepancia, conjuntamente con el expediente de responsabilidad patrimonial, se requiere que la Consejería consultante complete el expediente con las siguientes actuaciones conforme a nuestros Dictámenes números 78 y 85/01 y 18/04:

1ª. En caso de que el titular de la Consejería, en su condición de órgano competente para proponerla al Consejo de Gobierno, mantenga la discrepancia respecto al informe de la Intervención General en los términos recogidos en la propuesta de resolución complementaria del órgano instructor, ha de formalizarla mediante propuesta de Acuerdo al Consejo de Gobierno, en la que concrete expresamente las discrepancias mantenidas en la fiscalización previa del expediente de responsabilidad patrimonial.

2ª. Dicha propuesta de Acuerdo ha de someterse a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma según establece el artículo 7.1, letra ñ) de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en cuya virtud, corresponde a dicho centro directivo emitir dictamen fundado en Derecho, con carácter preceptivo, en los reparos formulados por la Intervención General cuya resolución corresponda al Consejo de Gobierno.

3ª. Seguidamente, habrá de recabarse el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, que lo emitirá en un doble sentido: respecto a la propuesta de Acuerdo que el titular de la Consejería pretende elevar al Consejo de Gobierno para la resolución de los reparos formulados por la Intervención General, y sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta contra la Administración regional con motivo del accidente escolar.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo Jurídico ha de emitir Dictamen preceptivo sobre dos procedimientos que se han solapado en el presente expediente: sobre los reparos formulados por la Intervención General, que debe ser decidido por el Consejo de Gobierno, y sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial que debe resolver el titular de la Consejería (artículo 12, apartados 13 y 9 LCJ).

SEGUNDA.- Para dictaminar conjuntamente sobre ambos procedimientos, ha de completarse la documentación remitida con las actuaciones que se reseñan en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 26/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 16/02/09

Extracto de Doctrina

El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que ésta responda también del caso fortuito, al no ser el suceso acaecido ajeno al servicio (entre otras, sentencias de 13 de febrero de 1999, 11 de mayo de 1999 y 27 de enero de 2001). Sólo la fuerza mayor; afirma el Alto Tribunal, exonera de responsabilidad, pero para apreciar su concurrencia es preciso que obedezca a un acontecimiento que sea no sólo imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente (entre otras, sentencias de 16 de febrero de 1999, 19 de abril de 2001 y 31 de enero de 2002).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de julio de 2007, x. presenta en el Registro del Servicio Murciano de Salud escrito mediante el que formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos el día 26 de abril de 2007, cuando se personó, previa cita, en la consulta Radiología IV (Telemando), XRAD.13, de Digestivos-Enemas, en el Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz, a las 17:54 horas, para someterse a una prueba denominada enema opaco, para la que es necesario una preparación anterior de dos días previos a la prueba, con una dieta específica y, el mismo día de la prueba, ayuno completo durante las horas previas a su realización, así como la ingestión de una solución evacuable.

Una vez en la consulta, por parte del personal que allí había, se le indica la imposibilidad de realizarle la prueba para la que tenía cita, debido a una avería en el aparataje clínico necesario para ejecutar el enema opaco. Asimismo, se le comunica que se ha avisado a los

demás pacientes citados para ese día, pero que a él ha sido imposible localizarle por inexistencia de datos telefónicos acreditados administrativamente.

Según el interesado estos hechos fueron presenciados, entre otras personas, por x., vecina de Alcantarilla, con domicilio “—”.

A juicio del reclamante, esta actuación constituye un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al concurrir una relación de causalidad en el funcionamiento del servicio público y los daños sufridos que concreta y valora del siguiente modo:

a) Los dos días anteriores al fijado para la realización de la prueba, tuvo que seguir una severa dieta que le ocasionó molestias y obligó a la empresa para la que trabaja a llevar a cabo adaptaciones en su puesto de trabajo, para que pudiera compaginar la dieta con la realización de sus tareas laborales.

b) El día de la prueba tuvo que sufrir las molestias que lleva aparejadas la ingestión del evacuante, lo que le impidió acudir a su centro de trabajo.

Por todo ello, solicita una indemnización consistente en 181,05 euros (30 euros por el día de trabajo perdido y 151,05 euros en concepto de daños y perjuicios por los dos días de preparación de la prueba).

Adjunta a su escrito hoja de reclamación que, en su momento, presentó en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA) y escrito del citado Hospital mediante el que se le cita para la realización del enema opaco en el Centro de Especialidades Dr. Quesada, para el día 26 a las 17:54 horas, y se le dan las instrucciones de las actuaciones que ha de llevar a cabo para preparar la prueba.

SEGUNDO.- Mediante escrito fechado el 21 de agosto de 2007, el Servicio Murciano de Salud (SMS) requiere al Centro de Especialidades Quesada Sanz para la remisión de informe relativo a los hechos descritos en la reclamación.

En contestación a dicho escrito, el Director Gerente del HUVA, mediante escrito de 18 de septiembre de 2007, remite el expediente administrativo tramitado por el Servicio de Atención al Usuario de dicho Hospital, en el que figura la siguiente documentación:

a) Reclamación interpuesta por el paciente en el Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz.

b) Informe emitido por el Servicio de Atención al Paciente de dicho Centro de Especialidades, del siguiente tenor:

“El paciente viene a este Servicio de Atención al Usuario para presentar un escrito por él elaborado, al no haberlo avisado de una avería en el aparato de RX de digestivo. Además insiste en escribir en nuestra hoja de reclamación y adjuntar su escrito.

Nos ponemos en contacto con RX y nos dicen que efectivamente se rompió el aparato, no saben cuando se va a arreglar, ya que hay que presentar un presupuesto para su reparación, nos dicen que se avisó a los pacientes anulando la cita.

Hablamos, asimismo, con la responsable de citas, y vemos que no consta ningún teléfono para citar y localizar al paciente, cosa que éste no comprende, como se le da una cita sin pedirle el teléfono, se ve la persona que lo cita que no existe en sus datos informatizados (sic).

Nos dicen en cita previa que están hablando con el HUVA para derivar a los pacientes allí al Servicio de Radiología, quedando con x. en avisarle lo más pronto posible, transmitiendo a Admisión los teléfonos del paciente, quedando ya registrados junto con sus datos”.

c) Informe de la Jefa de Sección del Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz, en el que se hace constar lo siguiente:

“En contestación a la reclamación presentada por x. en el Servicio de Atención al Usuario de este Centro de Especialidades lamento las molestias ocasionadas, informando que fue citado nuevamente en el Hospital ‘Virgen de la Arrixaca’ para el día 18/05/07”.

d) Escrito de la Gerencia del HUVA a la reclamación formulada, en la que se transmite al paciente la siguiente información:

“En contestación a la reclamación formulada en el Servicio de Atención al Usuario habiendo tenido conocimiento de la reclamación interpuesta ante el Servicio de Atención al Usuario del Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz, esta Dirección Gerencia procede, en primer lugar, a trasmitirle sus más sinceras disculpas por el retraso en la práctica de la prueba diagnóstica que le había sido ordenada por el facultativo responsable de la asistencia sanitaria que le fue prestada. No obstante lo anterior, hemos de reiterarle que dicho retraso se produjo a consecuencia de la avería observada en el aparataje clínico correspondiente impidiendo la realización de las exploraciones que ya habían sido citadas, avisando desde el Centro, telefónicamente, a todos los usuarios que podían verse afectados con la anulación de las citas; en su caso, y ante la inexistencia de datos telefónicos acreditados administrativamente, no pudo ser localizado para practicarle la notificación urgente de la anulación de la cita que ya había sido cursada, tal y como nos informa la Jefe de Sección responsable. Por ello, desde esta Dirección Gerencia, una vez expresado el motivo del retraso en la realización de la prueba diagnóstica correspondiente, así como que la inexistencia de número telefónico, derivó en la imposibilidad de practicar la notificación de la anulación de la cita con la urgencia que este caso se requería, quedamos a su entera disposición, trasmitiéndole su insatisfacción por el resultado que hace constar en la reclamación interpuesta”.

e) Hoja en la que figura el tratamiento a seguir los días anteriores a la práctica del enema opaco, que se concreta en las siguientes actuaciones:

1ª. Una dieta de alimentación pobre en residuos durante los dos días previos a la exploración, con abundantes líquidos sin gas y agua sin gas.

Puede tomar: Zumos, caldos, infusiones, café sin leche, quesos suaves, huevos, jamón York, pescado cocido o a la plancha y carne a la plancha.

No puede tomar: Bebidas gaseosas, quesos fuertes, verduras, legumbres, fruta, pan, productos dietéticos con fibra.

2ª Preparación para la limpieza del intestino:

Ingesta de una solución evacuante a razón de un sobre unidosis cada 15-20 minutos a partir de las 7 de la mañana del día de la exploración (si ésta es por la tarde).

El número de sobres a tomar es de 12 (para pacientes de más 60 Kg. de peso).

Se advierte en la hoja de prescripciones que *“este preparado le producirá abundantes deposiciones, que comenzarán a los 30 ó 60 minutos de haber iniciado la toma del primer vaso”*.

Finalmente se indica que el día de la exploración deberá guardar un ayuno mínimo de 6 horas.

f) Lista de trabajo de la sala de radiología correspondiente al día 26 de abril de 2007, en la que aparecen los pacientes citados, con indicación de su correspondiente número de teléfono, salvo en el caso del reclamante en el que no se hace constar tal dato.

TERCERO.- Con fecha 5 de octubre de 2007 aparece en el expediente un escrito firmado por “la instrucción” y dirigido a la Gerencia del HUCA, en el que se señala lo siguiente:

“Se ha recibido copia del expediente administrativo que se tramitó con motivo de la queja inicialmente presentada por el reclamante, pero no así informe propuesta respecto a la reclamación patrimonial interpuesta.

Es por ello que reiteramos la petición de dicho informe propuesta a fin de que se remita en el plazo de 10 días según lo dispuesto en el art. 114.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

CUARTO.- El informe requerido es evacuado el día 30 de octubre de 2007, y en él se concluye *“la no existencia de relación causal entre la actuación de la Administración y los daños sufridos que han sido alegados por el reclamante, por cuanto, en todo caso, el funcionamiento anormal del servicio público fue debido a la concurrencia de una circunstancia fortuita, avería del aparataje clínico, -que se pudo prever con el mantenimiento integral existente sobre el mismo, pero no se pudo evitar- e imposibilidad de proceder con la inmediatez necesaria a su reparación con el tiempo suficiente para la realización de las pruebas diagnósticas cuya citación se había cursado al día siguiente, mas aún cuando no constaba aportado a su expediente teléfono de localización.*

Entendemos que la configuración jurídica de caso fortuito como evento que acontece inesperada o imprevisiblemente, pese a haber aplicado la atención necesaria y cuidados correspondientes en relación al hecho de que se trata, eximiría a esta Administración de la responsabilidad patrimonial que se le imputa.

A esta circunstancia se añade además, que el reclamante no ha justificado en modo alguno el descuento en nómina del día de trabajo que alega como perdido, ni los criterios sobre los que ha sustentado los daños y perjuicios”.

QUINTO.- Con fecha 26 de noviembre de 2007 se dictó Resolución del Director Gerente del SMS admitiendo a trámite la reclamación y designado órgano instructor, lo que se notificó al interesado, al tiempo que se le concedía trámite de audiencia.

SEXTO.- Con fecha del día siguiente la instructora da traslado de la reclamación a la Dirección de los Servicios Jurídicos, a la Correduría de Seguros y la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

De estas entidades responden la Dirección de los Servicios Jurídicos, indicando la falta de antecedentes en dicho centro directivo sobre el asunto objeto de reclamación; y la Correduría de Seguros que señala que al ser el importe reclamado inferior a 3.000 euros, el

siniestro se encuentra fuera de cobertura de la póliza suscrita entre el SMS y la compañía de seguros x.

SÉPTIMO.- Haciendo uso del trámite de audiencia conferido, el reclamante formula las siguientes alegaciones:

— Que existe una clara relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento del servicio, siendo evidente que se dan los requisitos exigidos para que se estime la reclamación por responsabilidad patrimonial que ha planteado.

— Que se practiquen los siguientes medios de prueba:

Documental, consistente en dar por reproducidos los documentos que se acompañaron al escrito de reclamación.

Testifical, consistente en declaración de x., con domicilio en C/ “—“, de Alcantarilla (Murcia).

OCTAVO.- La instructora formula, con fecha 12 de mayo de 2008, propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud por considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

NOVENO.- El 29 de mayo de 2008 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Secretario General de la Consejería de Sanidad solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Sanidad competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional sanitario en el que se integra el Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz.

Finalmente, la reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, ya que los hechos se produjeron el día 26 de abril de 2007 y la reclamación se interpuso el día 19 de julio de ese mismo año.

En el procedimiento seguido por la Administración instructora se han cumplido los trámites fundamentales establecidos en la LPAC y en el RRP, a saber, se ha incorporado el informe del servicio afectado, se ha conferido trámite de audiencia con vista del expediente al reclamante y, finalmente, se ha emitido propuesta de resolución. No obstante, cabe formular las siguientes observaciones a la tramitación realizada:

a) Aunque el órgano instructor no es designado hasta el día 26 de noviembre de 2007, fecha de la Resolución del Director Gerente del SMS admitiendo a trámite la reclamación patrimonial, aquél lleva a cabo, con anterioridad a su nombramiento, varios actos de instrucción.

b) El órgano instructor solicita del Director Gerente del HUVA la emisión de un informe propuesta, basándose para ello en el artículo 114.2 (sic) LPAC. Con independencia del error que se puede haber sufrido en la consignación del número del precepto de la LPAC con el que se pretendía dar cobertura a tal requerimiento, éste no tiene razón alguna de ser, ya que el servicio a cuyo funcionamiento se impute la actuación generadora de los daños lo que ha de emitir es un informe en los términos que se señalan en el artículo 10 RRP. La propuesta de resolución corresponde elaborarla al órgano instructor tal como se indica en el artículo 12.1 RRP.

c) Por último, no existe en el expediente ningún pronunciamiento del órgano instructor sobre la prueba testifical propuesta, aunque hay que subrayar que esta omisión no vicia el procedimiento, al no haberse producido indefensión del interesado. En este sentido, debe indicarse que la prueba testifical propuesta, en la persona de x. (al parecer, madre del reclamante), se circunscribía a acreditar el hecho de que el enema opaco no se ejecutó el día para el que fue citado el paciente, circunstancia que ha sido admitida en el expediente y que, por lo tanto, no exigía prueba alguna que la ratificara.

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.

El asunto sometido a consulta versa sobre una reclamación de responsabilidad por los daños sufridos como consecuencia de la suspensión de una prueba radiológica (enema opaco) a la que estaba citado el paciente, sin que dicha circunstancia le fuese advertida con tiempo suficiente para poder interrumpir el tratamiento preparatorio.

Los hechos, tal como son planteados en la reclamación, se admiten por la Administración, pero se mantiene la ausencia de responsabilidad patrimonial porque, se afirma, la avería se produjo por un caso fortuito, sin que se pudiera avisar al paciente por no constar

en la hoja de citaciones su número de teléfono “no siendo dicha circunstancia imputable a la organización administrativa, al ser el interesado el que debe facilitar el mayor número de datos personales de que disponga, para su fácil localización”. Por otro lado, también considera el órgano instructor en su propuesta de resolución que los daños alegados por el reclamante no han sido debidamente acreditados por éste.

Nos hallamos, pues, ante una situación en la que un paciente al que se le ha prescrito una prueba radiológica, cuya preparación es sumamente molesta, no puede realizarla por avería del aparato con el que debía practicarse. No es ésta una situación normal que tengan los perjudicados la obligación de soportar, pues es responsabilidad de la Administración tener disponibles sus servicios para prestar la asistencia sanitaria requerida adecuadamente, no sólo atendiendo el correcto mantenimiento de los mecanismos, instrumentos y equipos, desde el punto de vista técnico, sino prevista la búsqueda y aplicación de alternativas ante una eventualidad que siempre es posible que ocurra, al no ser imprevisible que una máquina se averíe.

El nexo que se pueda establecer entre el funcionamiento del servicio público y el daño que se haya irrogado al paciente no queda, en este caso, roto por la concurrencia de fuerza mayor. En efecto, no estamos ante un hecho imprevisible o previsible pero inevitable y ajeno a la esfera de actuación administrativa, sino ante un hecho o circunstancia que puede integrarse dentro de un episodio calificado como caso fortuito (de hecho, la Administración lo califica así), el cual se concibe como un suceso que se caracteriza por las notas de indeterminación e interioridad, es decir, que se trata de un evento que se produce dentro del ámbito de actuación propio de la Administración, que permite apreciar la concurrencia de los requisitos determinantes de una situación generadora de cierto grado de responsabilidad de patrimonial.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo que ha declarado en repetidas sentencias que el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que ésta responda también del caso fortuito, al no ser el suceso acaecido ajeno al servicio (entre otras, sentencias de 13 de febrero de 1999, 11 de mayo de 1999 y 27 de enero de 2001). Sólo la fuerza mayor, afirma el Alto Tribunal, exonera de responsabilidad, pero para apreciar su concurrencia es preciso que obedezca a un acontecimiento que sea no sólo imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente (entre otras, sentencias de 16 de febrero de 1999, 19 de abril de 2001 y 31 de enero de 2002).

Con base en la anterior argumentación este Órgano Consultivo no puede compartir la conclusión a la que se llega en la propuesta de resolución sobre el alcance exoneratorio que para la Administración supone que la avería pueda calificarse de caso fortuito. Tampoco puede hacerlo sobre la responsabilidad que se hace recaer en el paciente sobre el hecho de que el centro sanitario no tuviese su número de teléfono para avisarle de la avería. Obtener y conservar este dato es una cautela que debe observar la Administración y sólo si el interesado, al ser requerido para ello, se hubiese negado a facilitarlo, podría admitirse la existencia de un cierto grado de culpa en la víctima con trascendencia suficiente para romper el nexo causal. Sin embargo, esta circunstancia no ha sido alegada ni probada por la Administración.

CUARTA.- Determinación del alcance de los daños y cuantificación de la indemnización.

Fijada en los términos que se señalan en la anterior Consideración la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario pronunciarse sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, por disponerlo así el artículo 12.2 RRP.

Para el reclamante el daño se concretaría, por un lado, en las adaptaciones que la empresa para la que trabaja tuvo que llevar a cabo en su puesto de trabajo durante los dos días anteriores al que se había fijado para la prueba radiológica, debido a la dieta específica que tuvo que seguir, y, por otro, en el día que se vio obligado a faltar a su trabajo para poder seguir el tratamiento evacuatorio que se le prescribió. Considera el interesado se le debe indemnizar por dos días de incapacidad temporal no impositiva y por un día de incapacidad temporal impositiva, por un importe total de 181,05 euros.

El órgano instructor en su propuesta de resolución estima que los daños alegados por el reclamante no han sido debidamente acreditados. Comparte este Consejo la afirmación en lo que se refiere a los días previos al de la cita para la realización del enema opaco, pues las adaptaciones a las que se refiere el interesado ni se describen ni se prueban, ni mucho se justifica en qué medida pudieron perjudicarlo en el hipotético supuesto de que se hubiesen llevado a cabo.

Se disiente, sin embargo, en lo que respecta a la ausencia de prueba sobre el daño que el paciente tuvo que soportar el día señalado para la exploración. En efecto, de la prescripción médica que obra al folio 14 se desprende que el paciente a las 7 de la mañana debía empezar con la ingesta de la solución evacuante, de la cual tenía que beber 12 sobres a razón de uno cada 15-20 minutos, y que este preparado le *“producirá abundantes deposiciones, que comenzarán a los 30 ó 60 minutos de haber iniciado la toma del primer vaso”*; a todo lo cual tenía que añadir un ayuno mínimo de seis horas. Las consecuencias de la ingesta del evacuante, unidas a las que se desprenden de un ayuno total tras dos días de dieta, nos permite colegir, sin lugar a dudas, la veracidad de la afirmación del interesado sobre el carácter impositivo que para él tuvo ese día, sin que se precise más prueba que la constituida por dicho documento médico.

Aplicando analógicamente los criterios de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, actualmente contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, se debe abonar al reclamante la cantidad de 50,35 euros, por el día que estuvo incapacitado para desarrollar sus ocupaciones habituales, según cuantía establecida para el año 2007, por la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 7 de enero de 2007, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por Instituto Nacional de Estadística.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional.

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 27/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x. y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 23/02/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 28/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 23/02/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 3.

DICTAMEN 29/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia del fallecimiento de su hijo en accidente de circulación.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 23/02/09

Extracto de Doctrina

1. *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 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.*

2. *El Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 6 de marzo de 2001, señala la posibilidad de concurrencia de causas, no sólo en la producción del accidente, sino también en el resultado dañoso, como ocurre cuando la causa determinante del accidente no reviste entidad suficiente como para considerar “que constituya la causa exclusiva de todos los efectos del accidente”.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de febrero de 2006 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes escrito de x, y., por el que interponen reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de accidente de circulación con resultado de muerte de su hijo, x., ocurrido en la carretera MU-560, que une las localidades de Alcantarilla y Javalí Viejo.

Señalan los reclamantes que el día 27 de agosto de 2005 ocurrió el accidente al colisionar el vehículo ciclomotor matrícula “—”, conducido por su hijo x., contra la barrera de seguridad existente en el lugar, cuya colocación y características, según manifiestan, no respeta la normativa reglamentaria de seguridad. Alegan, igualmente, que *“la calzada presentaba grietas y obstáculos en forma de botes, suciedad...etc”*. Como consecuencia del accidente se produjo el fallecimiento del conductor del vehículo y lesiones en el ocupante que viajaba en la parte posterior del mismo.

El escrito inicial se acompaña de copia del atestado instruido por la Policía Local de Murcia, en el que se incluye la identificación del conductor fallecido, parte médico de asistencia, identificación del ocupante lesionado, diligencia de reconocimiento del ciclomotor, estudio del lugar del accidente, planos del lugar y forma en que pudo ocurrir el accidente, fotografías, así como el texto de sendas Órdenes-Circulares de la Dirección General de Carreteras, y de la Administración General del Estado, sobre sistemas de contención de vehículos.

SEGUNDO.- A requerimiento del órgano instructor, los reclamantes presentan copia de la siguiente documentación:

- Libro de familia.
- Documento Nacional de Identidad de los reclamantes, padres del fallecido.
- Número de cuenta bancaria donde efectuar el pago de la indemnización, caso de estimarse ésta.
- Justificantes de haber percibido la indemnización correspondiente al seguro del vehículo.
- Permiso de conducción de x.
- Permiso de circulación del ciclomotor.
- Justificante de haber abonado la prima anual del seguro del vehículo.
- Póliza del seguro del vehículo.
- Diligencia de acreditación de representación otorgada mediante comparecencia.

TERCERO.- Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, se emite el 17 de octubre de 2006, con el siguiente tenor literal:

“1.- La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General, es la Carretera Regional MU-560 y del evento lesivo no se ha tenido constancia hasta la interposición de la presente reclamación patrimonial.

2- En relación con las barreras metálicas de seguridad sobre las que presumiblemente impactó la persona fallecida hay que manifestar que éstas son las reglamentarias en este tipo de Carreteras y se rige su colocación por la Orden Circular 321/95 T y P Recomendaciones sobre sistemas de contención de vehículos que fue modificada por la Orden Circular 6/2001 que establece en el apartado 3 de la misma: “se consideran eficaces las instalaciones de sistemas de contención de vehículos actualmente en servicio. Su manteni-

miento o reposición parcial se realizará mediante los elementos o sistemas aprobados en las “Recomendaciones sobre sistemas de contención de vehículos” y su anexo “Catálogo de sistemas de contención de vehículos”.

No obstante lo anterior, a partir de la aprobación de esta Orden Circular, en reposiciones, sólo se podrá colocar:

- Postes C, en carreteras con calzadas separadas.
- Postes de los definidos en la presente Orden Circular, en carreteras de calzada única, según se definen éstas en la Instrucción de Carreteras 3.1.IC. Trazado.”

El sistema de contención de vehículos instalado en esta Carretera y Punto Kilométrico, cumple lo señalado en la O.C. 317/91 y fue colocado con posterioridad a la misma, según consta en los archivos de la obra.

En la fecha del siniestro, habida cuenta de que el sistema no había sido objeto de ninguna reposición, también cumplía la Orden 6/2001, que a mayor abundamiento decía que se consideraban eficaces las instalaciones actualmente en servicio como es el caso que nos ocupa.

A mayor abundamiento la Orden circular 18/2004 sobre criterios de empleo de sistemas para protección de motociclistas establece criterios para carreteras interurbanas y periurbanas con limitación de velocidad permitida superior a sesenta (60) Km/hora, que no es nuestro caso y en el apartado tercero establece: “Mantener en servicio las instalaciones de tipo puntual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta orden, mientras no precisen operaciones de reposición.”

3.- La presencia de estos sistemas de contención de vehículos son necesarios ya que protegen tanto a peatones como vehículos ya que existe una acera tras los mismos y a continuación se encuentra una baranda junto al río.

4.- No puedo pronunciar sobre si estas barreras de protección de tipo reglamentario contribuyeron a agravar las consecuencias del accidente, ya que desconocemos datos muy importantes del siniestro como era la velocidad de circulación y el motivo por el que se produjo la caída, ya que no existe una curva de entidad suficiente para provocar la caída circulando a la velocidad permitida por la señal de 50 existente y si el accidentado llevaba el casco de protección sujeto en el momento de la colisión.

5 - De igual modo no puedo pronunciar sobre la existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o del acompañante, que incidiera gravemente en la ocurrencia del siniestro.

6.- No estimo relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento correcto del servicio público de carreteras, ya que la vía estaba dotada de protecciones reglamentarias y el estado del firme y su trazado eran adecuados.

7.-Con posterioridad al accidente, no consta ninguna actuación en dicha carretera y P.K. exacto del siniestro por parte de nuestros servicios.

8.-El tramo afectado por el siniestro está limitado en su velocidad a 50 Km/hora.

9.- Según manifestaciones de los testigos, la moto iba dando bandazos de un lado a otro de la calzada y, según parece, el conductor de la moto llevaba un casco de color negro tipo calimero, pero no consta quien conducía la moto en el instante del accidente”.

CUARTO.- El 19 de mayo de 2006, el órgano instructor remite escritos a la Jefatura de la Policía Local de Murcia y al Juzgado de Instrucción n.º 7 de Murcia, solicitándoles, respectivamente, la acreditación de la autenticidad de las diligencias aportadas por los reclamantes y la remisión del testimonio íntegro de la diligencias seguidas en dicho Juzgado.

A resultados de ello, el Ayuntamiento de Murcia remite informe emitido por el Grupo de Atestados de la Policía Local, en el que se viene a confirmar el contenido de las diligencias aportadas por los reclamantes, con la observación de que faltan las fotografías en las que aparece el conductor fallecido sobre la calzada, así como la diligencia-manifestación de testigo, habiéndose incorporado en cambio otras fotografías que no corresponden al atestado policial, concretamente imágenes en las que se aprecian los extremos de algunos postes sobresaliendo sobre la valla y dos surcos o incisiones sobre el arcén de la calzada.

En el atestado instruido con motivo del accidente, remitido por el Ayuntamiento, se recoge lo siguiente:

“Que siendo las 02,25 horas del día 27 de agosto de 2005 y a través de comunicación de la Sala del 092, tuvieron conocimiento de que se había producido un accidente con heridos en la Ctra. de Alcantarilla a Javalí Viejo (MU-560) MURCIA, a la altura del puente sobre el río.

Personados en el lugar momentos después, se observa un cuerpo tirado sobre el lado derecho de la calzada, en posición decúbito prono, junto con un gran charco de sangre, siendo informados por una patrulla de la Policía Local de Alcantarilla que se trataba del conductor del ciclomotor que había resultado implicado en el accidente y que iba ocupado por dos jóvenes, resultando fallecido el conductor y que el ocupante herido había sido trasladado por una ambulancia del 061 al hospital universitario “Virgen de la Arrixaca”, informando el personal de la ambulancia que olía bastante a alcohol de bebidas.

En el lugar se encontraba presente una testigo presencial de los hechos, que resulta ser x.

Así mismo es identificada otra testigo que resulta ser x.”

La zona se encuentra bien iluminada por alumbrado público, siendo la limitación de velocidad de 50 Km/h por señal vertical.

Posteriormente, una vez identificado el conductor del ciclomotor que había resultado fallecido, resulta ser x. de 19 años.

Así mismo se ponen en contacto con los familiares del ocupante del ciclomotor herido, resultando ser x. de 17 años, el cual se encontraba ingresado en observación.”

En el apartado relativo al lugar del accidente se ofrecen los siguientes datos:

“CARACTERÍSTICAS DE LA VIA: Urbana, tramo en curva.

CLASE DE PAVIMENTO: Aglomerado asfáltico.

CONDICIONES DE LA SUPERFICIE DE RODAJE: Buenas.

ANCHURA DE LA ZONA PAVIMENTADA: 10 metros.

SEÑALIZACIÓN: Marcas viales.

CONDICIONES ATMOSFÉRICAS: Buenas

VISIBILIDAD: Buenas

HUELLAS RELACIONADAS CON EL ACCIDENTE: Manchas de sangre, roces en la valla, restos del ciclomotor.

OTROS FACTORES: Vía limitada a 50 Km/h”.

En la valoración que del accidente efectúa el agente instructor, afirma que “*por la manifestación de la testigo presencial del accidente, por los daños del ciclomotor implicado en el siniestro, por los daños resultantes, por las huellas existentes sobre la calzada, así como por lo observado y actuado, el accidente se pudo producir de la siguiente forma:*

El ciclomotor Yamaha YQ 50 de color rojo matrícula “—”, conducido por x., circulaba por la Ctra. de Alcantarilla (MU-560), procedente de Alcantarilla en dirección a Javalí Viejo.

Al parecer el ciclomotor rebasó en la intersección del desvío de Alcantarilla a dos turismos que circulaban en la misma dirección, por lo que siguieron circulando tras él, observando que iba dando bandazos de un lado al otro de la calzada, circulando por el lado izquierdo, cuando a la altura del punto kilométrico 8,900, realizó un giro a la derecha colisionando lateralmente con la valla bionda existente en el lugar, cayendo del ciclomotor tanto el conductor como el ocupante, golpeándose ambos contra la valla, siguiendo el ciclomotor circulando hasta quedar en su posición final a 106 m. del punto inicial de colisión.

Que por las manifestaciones de la testigo, así como del personal sanitario que se encontraba presente en el lugar de los hechos cabe la posibilidad de que el conductor del vehículo circulara bajo la influencia de alcohol, ya que el lugar donde se produce el accidente es una recta amplia, con una curva de izquierda a derecha muy suave, pese a lo cual el ciclomotor se salió de la calzada por el lado derecho, no habiendo ningún otro vehículo implicado.

En el lugar de los hechos se encuentra un casco de color negro (calimero) que al parecer llevaba colocado el conductor del ciclomotor, según manifestaciones de la testigo.

Así mismo se hace constar que la velocidad en la vía en la que se produce el siniestro se encuentra limitada a 50 Km/h. por señalización vertical”.

De las diligencias seguidas ante el Juzgado de Instrucción N° 7 con motivo del accidente, destaca el examen de autopsia, que revela que el fallecimiento se debió a un traumatismo craneoencefálico severo y politraumatismos, con múltiples fracturas en mano y costillas, estallido de lóbulo hepático derecho y presentando el cuerpo heridas incisas (una de tipo desgarrar por tracción, que recorre desde la oreja izquierda bordeando la mandíbula y el cuello de izquierda a derecha, hasta la mitad de la rama mandibular derecha; y otra en la cabeza, que disecciona el cuero cabelludo, recorriéndolo desde la zona temporal izquierda a occipital, de trayecto horizontal, y con orificio perforante a nivel frontotemporal izquierdo). El informe de toxicología, por su parte, muestra un resultado negativo en alcoholemia. Las diligencias finalizan por Auto de sobreseimiento y archivo.

QUINTO.- Acordada la apertura de período de prueba se procede a recabar el testimonio de quienes presenciaron los hechos, es decir, las dos conductoras que seguían a la moto y el usuario-acompañante del ciclomotor.

X., conductora del automóvil que seguía a la motocicleta accidentada, manifiesta:

- Que el accidente se produjo a las dos de la mañana.
- Que existía un buen alumbrado en el puente, antes no.
- Que fue adelantada, viendo que iban haciendo cosas raras en la moto, en el carril de la izquierda, y se fueron bruscamente a la derecha y colisionaron.

- Que la vía no estaba en buenas condiciones, y así sigue.
- Que los sobrantes del poste de la valla sobresalían de ésta.
- Que no tuvo la sensación de que el conductor y acompañante de la motocicleta fueran esquivando cosas, más bien le parecía que iban hablando, aunque tampoco puede asegurarlo.
- Que ella circulaba a 50 ó 60 km/h, por lo que ellos debían de circular un poco más rápido, dando bandazos de vez en cuando, hasta que se colocaron en el carril de la izquierda.
- Que cuando fue rebasada por la motocicleta observó sobre ella a dos chicos, el conductor con casco y el otro cree que no lo llevaba.
- Que tras el accidente llamó a los servicios sanitarios hasta dos veces, mientras el conductor de la moto permanecía tendido en el suelo inconsciente. El acompañante, que llevaba una herida en la pierna, le pidió que ayudara a su amigo.

En cuanto a x., en su comparecencia declara lo siguiente:

- Que la noche del accidente se encontraba parada en el semáforo, cuando vio al lado dos personas sobre una moto. En lugar de hacer la redonda se fueron en dirección contraria, el semáforo se puso en verde, reanudó la marcha y de repente la conductora que le precedía se paró en seco porque el conductor de la moto estaba en el suelo y el otro pidiendo ayuda.
- Que en la vía donde ocurrieron los hechos no había suciedad, ni baches ni basura, aunque no puede recordarlo con detalle.
- Que no vio directamente el accidente por ir detrás del vehículo de x., la conductora que le precedía, que lo anormal fue que se metieron en dirección contraria y pensó que si llega a venir un coche los hubiera arrollado.
- Que cree que la motocicleta circulaba un poco rápido, pero no sabe exactamente a qué velocidad y que iban un poco titubeando.
- Que no sabe si llevaban casco previamente. Ella los vio en el suelo sin casco.
- Que cuando fue a asistir al copiloto, su aliento era sin duda de alcohol.

X., que viajaba en la motocicleta accidentada junto al conductor fallecido, comparece el 26 de febrero de 2007, a propuesta de los reclamantes, para manifestar:

- Que en la vía había suciedad y botes. Que fueron esquivando éstos y cuando cogieron uno de ellos se desviaron hacia el quitamiedos.
- Que había muy poca luminosidad.
- Que la actitud que llevaban era normal. El conductor nunca bebía. Dio negativo. Iban hablando en actitud normal.
- Que cuando circulaban iban esquivando los botes, baches y obstáculos que se encontraban. Pisaron algo y se fueron contra el quitamiedos.
- Que tanto el conductor como él llevaban casco.
- Que cree que el accidente se debió al mal estado de la carretera.
- Sobre la velocidad a la que circulaban, la documentación de la moto establece que sólo puede ir a 45 km/h. Que con dos personas sobre ella una moto de esas características no puede ir a más velocidad.
- Que respecto a las declaraciones de otros testigos de que llevaban una conducción anormal, dice que no es cierto. Que iban esquivando obstáculos.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia, los reclamantes no hacen uso del mismo, al no presentar alegación ni documentación alguna durante el plazo concedido al efecto,

pasando a formular el instructor propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación.

La propuesta se fundamenta en que, si bien la barrera de seguridad contra la que chocó el vehículo se adecuaba a la normativa vigente en el momento del accidente, la colocación de la misma, singularmente el hecho de que los postes de sujeción sobresalieran por encima de la banda horizontal o bionda, resulta contraria al sentido común y actuó de forma decisiva en el agravamiento del resultado del accidente.

Se propone una indemnización de 16.112,59 euros, resultante de las siguientes operaciones: 1º) la cantidad pretendida por los reclamantes se minorra en 8.000 euros, cantidad abonada a éstas por la aseguradora, por la muerte del hijo; 2º) Se aplica al resultado de la indicada sustracción una minoración del 80% en atención a la intervención en el accidente de la actitud imprudente del fallecido, que fue determinante del siniestro.

SÉPTIMO.- Sometida dicha propuesta de resolución a fiscalización previa, la Intervención General formula reparo, al considerar que el cálculo de la indemnización ha de tomar como referencia el baremo correspondiente al año en que se produjo el accidente, no el de la fecha de la reclamación.

Con fecha 10 de septiembre de 2008 se formula nueva propuesta de resolución en el sentido señalado por el Órgano de control interno, que se fiscaliza de conformidad.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 21 de octubre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre 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.

1. 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 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 estado de conservación e instalaciones de contención de vehículos se imputa el daño.

2. 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 27 de agosto de 2005— y la presentación de la reclamación —el 3 de febrero siguiente—, tan sólo había transcurrido algo más de seis meses.

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 al parecer 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 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 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.

El atestado policial y las declaraciones de los testigos obrantes en el expediente son suficientes para considerar acreditados tanto el evento dañoso, es decir, la producción del accidente de tráfico, como las circunstancias en que éste tuvo lugar.

También se ha probado el daño alegado: la desgraciada muerte del hijo de los reclamantes, como consta en el atestado policial y en las diligencias seguidas por el Juzgado de Instrucción a resultas del indicado fallecimiento (informe de autopsia y exhorto al Registro Civil para la inscripción de aquél).

Queda por establecer la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño producido, y el carácter antijurídico de éste, para lo que ha de acudirse al expediente.

Según los reclamantes, el indicado vínculo causal responde a la existencia en el lugar del accidente de unos “guardarriales asesinos” que no respetan en su forma ni en su montaje las prescripciones marcadas por la Orden Circular 6/2001 del Ministerio de Fomento, toda vez que los postes de sujeción de la bionda instalada, de tipo IPN, con sección en forma de doble “T” o “I”, además de haber sido desautorizados por la indicada Orden circular, sobresalían por encima de la valla de protección. Fue el impacto contra uno de estos postes el que habría ocasionado al conductor del ciclomotor las graves heridas que acabaron con su vida. Además, señalan los reclamantes que el estado del firme no era el adecuado, ante la presencia de grietas, baches y suciedad.

Comenzando por esta última alegación, cabe rechazarla a la vista de las pruebas existentes en el expediente, pues si bien los testigos ofrecen versiones contradictorias (x, y el acompañante herido afirman la existencia de suciedad y mal estado del firme, mientras x. considera que el estado de la carretera es bueno), el atestado policial deja constancia de las buenas condiciones en que se encuentra la superficie de rodaje de la vía. Por otra parte, las fotografías aportadas al procedimiento por los reclamantes, que pretenden demostrar la existencia de suciedad e imperfecciones en el firme de la carretera, se centran en el arcén del lado derecho de la vía, mientras que, según descripción del accidente dada por la testigo presencial, la pérdida de control del vehículo se produjo mientras circulaba por el carril izquierdo.

Descartado el mal estado de la vía como causa de la pérdida de control del vehículo por su conductor, el expediente permite situar dicha causa en la actitud imprudente de aquél, quien circulaba a velocidad superior a la permitida y de forma imprudente, invadiendo el carril izquierdo de la vía. Así lo acreditan tanto la circunstancia de que el ciclomotor quedara a 106 metros del lugar de impacto con la barrera de seguridad, como las declaraciones de las dos testigos. X. afirma que cuando ella circulaba a una velocidad de entre 50 y 60 km/h, la moto la adelantó, por lo que debía de ir a mayor velocidad que la máxima permitida en el tramo que, según el atestado policial, se encuentra limitada a 50 km/h. Además, indica que, cuando la superaron, “*iban haciendo cosas raras en la moto, en el carril de la izquierda*”, que fue cuando se fueron bruscamente a la derecha y colisionaron. La otra testigo, x., aunque no es precisa en cuanto a la velocidad de la moto (“*iban un poco rápido pero no sé a qué velocidad*”), corrobora la versión de x. en relación a la circulación irregular del ciclomotor por el carril de la izquierda.

Necesario es recordar en este punto que el artículo 29.2 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, dispone que la circulación por la izquierda, en sentido contrario al estipulado en una vía de doble sentido de la circulación, tendrá la consideración de infracción muy grave, conforme se prevé en el artículo 65.5.f) del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Del mismo modo, la conducta descrita por las testigos es abiertamente contraria a lo dispuesto por el artículo 3.1 del indicado Reglamento, en cuya virtud, “*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 (artículo 9.2 del Texto Articulado)”. La falta de diligencia en la conducción y el riesgo que suponía circular en sentido contrario se ve agravado, además, por la circunstancia de tratarse de un tramo en curva, con prohibición de adelantar, según se deriva de las marcas viales (línea continua de separación entre carriles) apreciables en las fotografías unidas al expediente por los propios reclamantes.

En consecuencia, cabe considerar acreditado que fue la peligrosa combinación constituida por el exceso de velocidad y la conducción imprudente la que estuvo en el origen del accidente, siendo causa inmediata del mismo.

Que la causa primera fue ésa no puede negarse, pero no es menos cierto que en la producción del daño concurrieron otras causas, singularmente el estado de la barrera de seguridad metálica contra la que colisionó el ciclomotor y, de forma especial, la configuración del sistema de contención, cuyos postes de soporte presentan una tipología que, desde el año 1995, se considera inadecuada y que, además, sobresalen por encima de la bionda.

El título de imputación de los daños al servicio público, según los reclamantes, consiste en que la Administración titular de la vía debía haber eliminado los indicados postes de sujeción para adaptarlos a la nueva reglamentación técnica que, desde 1995, los había desautorizado y excluido del catálogo de sistemas de contención de vehículos. Contesta la Dirección General de Carreteras que la barrera metálica cumplía con las recomendaciones sobre sistemas de contención de vehículos establecidas en la Orden Circular 317/1991, del entonces Ministerio de Obras Públicas y Transportes, vigente al momento de ser colocada. En la Orden Circular 321/1995 T y P, en la redacción dada por la Orden Circular 6/2001, de forma expresa se declaran *“eficaces las instalaciones de sistemas de contención de vehículos actualmente en servicio”*, por lo que su sustitución por elementos incorporados al Catálogo de sistemas de contención de vehículos actualizado tras las indicadas órdenes circulares, sólo es obligatoria cuando se realicen operaciones de reposición de las barreras. Comoquiera que no consta que se haya realizado ninguna reposición estando vigentes las indicadas recomendaciones, cabe considerar que los referidos postes de sujeción son reglamentarios.

En anteriores Dictámenes (166/06) el Consejo Jurídico ha considerado este tipo de recomendaciones técnicas relativas a las carreteras, como instrumentos que permiten determinar el estándar de calidad exigible para dichas infraestructuras. En el mismo sentido se han expresado otros consejos consultivos como el castellano-manchego que, en Dictamen 111/2007, expresa:

“La Orden 321/1995 T y P mencionada define su propio ámbito de aplicación señalando que las citadas recomendaciones “constituyen una guía que se pone a disposición de los técnicos de carreteras para que sirva de ayuda en la elección y diseño de estos elementos”, y que el propio documento y su anexo, denominado “catálogo de los sistemas de contención de vehículos”, se declaran aplicables “en los proyectos de construcción de nuevas carreteras o de acondicionamiento de las existente”. De esta forma, la configuración de sus determinaciones como meras “recomendaciones” dirigidas a los técnicos redactores de proyectos y su formulación por la Dirección General de Carreteras del Estado, lógicamente circunscrita al ámbito competencial asociado a la gestión de la carreteras de titularidad estatal, impiden advertir primeramente que el contenido de la citada Orden revista un carácter obligacional para la Administración autonómica y los órganos de la misma encargados de la conservación y mantenimiento de las carreteras de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Sin embargo, la negación de ese carácter imperativo

en la Orden Circular 321/95 T y P analizada no impide reconocer en su contenido —a falta de una regulación regional al efecto, que el propio Servicio de Carreteras informante reconoce—, una objetivación de los estándares de seguridad vigentes en la materia utilizables como patrón de referencia a la hora de valorar la concurrencia de un funcionamiento anormal de la Administración”.

Pero el problema de la naturaleza jurídica de la mentada Circular y su eficacia vinculante o no para la Comunidad Autónoma es secundario a efectos de determinar la existencia o no de responsabilidad imputable a esta Administración. Porque la imputabilidad del daño al servicio regional de carreteras no deriva necesariamente del incumplimiento de esa normativa, sino de un hecho objetivo: que las barreras, cuya adecuada instalación y conservación corresponde a la Administración regional, constituyan un verdadero peligro para quienes circulan por la vía de que se trata, por su configuración. En este sentido, el TSJ de Navarra, en sentencia núm. 336/2004, de 31 de marzo, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, afirma que *“existe un estándar fáctico de adecuación de tales barreras a las características propias de la vía, que obliga a que las mismas no generen un riesgo susceptible de producir resultados como los que se han producido en este caso por colisión de vehículos con las mismas”.*

En el supuesto sometido a consulta, si se ponen en relación las mortales heridas sufridas por el conductor en la cabeza, según la descripción contenida en el informe de autopsia, con el reportaje fotográfico contenido en el atestado policial en el que es posible advertir los restos de sangre y masa encefálica en el extremo de uno de los postes de sujeción de la bionda (folio 121 del expediente), no es difícil imaginar que dicho elemento se convirtió en improvisada arma letal que acabó con la vida del joven.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de julio de 2001, sostiene que *“aunque no existiera norma alguna reguladora de la materia, la Administración tiene que responder de los daños que causa el empleo de unos artilugios que de ser, como debieran, medios de protección se convierten en instrumentos de muerte”.*

En la misma sentencia se alude por el Alto Tribunal a que el progreso de la técnica ya permitía y exigía una determinada configuración de la barrera de seguridad, que, según los conocimientos técnicos del momento, podía evitar que se produjera un agravamiento de los daños a quien colisionara con ella. Debemos recordar en este punto que, si bien la sustitución de los postes de sujeción de tipo IPN no era formalmente obligatoria para la Administración conforme a lo indicado por la Orden Circular 321/1995 T y P, lo cierto es que el accidente se produce en 2005, cuatro años después de la entrada en vigor de aquellas recomendaciones que ya descatalogaron tales postes de sujeción (Orden Circular 6/2001) y uno después de que otra Orden Circular, la 18/04, sobre criterios de empleo de sistemas para protección de motociclistas, señale que *“al objeto de reducir el riesgo de daños severos por corte y/o amputación de miembros de los usuarios de motocicletas, en las barreras de seguridad actualmente en servicio con postes que no se encuentren recogidos en el Catálogo anexo a la OC 321/95 T y P —como es el caso— y ubicadas en tramos no incluidos en el apartado primero de esta Orden Circular —también se cumple esta condición en el supuesto— se deberá proceder paulatinamente a su sustitución”.*

Esta previsión, que responde a una conciencia social cada vez más sensible al agravamiento de los daños sufridos en accidente de circulación por los usuarios de vehículos de dos ruedas como consecuencia de su impacto con los popularmente denominados

“quitamiedos”, muestra una elevación del estándar de seguridad exigible a los sistemas de contención de vehículos, respecto a los existentes en 1991 y 1995, pues considera especialmente peligrosos los postes de tipo IPN, abogando por su eliminación progresiva de las carreteras.

A ello ha de sumarse la configuración de montaje de las barreras, en la que los elementos de soporte sobresalen por encima de la bionda, generando un riesgo innecesario, pues ninguna utilidad respecto a la finalidad de contención de la barrera puede atribuirse a ese sobredimensionamiento de los postes de sujeción. Nada dice al respecto el informe de la Dirección General de Carreteras, pero del examen de los esquemas de montaje que se unen a las Órdenes Circulares objeto de consideración, se advierte que en ninguna de ellas los postes de sujeción exceden la altura de la franja horizontal que constituye la bionda. Y es que mantener el poste por encima de la barrera constituye un elemento peligroso, cuya presencia es injustificada. La existencia de los extremos sobrantes de los postes de sujeción, desprovistos de la utilidad de éstos, carecía de justificación y no ofrecía más que riesgos.

Así las cosas, la causa del accidente resulta ser la conducta negligente del conductor, mientras que la causa principal de la muerte fue el choque y consecuente impacto de su cabeza con el extremo sobresaliente del poste de sujeción de la barrera de seguridad, que le ocasionó heridas mortales.

El Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 6 de marzo de 2001, señala la posibilidad de concurrencia de causas, no sólo en la producción del accidente, sino también en el resultado dañoso, como ocurre cuando la causa determinante del accidente no reviste entidad suficiente como para considerar “*que constituya la causa exclusiva de todos los efectos del accidente*”.

A la vista de tal doctrina, cabe concluir, con la propuesta de resolución, en la existencia de una concurrencia de causas, no en la producción del accidente en sí mismo, sino en el fatal desenlace derivado de él, en el entendimiento de que ha concurrido, como concausa de los brutales efectos del accidente, el funcionamiento del servicio público de mantenimiento en condiciones de seguridad de la vía.

Se considera, asimismo, adecuada la ponderación que el órgano instructor realiza de la incidencia de cada una de las causas en la producción del accidente y sus consecuencias, otorgando un 80% a la imprudente conducción del fallecido y un 20% a la configuración de la barrera de seguridad.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

1. Valoración del daño.

Alcanzada la conclusión de que se dan en el supuesto sometido a consulta todos los elementos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, resta por determinar el importe de la indemnización a satisfacer a los interesados, quienes pretenden que ascienda a 88.562,94 euros.

La doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales, como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado inclu-

yendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de la indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

En el supuesto sometido a consulta se ha producido la muerte del hijo de los reclamantes, por lo que cabe inferir que la indemnización se reclama en concepto de daños morales por la pérdida de un pariente tan cercano.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea.

En su ausencia, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, su valoración queda abocada a un juicio prudencial que pondere las circunstancias que concurren y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico sobre el resarcimiento en supuestos similares. En la conformación de ese juicio, y para tener una mínima referencia objetiva que oriente la labor valorativa, el Consejo Jurídico de ordinario acude al baremo correspondiente al sistema para la cuantificación de las lesiones producidas a las personas en accidentes de circulación, sistema al que expresamente acuden los reclamantes para cuantificar su pretensión indemnizatoria.

El baremo vigente en el momento de producirse la muerte de x. es el aprobado por Resolución de 7 de febrero de 2005, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que prevé como indemnización para los padres, por la muerte de un hijo menor de 65 años, sin cónyuge ni hijos y conviviente con ellos, la cantidad de 85.403,03 euros. A esta cantidad ha de añadirse hasta un 10 % más (8.540,3 euros), como factor de corrección por perjuicios económicos, en atención a que la víctima se encontraba en edad laboral al momento de fallecer (19 años).

Aplicada a la cantidad total el porcentaje de reducción del 80% derivado de la concurrencia de causas expuesta en la Consideración Tercera, resulta una indemnización de 18.788,67 euros.

2. La intrascendencia, a efectos del cálculo de la indemnización, de la cantidad cobrada por los reclamantes en concepto de indemnización derivada de contrato de seguro.

Consta en el expediente que los reclamantes resultaron beneficiarios de una indemnización de 8.000 euros, en virtud de contrato de seguro que cubría el riesgo de muerte del conductor del vehículo asegurado.

Para el órgano instructor, dicha cantidad debe minorar la indemnización a percibir a título de responsabilidad patrimonial.

Debe recordarse que, desde la sentencia dictada con fecha de 12 de marzo de 1991 por la Sala de Revisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la doctrina jurisprudencial viene admitiendo la compatibilidad, dado que obedecen a títulos diferentes, entre el derecho de obtener prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial y el derecho a las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicha compatibilidad entre distintos títulos de devengos económicos no tiene otro límite que el derivado del principio de plena indemnidad o reparación integral de la lesión patrimonial padecida.

La indemnización percibida ex contrato de seguro responde a la relación jurídica constituida entre aseguradora y asegurado, sobre la base de un previo abono de las correspondientes primas, siendo absolutamente ajena a la relación que, en concepto de responsabilidad extracontractual, une a la Administración titular del servicio público con quien sufre los perjuicios derivados de su funcionamiento. Estamos, pues, en términos de la STS, 3ª, de 26 de febrero de 1991, *“en presencia de relaciones autónomas e independientes de causas distintas”*.

En el mismo sentido, que propugna la compatibilidad entre las cantidades percibidas como indemnización derivada del contrato de seguro y las generadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que proceda minoración de éstas por compensación con aquéllas, se expresa la STSJ del País Vasco, núm. 292/2006, de 24 de abril.

En consecuencia, la cuantía de la indemnización a abonar a los reclamantes debe ascender a 18.788,67 euros, conforme a lo indicado en el apartado 1 de esta Consideración.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, al coincidir el Consejo Jurídico en la apreciación del órgano instructor acerca de la concurrencia en el supuesto sometido a consulta de los elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria debe calcularse conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 30/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 23/02/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 31/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, y la mercantil --, S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 02/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18.

DICTAMEN 32/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 02/03/09

Extracto de Doctrina

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 alinean 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. Del mismo modo, el Consejo Jurídico, en supuestos similares al presente, ha considerado que existía nexo causal entre el funcionamiento por omisión de los servicios públicos de conservación de carreteras y los daños producidos (por todos, Dictamen 77/2006).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de noviembre de 2006, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial, en virtud de la cual solicita indemnización por los daños y perjuicios sufridos en un vehículo de su propiedad, el 31 de mayo de 2006 sobre las 16,45 horas, cuando, conducido por su esposa, circulaba por la Avenida de Blanca en Abarán, en una de cuyas curvas cayó una piedra en mitad de la carretera, no siendo posible esquivarla y colisionando con ella.

Imputa los daños sufridos en los bajos del automóvil a la ausencia de una protección adecuada de la calzada, no siendo ésta la primera vez que se desprenden piedras de la montaña.

La cantidad reclamada en concepto de indemnización queda indeterminada en el escrito inicial de solicitud, si bien se aporta copia de presupuesto de reparación del vehículo, por importe de 512,08 euros.

Asimismo se adjunta a la reclamación la siguiente documentación:

a) Copia autenticada por Notario del permiso de circulación del vehículo, expedido a nombre del reclamante.

b) Comparecencia de la conductora ante la Policía Local de Abarán, en la que manifiesta que *“el pasado miércoles día 31/5/06, sobre las 16,45 horas (...) al pasar por la Avda. de Blanca en una de las curvas que existen, y como consecuencia de la lluvia que estaba cayendo durante todo el día, cayó una piedra del monte en mitad de la carretera, no siendo posible esquivarla y colisionó con mi vehículo en la parte baja del mismo ocasionándome diversos daños...”*, acompañada de reportaje fotográfico de los bajos del vehículo, efectuado por la Policía.

c) Informe del agente de la Policía Local que recogió las manifestaciones de la conductora, en el que indica que, si bien el día de los hechos no estaba de servicio, por lo que no pudo comprobar la veracidad de lo relatado, informa que *“ese día estuvo lloviendo fuertemente durante toda la jornada y hubo varios desprendimientos de tierras y piedras por varias zonas de la localidad, concretamente en la carretera comarcal MU-514 con dirección a la localidad de Blanca”*.

d) Solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial dirigida al Ministerio de Fomento, formulada el 1 de agosto de 2006.

e) Fotocopia del DNI de la conductora.

En el escrito de reclamación se designa representante a un Letrado y se proponen las siguientes pruebas: a) documental, para que se incorpore al procedimiento cualquier expediente administrativo relativo a obras de reparación en la calle donde tuvo lugar el accidente; b) pericial, consistente en que por perito competente se compruebe el estado de la Avda. de Blanca en el punto donde se produjeron los hechos; y c) testifical de la conductora.

SEGUNDO.- Por el órgano instructor se requiere al interesado para que subsane y mejore su solicitud, mediante la aportación de copia compulsada de diversos documentos, proposición de testigos y que precise más algunos extremos de su solicitud (daños por los que se reclama y ubicación exacta del lugar del accidente), requerimiento que es cumplimentado por el reclamante dentro del plazo concedido al efecto. Entre la documentación aportada consta una copia de la factura de reparación del vehículo, por importe coincidente con el del presupuesto inicialmente unido a la reclamación.

TERCERO.- El 10 de enero de 2007, la instructora solicita a la Dirección General de Carreteras y al Parque de Maquinaria de ella dependiente, informe técnico acerca de diversas circunstancias relevantes para la resolución de la reclamación.

La solicitud es cumplimentada por la Dirección General de Carreteras el 18 de enero de 2007, mediante la remisión de informe de un ingeniero de caminos, Técnico Responsable, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Efectivamente a finales de Mayo se produjeron lluvias intensas que afectaron a diversas carreteras, entre ellas la MU-514 Abarán- Blanca, produciéndose caídas de piedras de los taludes en desmonte que ofrecen determinada inestabilidad de su superficie, como el caso que nos ocupa. Dado que no fue posible acudir por parte de la brigada de conservación para eliminar las piedras caídas en la calzada en el momento inicial, es cierto tal como acredita la reclamante, que el vehículo dañado impactara con las citadas piedras, por lo que procede estimar favorablemente los daños reclamados”

CUARTO.- Practicada la prueba testifical propuesta por el interesado, las testigos (la conductora, que es esposa del reclamante, y la hermana de éste) ratifican el relato de los hechos que consta en la reclamación.

QUINTO.- El informe del Parque de Maquinaria sobre la valoración de los daños alegados por el reclamante es emitido el 27 de abril. En él se considera correcta la cantidad abonada por la reparación del vehículo.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia al interesado, obtiene vista del expediente, retirando copia de los informes de la Dirección General de Carreteras y del Parque de Maquinaria. Asimismo, aporta sendos informes de la Policía Local de Abarán, ya unido en su día a la reclamación inicial, y del Concejal de Obras del Ayuntamiento, en el que se afirma que la cuadrilla de obras municipal *“viene efectuando la limpieza de los desprendimientos que se producen en las carreteras aledañas al casco urbano de Abarán, concretamente en los accesos al mismo, cuando se producen fuertes lluvias, al no ser efectuada dicha limpieza por parte del Organismo encargado del mantenimiento de las mismas”*.

SÉPTIMO.- El 26 de mayo de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren en el supuesto los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, 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, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 26 de junio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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 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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (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 e, implícitamente, en el informe de la Dirección General de Carreteras.

2. La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP.

3. El procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP, si bien no puede el Consejo Jurídico efectuar un juicio favorable de la actuación del órgano instructor que, al amparo del artículo 71.1 LPAC, requiere al interesado para que subsane la solicitud mediante la aportación de diversa documentación acreditativa de los presupuestos fácticos y circunstancias de la reclamación, con advertencia de tenerle por desistido de su pretensión.

Y es que, aunque la actuación instructora es esencialmente correcta, ya que el requerimiento de esos documentos tiene como función primordial la de aportar información sobre las circunstancias concurrentes en el supuesto, ha de puntualizarse que ninguno de los documentos requeridos es preceptivo, por lo que su omisión no puede equipararse a un defecto de la solicitud que impidiera continuar su tramitación. Antes bien, el fundamento legal del requerimiento de aportación de documentación habría de buscarse únicamente en el artículo 76 de la misma Ley que, como único efecto anudado a la desatención de aquél, prevé la pérdida del derecho al trámite y no el más drástico del desistimiento.

En este sentido, no es adecuado combinar requerimientos tan diferentes en su alcance y consecuencias, como los que efectúa el órgano instructor, sin diferenciar qué intimaciones se realizan al amparo del artículo 71.1 LPAC —en concepto de subsanación, cuya desatención determinaría el desistimiento de la pretensión indemnizatoria—, cuáles en virtud del 71.3 de la misma Ley —como mera mejora de los términos de la reclamación— y cuáles, en fin, en aplicación del artículo 76, cuya no cumplimentación, como se ha dicho, únicamente conlleva la pérdida del derecho al trámite.

Asimismo, la instrucción debería extremar el cuidado para no desconocer el derecho del reclamante a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante (art. 35, letra f, LPAC), lo que ocurre cuando se le exige que aporte de nuevo documentación ya adjuntada junto a la reclamación inicial, como es el permiso de circulación del vehículo, cuya copia fue diligenciada notarialmente.

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.
 - 1. El evento dañoso.

En el supuesto sometido a consulta, cabe tener por cierto el accidente, pues así se desprende del testimonio de la conductora y su acompañante, resultando además verosímil en

el contexto dibujado por los informes de la Policía Local y del ingeniero responsable de la conservación de la vía donde se produjo el siniestro, que manifiestan, respectivamente, que en el día del accidente se produjeron arrastres y desprendimientos de rocas en el municipio, algunos de los cuales afectaron a diversas carreteras, entre ellas la vía por la que transitaba el vehículo, la cual, además, no pudo ser limpiada en un momento inicial por la brigada de conservación de la Dirección General de Carreteras.

Oportuno es recordar que la jurisprudencia viene sosteniendo que *“en los supuestos de responsabilidad patrimonial no se puede esperar que el actor disponga de una abundante prueba de naturaleza personal, pues 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).

2. El daño.

También ha de entenderse acreditado que del accidente se derivaron determinados perjuicios para el reclamante de orden material, tal y como acredita mediante la factura de reparación del vehículo de su propiedad, aportada con ocasión del trámite de subsanación y mejora de la solicitud (folio 44 del expediente).

3. La relación de causalidad.

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 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 (vigente en el momento de los hechos, hoy, artículo 26.2 de la Ley 2/2008, de 21 de abril, 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 aquella 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 le 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, probablemente motivado por las lluvias que habían caído en la zona, según refieren la conductora y su acompañante y ratifican el Ingeniero responsable de la conservación de la vía y el agente de la Policía Local cuyo informe obra en el expediente. 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 alinean 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. Del mismo modo, el Consejo Jurídico, en supuestos similares al presente, ha considerado que existía nexo causal entre el funcionamiento por omisión de los servicios públicos de conservación de carreteras y los daños producidos (por todos, Dictamen 77/2006).

4. Existencia de responsabilidad.

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 su vehículo 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 debe-

rá 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 33/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 02/03/09

Extracto de Doctrina

La doctrina de este Consejo Jurídico (por todos Dictamen núm. 85/2005), como de otros órganos autonómicos y estatales integrantes de las respectivas Administraciones consultivas, es que la Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada y que es responsable de las consecuencias dañosas derivadas de la falta de seguridad en las vías atribuible a sus elementos o circunstancias, tales como desprendimientos de piedras, deformidad o baches importantes en la calzada o existencia prolongada de gravilla. En igual sentido la Sentencia núm. 940/2007, de 21 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 13 de septiembre de 2004, la x. presenta en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, la reclamación de responsabilidad patrimonial suscrita por x., en su condición de propietario del vehículo accidentado, por la que solicita una indemnización como consecuencia de los daños materiales sufridos por el vehículo de su propiedad, en el accidente de circulación ocurrido el 17 de marzo de 2004.

En el escrito de reclamación se expone que el vehículo marca Peugeot 205, matrícula “—”, circulaba por la carretera MU-A- 20, km. 9, término municipal de Blanca, cuando

encontró imprevisiblemente un montón de tierra y, al intentar evitarlo, salió por el margen derecho, cayendo por el desnivel. Reclama 2.758,86 euros, adjuntando un informe de tasación realizado por la empresa x.

SEGUNDO.- La instructora requiere a la parte reclamante para que subsane y mejore la solicitud, con los documentos que se relacionan en los folios 16 y 17, y que hacen referencia a:

1. Copia compulsada del Documento Nacional de Identidad del firmante de los escritos, y de la persona física o entidad a cuyo favor hubiera de reconocerse, en su caso, la indemnización. También la acreditación de la representación de la aseguradora.

2. Declaración suscrita por el afectado en la que manifiesta expresamente que no ha percibido indemnización por la compañía de seguros u otra entidad o, por el contrario, de las cantidades recibidas.

3. Indicación de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y, en su caso, la remisión de copias compulsadas.

4. Acreditación de la realidad y certeza del suceso mediante testigos, acta notarial testimoniada, o atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes.

5. Justificación de la cuantía económica de la reclamación, con el presupuesto o factura de reparación del vehículo.

6. Fotocopias compulsadas del carnet de conducir del conductor, del permiso de circulación y de la tarjeta de inspección técnica del vehículo, así como de la póliza de seguro con indicación de las garantías cubiertas y el pago de la prima anual correspondiente.

TERCERO.- Con fecha 3 de noviembre de 2004 se presenta por un representante de la aseguradora la documentación que consta en los folios 23 a 36 del expediente. También remite un telegrama a la Consejería competente en materia de carreteras el 2 de marzo de 2005, en el que se expresa que tiene la finalidad de interrumpir la prescripción (folio 37)

CUARTO.- El 28 de marzo de 2005 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras como responsable del servicio presuntamente causante del daño, siendo cumplimentado el 6 de abril siguiente en el sentido de señalar que *“la empresa constructora --, S.L., que efectúa trabajos en ese momento y en ese tramo de carretera, asumió la responsabilidad del mismo e informó a su compañía de seguros de este hecho, por lo que el reclamante debe dirigirse a la empresa --, S.L. para que le faciliten la documentación necesaria.”*

QUINTO.- La instructora recaba de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, Destacamento de Cieza, copia autenticada de las Diligencias 384/04, instruidas como consecuencia del accidente que tuvo lugar el día 17 de marzo de 2004 en la carretera MU-A-20. El 9 de mayo siguiente consta que se recibió una información del Capitán Jefe del Subsector de Murcia, obrante en los folios 50 y ss., si bien la mayoría de la documentación remitida hace referencia a otros conductores y siniestro ocurrido en el año 2005.

SEXTO.- En su condición de contratista de las obras, el 2 de febrero de 2006 se solicita a la empresa --, S.L., que informe sobre las afirmaciones vertidas por los técnicos de la Dirección General de Carreteras sobre la asunción de responsabilidad por la misma del pago de los daños producidos como consecuencia de las obras, sin que conste su contestación en el expediente.

SÉPTIMO.- Advertido el error en la documentación remitida por el Subsector de Tráfico de la Guardia Civil, la instructora vuelve a solicitar el 2 de febrero de 2006 la remisión del Atestado, siendo cumplimentado el 16 de febrero siguiente, acompañando las Diligencias incoadas, y contestando a las preguntas formuladas por aquélla:

“1º) Que efectivamente existía un montón de tierra ubicado en el centro de la calzada, constituyendo un obstáculo a la circulación.

2º) Que sí se hallaba abierta al tráfico.

3º) Que efectivamente se estaban realizando obras y sí había señalización de las mismas no quedando constancia sobre la situación de las señales”.

En las Diligencias se consignan los siguientes hechos: *“El vehículo A circulaba sentido El Rellano por la A-20, cuando se encontró un montón de tierra en el centro de la calzada por motivo de unas obras (Camión de la Comunidad Autónoma de Murcia), al intentar evitar el montón se salió de la vía por el margen izquierdo cayendo al desnivel existente”.*

Y, como causa del accidente, se recoge el obstáculo imprevisible en la calzada por las obras de la Comunidad Autónoma, dejado por el camión reseñado como vehículo B.

OCTAVO.- Previa petición reiterada de informe al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 17 de febrero de 2006, señalando que el valor venal del vehículo en la fecha del accidente era de 2.620 euros, y que, aun cuando en el expediente remitido al citado Parque no consta presupuesto alguno, *“el coste de reparación de los daños pudiera ser como mínimo, equivalente al valor venal del mismo”*, teniendo en cuenta las fotos del estado en que quedó el vehículo y que pueden corresponder perfectamente a su situación tras el siniestro.

También recomienda aclarar el técnico informante si la empresa responsable de las obras ha asumido la indemnización, en tanto dispone de información del acuerdo alcanzado en tal sentido entre los técnicos de la Dirección General competente en materia de carreteras y la empresa constructora.

NOVENO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia a la empresa constructora como interesada y posible responsable de los daños (folio 73), no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico que se personara, si bien se hace constar por la instructora que *“se recibe la respuesta, en forma de fax, en el que se manifiesta que no se ha satisfecho la indemnización por los daños causados”* (folio 99, Antecedente Decimocuarto), lo que tampoco consta en el expediente.

DÉCIMO.- Con fecha de 10 de abril de 2006 se acuerda la apertura de un período de prueba con el fin de que, por cualquier medio de prueba admisible en derecho, se acredite la representación de x. para actuar en nombre del reclamante, y copia compulsada de la póliza del seguro del vehículo.

UNDÉCIMO.- El 2 de junio de 2006 se presenta escrito por x. en el que expone, en primer lugar, que la reclamación ha sido ejercitada por él en su condición de titular del derecho dañado, entendiéndose improcedente tener que acreditar la representación de su aseguradora en el presente expediente. También obra la diligencia acreditativa de la representación que otorga el reclamante a un letrado *apud acta*, y que su representante se persona en las actuaciones para retirar documentación (folios 78).

DUODÉCIMO.- Con fecha 19 de junio de 2006 se otorga un trámite de audiencia a la parte reclamante, sin que conste que presentara alegaciones, y el 8 de febrero de 2007 se reitera la audiencia a la empresa constructora, sin que tampoco se tenga constancia de que presentara alegaciones.

DECIMOTERCERO.- La propuesta de resolución, de 27 de marzo de 2008, estima la reclamación presentada en la cuantía de 2.620 euros, y que la empresa --, S.L., como responsable de los daños, proceda a ingresar el montante en una cuenta determinada para su pago al interesado.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 13 de mayo de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen

El 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 acción ha sido ejercitada por el titular del vehículo accidentado (x.), según el permiso de circulación, quien ostenta la condición de interesado en relación con los daños materiales, que son los únicos reclamados en el presente expediente.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la carretera donde se produjo el accidente, como se desprende de la documentación incorporada al expediente. El hecho de que las obras que se realizaban en la carretera se llevaran a cabo por una empresa contratista (--, S.L.), no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser la contratista, como propone la instructora en el presente caso, habiéndole otorgado varios trámites de audiencia exigidos por el artículo 1.3 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 los que no se ha personado la empresa constructora, desconociéndose si al día de hoy ha asumido o no el pago de la indemnización, aunque, según relata la instructora en la propuesta de resolución, se recibió una fax en el que se manifestaba que “no se había satisfecho la indemnización”, si bien referido a una fecha anterior al 31 de octubre de 2007.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que el accidente se produjo el 13 de marzo de 2004 y la acción de reclamación ante la Administración regional se ejercitó el 13 de septiembre del mismo año y, por lo tanto, antes de

que transcurriera un año entre ambas fechas. En este sentido, cuando se remitió el telegrama con la finalidad de interrumpir la prescripción el 2 de marzo de 2005, ya se había ejercitado la acción en la fecha anteriormente indicada.

El procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP, salvo el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho el previsto en el citado reglamento (artículo 13.3).

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

El artículo 139.1 LPAC señala que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. A los anteriores requisitos hay que añadir la antijuridicidad del daño (artículo 141.1 de la misma Ley), es decir, 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.

Acreditada por el reclamante la realidad del daño, y no cuestionada por la Administración regional la titularidad del tramo donde se produjo el accidente (carretera MU-A-20), el núcleo de la cuestión que suscita el presente expediente para la determinación de la responsabilidad patrimonial es la existencia o no de nexo causal entre la prestación del servicio público de carreteras y el resultado dañoso, y si dicho daño tiene que ser soportado por el interesado de acuerdo con la Ley.

El reclamante imputa a la Administración regional un funcionamiento anómalo del servicio público de carreteras por cuanto la vía donde ocurrió el accidente se encontraba abierta a la circulación, existiendo un obstáculo en medio de la misma (montón de tierra) con el que sorpresivamente colisionó el vehículo.

Como recoge la propuesta de resolución, la Administración regional, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según reza el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por R. D. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa no puede afirmarse el cumplimiento de tal deber, a la vista de las Diligencias incoadas por la Guardia Civil de Tráfico, en las que se recoge como causa del accidente “el obstáculo imprevisible” en la calzada (el montón de tierra en el centro de la misma), debido a las obras que se realizaban por la empresa contratista de la Administración regional, y que motivaron que el conductor, para evitar la colisión, se saliera por el margen izquierdo de la vía, cayendo al desnivel existente, pese a que en el escrito de reclamación se describe que se salió por el margen derecho. La existencia del citado obstáculo que se encontraba en la calzada, sin que se haya probado que concurrieran otros elementos coadyuvantes imputables al conductor tales como embriaguez, exceso de velocidad o falta de atención, lleva a entender que concurre prueba suficiente de los presupuestos esenciales exigibles para el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración y, por ende, del contratista que se encontraba ejecutando las obras.

También ha de afirmarse que se trata de daños que el particular no está obligado a soportar, conforme al artículo 141.1 LPAC.

En consecuencia, al haber quedado probada la existencia de un obstáculo en la carretera que provocó el accidente, ha quedado establecido el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el evento dañoso, compartiendo el Consejo Jurídico el criterio del órgano instructor que estima que puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial.

A mayor abundamiento, la doctrina de este Consejo Jurídico (por todos Dictamen núm. 85/2005), como de otros órganos autonómicos y estatales integrantes de las respectivas Administraciones consultivas, es que la Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada y que es responsable de las consecuencias dañosas derivadas de la falta de seguridad en las vías atribuible a sus elementos o circunstancias, tales como desprendimientos de piedras, deformidad o baches importantes en la calzada o existencia prolongada de gravilla. En igual sentido la Sentencia núm. 940/2007, de 21 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

CUARTA.- La responsabilidad del contratista y la determinación de la cuantía indemnizatoria.

En ya reiterados Dictámenes (2 y 55 del año 2000, 9 y 20 del 2002, 53 del 2003, 40, 87 y 163 del 2005, y 3 del 2009, 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 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP, RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba su texto refundido), vigente en aquel momento (hoy artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), 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.”

Determinado ya que el daño es consecuencia del funcionamiento del servicio público, la Administración ha de dilucidar a quién corresponde asumir en última instancia la respon-

sabilidad, y si es al contratista, de acuerdo con los criterios establecidos en los puntos 1 y 3 del artículo de la LCAP anteriormente citado.

El Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución que determina que el responsable de los daños es la empresa contratista, como se deriva de la forma en que se produjeron los hechos (Diligencias de la Guardia Civil de Tráfico), y del informe del técnico de la Dirección General de Carreteras: *“la empresa constructora --, S.L., que efectúa trabajos en ese momento y en ese tramo de carretera, asumió la responsabilidad del mismo e informó a su compañía de seguros de este hecho, por lo que el reclamante debe dirigirse a la empresa --, S.L. para que le faciliten la documentación necesaria.”* (folio 47).

En el caso de que el contratista no haya satisfecho o satisfaga voluntaria y directamente el pago al perjudicado, aspecto que se desconoce en la actualidad, lo que indudablemente exigiría una actuación previa de comprobación por parte de la Consejería consultante (a este respecto la declaración del interesado de que no ha recibido indemnización de otra Entidad u organismo data de 28 de octubre de 2004), 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 la empresa contratista en ejecución de su propia resolución.

Por último, el Consejo Jurídico considera adecuada la solución que propone la instructora de que la cuantía indemnizatoria se contraiga al valor venal del automóvil (2.620 euros), si bien debidamente actualizada en aplicación del índice de precios al consumo, conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante la Administración regional, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen.

SEGUNDA.- Procede, en la misma resolución, declarar que corresponde a la empresa contratista abonar la indemnización solicitada.

TERCERA.- En caso de que la contratista no haya satisfecho o satisfaga voluntaria y directamente el pago al perjudicado, la Administración vendría obligada a abonar el importe de la indemnización y a dirigirse por la vía de repetición contra la contratista, en ejecución de su propia resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad, de conformidad con lo señalado en la Consideración Cuarta. En todo caso se exige una previa comprobación por parte de la Consejería consultante de si se ha hecho efectiva la indemnización, dado el tiempo transcurrido.

CUARTA.- La indemnización a satisfacer debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 34/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, por accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 02/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 13.

DICTAMEN 35/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 04/03/09

Extracto de Doctrina

El hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 30 de septiembre de 2002 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes reclamación formulada por x. frente a la Administración regional, como consecuencia de los daños ocasionados a su vehículo (Ibiza GT 1.9 TDI, matrícula “—“), cuando circulaba el 21 de diciembre de 2001 por la Carretera de Barqueros en dirección a Alcantarilla, que atribuye al deficiente estado de la calzada (bache).

Acompaña documentación consistente en:

- Reclamación presentada ante el Ayuntamiento de Alcantarilla el 18 de febrero de 2002.
- Resolución de la Alcaldía del citado Ayuntamiento de 9 de septiembre de 2002, resolviendo el archivo de la reclamación, en tanto que el mantenimiento de la vía correspondía en aquel momento a la Administración regional.
- Presupuesto de reparación del vehículo, que asciende a la cantidad de 629,11 euros.

— Fotografías del lugar donde ocurrió el suceso y del vehículo accidentado.

Finalmente, solicita que le arreglen los daños del vehículo (folio 5).

SEGUNDO.- Con fecha de 10 de octubre de 2002 se requiere al reclamante para que mejore su escrito de reclamación, con la documentación que se relaciona en los folios 6 y 9 del expediente, y se solicita informe preceptivo a la Dirección General de Carreteras.

El 29 de octubre de 2002, el reclamante presenta la documentación que consta en los folios 12 a 21 del expediente.

TERCERO.- Con fechas 22 de mayo de 2003, 9 de enero, 4 de mayo y 27 de octubre de 2004, 13 de marzo de 2006 y 16 de enero de 2007, se reitera la solicitud de informe preceptivo a la Dirección General de Carreteras.

CUARTO.- Solicitado informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras sobre la valoración del daño atendiendo al modo de producirse, es evacuado el 25 de enero de 2008, en el siguiente sentido:

“Los daños ocasionados en el vehículo consistentes en la rotura de llantas de aleación y parabrisas, ocasionados por circular sobre un bache, no pueden corresponder con la realidad, al menos en lo que al parabrisas se refiere.

En cuanto a que se puedan romper las llantas de aleación, sin que se rompa el neumático también, sí es posible.

Es por ello que, en el caso de que pueda demostrarlo que así fue, se debería hacer frente al pago de las llantas pero del parabrisas (...).”

QUINTO.- Con fecha 4 de marzo de 2008 se recibe informe del Jefe de Sección de Conservación III de la Dirección General de Transportes y Carreteras, que manifiesta que la carretera donde ocurrió se identifica como C-1 Alcantarilla a C-3315 por Barqueros, y que no se ha encontrado en el Servicio de Conservación documentación sobre este accidente, y sobre el estado de la carretera en aquel momento, añadiendo que dicho tramo fue entregado al Ayuntamiento de Alcantarilla en el año 2004.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, no consta que formulara alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución desestimatoria (folios 41 a 48), en la que se concluye en la desestimación de la reclamación por la inexistencia de nexo causal, unido a las carencias probatorias atribuibles al reclamante.

SÉPTIMO.- Con fecha 24 de julio de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El 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, pues la legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos (artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo LPAC), habiéndose acreditado en el expediente que el reclamante es titular del vehículo, según el permiso de circulación (folio 19).

En cuanto a la legitimación pasiva, queda acreditado en el expediente que la carretera donde supuestamente tuvo lugar el siniestro era de titularidad autonómica hasta el año 2004 (C-1 Alcantarilla a C-3315 por Barqueros), según señala el Jefe de Sección de Conservación III de la Dirección General de Carreteras.

Asimismo la acción indemnizatoria se ha ejercitado por el reclamante dentro del plazo de un año desde que refiere que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, pues ocurrió el 21 de diciembre de 2001, y la reclamación se presentó ante la Administración que se consideraba competente (Ayuntamiento de Alcantarilla) el 18 de febrero de 2002, que se inhibió a favor de la Administración titular de la vía, ejercitándose la acción ante la Consejería competente el 30 de septiembre de 2002.

TERCERA.- Sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial y los medios de prueba.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Obras Públicas, Transporte y Vivienda se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y ss. RRP (Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo), salvo en lo concerniente al plazo para resolver la reclamación, que ha rebasado en exceso los tiempos prudenciales para ello, habiéndose detectado una paralización del procedimiento motivada por la tardanza en la emisión de los informes técnicos, singularmente el correspondiente a la Dirección General de Carreteras (Antecedente Tercero).

En otro orden de ideas y en relación con los medios probatorios de los que se ha valido el reclamante, a quien incumbe la carga de probar los hechos en los que basa su reclamación (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), cabe destacar que únicamente ha aportado unas fotografías del socavón ya arreglado y un presupuesto de un taller, pero no ha presentado prueba alguna (testifical, atestado, etc.) tendente a acreditar que el accidente se produjera en el lugar y fecha indicada, y que fuera consecuencia del socavón existente.

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.

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 unos daños en el vehículo de su propiedad con el presupuesto de un taller de reparación, realizado el 14 de enero de 2002, cuya reproducción en el expediente es bastante reciente.

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

El reclamante no ha podido probar que la causa de los daños alegados se encuentre en la existencia del socavón en la carretera denunciada 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 sostuvimos en nuestro Dictamen núm. 128/04, *“existiendo tan sólo las manifestaciones y declaraciones vertidas por el interesado, así como las fotografías aportadas, donde se observa un bache en la calzada, desconociéndose la fecha en que fueron realizadas, careciendo, por tanto, por sí mismas de eficacia probatoria para lograr acreditar tanto el siniestro como el nexo causal”*.

A lo anterior se suman una serie de circunstancias, que ahondan 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:

- El socavón causante del daño, según el reclamante, aparece parchado en las fotografías aportadas, como reconoce el propio interesado en la solicitud realizada ante el Ayuntamiento de Alcantarilla.
- El Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras sostiene que no es posible que el parabrisas del coche se rompa por circular por un bache, por muy grande y profundo que sea.

Por todo ello, no resulta acreditado que el accidente ocurriera en el lugar donde el reclamante señala, ni que todos los daños fueran causados por el mismo, ya que no existe atestado policial, ni se proponen testigos que pudieran corroborar sus manifestaciones, como indicábamos en nuestro Dictamen 7/00.

Por tanto, 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 han puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, la Sentencia de 13 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Fundamento Jurídico Tercero). En el presente supuesto, si bien se acredita la existencia de un socavón parchado, hay ausencia total de prueba de la relación de causalidad entre el

funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados, lo que conduce a desestimar la reclamación, al igual que lo hicimos en nuestros Dictámenes núms. 99 y 128 del 2004, y 23 y 105 del 2005.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA. -Se dictamina favorablemente la propuesta desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 36/09.- Responsabilidad patrimonial instada por --, S.L., por gastos derivados del depósito de un aval.

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

Fecha: 04/03/09

Extracto de Doctrina

Cuestión ampliamente debatida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es la referente al deber jurídico de soportar los daños causados por la anulación de un acto administrativo cuando ésta se produce por la valoración, por parte del órgano judicial, de conceptos jurídicos indeterminados en los que existe un margen de apreciación que hace compleja la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto, y que ha sido analizada, entre otros, en nuestros Dictámenes 124/07 y 179/08.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 28/11/2006, x., en representación de “--, S.L.” solicitó a la Consejería de Obras Públicas y Transportes la devolución del aval bancario prestado en vía contencioso-administrativa para conseguir la suspensión de la ejecutividad de la sanción que le fue impuesta por Resolución de 30 de octubre de 1997, de la Dirección General de Transportes y Comunicaciones, confirmada por Orden de 11 de octubre de 2002, solicitando, asimismo, el abono del importe de las comisiones e intereses bancarios que había tenido que afrontar por la constitución de dicho aval.

Funda su solicitud en el hecho de haber sido anulada dicha sanción por sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 24 de febrero de 2003, dictada en el recurso nº 2480/2002.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado el 25 de abril de 2007, el representante de la empresa solicita nuevamente el reembolso de los gastos sufridos por la constitución del

aval, adjuntando copias de escritura de poder a su favor, del Auto que resolvió sobre la suspensión del acto impugnado y de la sentencia reseñada, así como documentos acreditativos del coste bancario del aval (por 510 euros, según certificado de la correspondiente entidad) y de su depósito en la Caja Regional de Depósitos.

TERCERO.- Incoado el oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial, mediante oficio de 10 de octubre de 2007 se requirió a la reclamante para que subsanase determinados defectos y mejorase su solicitud, presentando el 23 siguiente el representante de la empresa lo requerido por la instrucción.

CUARTO.- Mediante oficio de 5 de febrero de 2008 se otorga un trámite de audiencia al reclamante, no constando la presentación de alegaciones.

QUINTO.- El 21 de julio de 2008 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que existe relación de causalidad entre el funcionamiento anormal de la Administración, en forma del dictado de un acto administrativo luego anulado (la sanción impuesta en su día), y el daño por el que se reclama indemnización, los gastos del aval generados para evitar la ejecución de dicho acto. Propuesta de resolución que, remitida a este Consejo Jurídico en solicitud de su preceptivo Dictamen, en unión del expediente tramitado y de su extracto e índice reglamentarios, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Conforme con lo previsto por el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial tramitada por la Administración regional.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La entidad reclamante está legitimada para deducir la presente reclamación, al haber sufrido el perjuicio económico cuyo resarcimiento solicita, según la certificación bancaria aportada al expediente, relativa a los costes devengados por la prestación del aval a su favor.

La Administración regional está legitimada pasivamente al imputarse a su actuación (la producción de un acto administrativo luego judicialmente declarado contrario a Derecho) la producción de los daños por los que se reclama indemnización.

II. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año desde la firmeza de la sentencia anulatoria del acto administrativo en cuestión, conforme con lo establecido en 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).

III. La tramitación realizada se ha ajustado, en lo sustancial, a lo previsto en la LPAC y su reglamentación de desarrollo en esta materia.

En este sentido, aunque debía haberse solicitado el preceptivo informe del servicio responsable en la materia a que se refiere la reclamación, su omisión no se considera relevante,

dado el estricto carácter jurídico de la cuestión, y al hecho de que aquélla puede entenderse subsanada con lo expresado en la misma propuesta de resolución. Ahora bien, ello hacía innecesario el otorgamiento de un trámite de audiencia al interesado, pues previamente a la formulación de dicha propuesta no obraba en el expediente más documentación que la presentada por la reclamante, bien a su instancia o a requerimiento de la instrucción (artículo 84.4 LPAC).

TERCERA.-La responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto administrativo. Consideraciones generales.

En ocasiones anteriores ha manifestado el Consejo Jurídico (Dictamen 197/02) que el instituto de la responsabilidad patrimonial nace con la finalidad de compensar a los particulares por los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos y, traduciéndose frecuentemente el quehacer de las administraciones en la emisión de actos administrativos, una parte de los supuestos de responsabilidad patrimonial planteados tendrá su causa en la adopción de actos de tal naturaleza que posteriormente sean anulados por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico. La LPAC da respuesta a este supuesto de hecho regulándolo de modo específico. Así en el artículo 102.4 (incardinado en el título VII donde se regula la revisión de los actos administrativos) establece: *“Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”*. Por su parte el artículo 142.4 del título X de dicho texto legal destinado a regular la responsabilidad patrimonial dispone: *“La anulación en vía administrativa o por el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”*.

Dichos preceptos, según reiterada jurisprudencia y doctrina, deben interpretarse en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente para que surja el derecho a indemnización. La procedencia de ésta se determinará una vez constatada la existencia del daño o lesión patrimonial y la concurrencia de los requisitos que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad patrimonial establecen como necesarios para que aquél pueda imputarse a la Administración, lo que exigirá verificar que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que el daño producido sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado o individualizable respecto de una persona o grupo de personas, y que sea antijurídico, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo. Cuestión ampliamente debatida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es la referente al deber jurídico de soportar los daños causados por la anulación de un acto administrativo cuando ésta se produce por la valoración, por parte del órgano judicial, de conceptos jurídicos indeterminados en los que existe un margen de apreciación que hace compleja la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto, y que ha sido analizada, entre otros, en nuestros Dictámenes 124/07 y 179/08.

CUARTA.- Relación de causalidad entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Inexistencia de deber jurídico de soportar dichos daños por parte del reclamante.

Aplicadas las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, debe concluirse con la propuesta de resolución en que concurren los requisitos legalmente establecidos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la necesaria y adecuada relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, cuando el supuesto consiste, como en el caso que nos ocupa, en la anulación de una sanción administrativa que había motivado la previa prestación de caución para obtener la suspensión de su ejecutividad, la STS, Sala 3ª, de 1 de octubre de 1997, dictada en un supuesto análogo al presente, expresa que *“esta Sala Tercera, en la Sentencia de 18 enero 1995, se ha pronunciado sobre esta cuestión diciendo que «el nexa causal está representado aquí por la relación entre el funcionamiento anormal de los servicios públicos (práctica de una liquidación tributaria incorrecta) y el daño causado al ciudadano, sea el interés legal de la cantidad ingresada en el Tesoro, el de la cantidad de dinero depositada, el rendimiento de los valores públicos o el coste del aval o fianza bancaria. Y no puede decirse que el daño surge de un acto voluntario y libre del sujeto pasivo (p. ej. constitución del aval), porque se halla constreñido a ello bajo el aperebimiento de que en otro caso se ejecutará forzosamente la deuda»”*.

En segundo lugar, se advierte que la anulación del acto administrativo en cuestión fue acordada por considerar la sentencia reseñada en los Antecedentes que la sanción impuesta por la Consejería estaba prescrita, conforme con lo establecido en el artículo 203 del Real Decreto 1211/90, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 16/87, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en relación con el artículo 132 LPAC; preceptos que, por lo que interesa a la cuestión planteada, no incluyen conceptos jurídicos indeterminados que planteen dificultades interpretativas que justifiquen que el afectado tenga el deber jurídico de soportar los daños causados por la anulación del acto que los ha aplicado.

QUINTA.- La cuantía de la indemnización.

Acreditado con el oportuno certificado bancario que los gastos ocasionados a la reclamante por la prestación del aval ascienden a 510 euros, ésta debe ser la cantidad a indemnizar, que deberá ser actualizada conforme con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC, lo que deberá expresarse en la propuesta de resolución.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento anormal de los servicios públicos regionales, derivado de la anulación del acto administrativo de referencia, y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización deberá ajustarse a lo expresado en la Consideración Quinta del presente Dictamen

TERCERA.- Por todo ello, la propuesta de resolución, estimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, sin perjuicio de lo expresado en la Consideración Quinta del Dictamen sobre la actualización de la indemnización.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 37/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en su vehículo por accidente de circulación.

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

Fecha: 04/03/09

Extracto de Doctrina

El Consejo Jurídico considera, como lo ha hecho en varios Dictámenes (por todos, los números 107 y 152 del año 2003), que la Administración no debe responder cuando, como ocurre en el presente caso, el nexo causal que pueda derivar de la utilización de un servicio público se rompe por la conducta del propio lesionado que, con o sin negligencia, conduce su vehículo sin ajustarse a las condiciones legales que derivan del concreto estado y señalización de las vías públicas o carreteras, y de las demás condiciones de la circulación en el momento de producirse el accidente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de julio de 2002 tuvo entrada en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia escrito firmado por x., en el que formula reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, a la vista de los daños sufridos como consecuencia del accidente acaecido en la intersección del conocido como Camino Real con la carretera MU-602.

Los hechos acontecidos, según el escrito de reclamación, son, en síntesis, los siguientes:

1. Con fecha 10 de mayo de 2002, sobre las 17:30 horas, cuando el reclamante circulaba por el camino antes mencionado, conduciendo el vehículo de su propiedad marca Peugeot, modelo 206, matrícula “—”, al llegar a la intersección con la carretera MU-602, a la que pretendía acceder, se vio obligado a “sacar el morro” para poder comprobar si venía algún vehículo, siendo en ese momento colisionado por la furgoneta matrícula “—”, que circulaba en sentido Alhama-Cartagena, y que no pudo esquivarlo debido al poco espacio existente en la zona.
2. La complejidad que dicha intersección representa para el tráfico, ha hecho que se instalen elementos de seguridad vial tales como discos de limitación de velocidad, señales de balizamiento y espejos cóncavos.
3. En el momento de ocurrir el accidente se encontraba lloviendo, lo que hizo que los espejos cóncavos no resultasen operativos, debido a que el agua de lluvia en su superficie difuminaban las imágenes que en ellos se reflejaban.
4. Afirma el reclamante que debido a la complejidad de las circunstancias que rodearon el accidente, considera que el mismo es imputable a:
 - a) La existencia de un panel direccional situado en el arcén de la carretera MU-602, que impide casi por completo la visibilidad en el momento de incorporarse desde el Camino Real a dicha vía.
 - b) La práctica inexistencia de arcén y la inoperatividad del espejo debido a la lluvia.

- c) La destrucción sistemática de las señales que limitan la velocidad en este tramo a 60 km/h, lo que lleva a los conductores que por ella circulan a creer que el límite está en 90 km/h.
5. Como consecuencia de la colisión sufrieron daños ambos vehículos, el reclamante unas heridas leves e intervino la Guardia Civil de Tráfico.

Como documentos acreditativos de la veracidad de sus afirmaciones y de la existencia de los daños que alega, el reclamante acompaña a su escrito los siguientes:

1. Presupuesto de reparación del vehículo de su propiedad por importe de 6.957,95 euros.
2. Fotografías del lugar del accidente en las que se puede observar la intersección de las vías, el espejo cóncavo y el panel direccional.

SEGUNDO.- Designada instructora ésta requiere, con fecha 4 de octubre de 2002, al interesado la mejora de su solicitud mediante la aportación de copia de diversa documentación (DNI y permiso de conducir del reclamante; permiso de circulación, tarjeta de inspección técnica y póliza de seguro del vehículo; así como declaración jurada de no haber recibido ya indemnización a causa del accidente). Asimismo, se le indica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de prueba, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

Requerimiento que fue atendido por el interesado mediante la aportación, con fecha 16 de diciembre de 2002, de la documentación que se le interesaba, a la que, además, adjuntaba informe de la Policía Local de Alhama de Murcia en el siguiente sentido:

“El Cabo de la Policía Local que suscribe, en relación con el accidente de circulación ocurrido el pasado día 10 de Mayo del año en curso en el P.K. 44 de la carretera MU-602, término municipal de Alhama de Murcia, en el cual se vio involucrado el vehículo “—”, INFORMA:

Que el Servicio, compuesto por el firmante y el Agente 08/16 se personó en el lugar de autos sobre las 17’30 horas, verificando una colisión entre el turismo arriba indicado y la furgoneta “—”, prestando socorro al conductor del primero, que resultó herido leve, e iniciando la recopilación de datos hasta la llegada de la Guardia Civil de Tráfico de Lorca, extremo que se produjo sobre las 17’45 horas de ese mismo día.

Del estudio del lugar de los hechos y ateniéndose el firmante a los puntos referidos por el x., se detalla que:

a) En el momento de personarse el Servicio de la Policía Local de Alhama de Murcia, las condiciones meteorológicas eran de lluvia moderada, reduciéndose considerablemente la visibilidad aportada por el espejo cóncavo ubicado en la citada intersección.

b) La colisión se produjo al invadir el turismo “—”, que circulaba por el Camino Real, la carretera MU-602 al sobrepasar la señal de STOP, e introducirse en ésta con el propósito de girar a la izquierda dirección a Alhama de Murcia. En ese mismo momento la furgoneta “—” circulaba por la MU-602 dirección Cartagena en las proximidades de la denominada Venta de los Rafaelés, percatándose posiblemente, de la presencia del turismo a muy poca

distancia de éste, provocándose la colisión al no darle tiempo material para detener el vehículo ni poder hacer maniobra de esquivo por la falta de espacio.

c) A juicio del firmante, la visibilidad en dicha zona se encuentra disminuida por varios condicionantes:

c.1. El arcén existente, en la MU-602 dirección Cartagena y en la intersección con el Camino Real, es prácticamente nulo, no llegando a superar los 10 centímetros.

c.2. Desde la línea que delimita el carril derecho con el arcén, dirección Cartagena, hasta la fachada de la vivienda denominada “—”, existe poco más de un metro.

c.3. Muy próximo a la mínima distancia indicada en c.2, se encuentra ubicado un panel direccional advirtiendo a los usuarios de la MU-602 la delimitación de la Venta de los Rafeles, esto es, la poca distancia que separa la fachada de la edificación del carril derecho de la vía, siendo la misma un objeto minimizador de la poca visibilidad ya existente.

Sobre todas estas consideraciones, incrementadas por la presencia de la lluvia que redujo enormemente la visibilidad, es posible que el conductor del turismo hiciese la maniobra de “sacar el morro” para poder incorporarse a la MU-602, disminuyendo la probabilidad de rebasarla sin tener percances. Asimismo indicar que hay que incluir el aumento del puesto del conductor con relación al morro del turismo, a la distancia referida en c.2”.

TERCERO.- También con fecha 4 de octubre de 2002 la instructora dirige oficio al Cuartel de la Guardia Civil de Murcia, Comandancia de la Guardia Civil, Agrupación de Tráfico, solicitando el envío de copia compulsada de las actuaciones, informes o atestados que obren en su poder en relación con el accidente sufrido por el reclamante. Asimismo se les requiere para que informen sobre el modo de producción de los hechos, daños sufridos en el vehículo y señales de seguridad vial existentes en el lugar de los hechos.

En contestación a dicho escrito el Capitán Jefe del Subsector de Tráfico de Murcia, informa que, consultados los archivos obrantes en dicha Unidad, así como en la base de datos informáticos de la Dirección General de Tráfico, se ha comprobado que no consta que se hayan efectuado diligencias por el accidente origen de la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 24 de febrero de 2003, se recaba de la Dirección General de Carreteras informe sobre los siguientes extremos:

“1) Titularidad de la carretera en la que tuvieron lugar los hechos.

2) En el caso de pertenecer a la Red de Carreteras de la Región de Murcia:

a) Indicación de señales horizontales limitativas de velocidad y otras señales que indiquen las circunstancias peculiares del cruce.

b) Posibilidad de ver con anticipación, atendidas las características de la vía y demás condicionantes al vehículo que circula por la vía a la que se incorpora el vehículo del reclamante, o si existe una presumible distracción por parte del conductor; exceso de velocidad, edad, circunstancias climatológicas adversas, comportamiento del conductor “al sacar el morro” como afirma en su escrito etc.

c) Si existe visibilidad reducida en el cruce en cuestión y si son suficiente las señales viales existentes en el lugar de los hechos para la seguridad del tráfico,

o si por el contrario se han ocasionado ya accidentes en el punto kilométrico referido.

- d) *Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*
- e) *Cualquier otra cuestión que se estime de interés”.*

Tras reiterar hasta en cinco ocasiones la emisión de dicho informe, éste es finalmente enviado el día 6 de marzo de 2008, con el siguiente contenido literal:

“La carretera objeto de este Informe pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, identificada como MU-602, de Cartagena (Los Dolores) a Alhama (N-340).

A) No ha sido posible encontrar información de las señales que existían en este punto kilométrico en el año 2002. Los funcionarios que prestaban sus servicios en esa época se han jubilado y no hay documentación sobre lo que se solicita. Esta carretera se encuentra modificada y transformada a autovía.

B) De acuerdo con la información facilitada por el reclamante la intersección del camino rural con la carretera MU-602 se encontraba bien señalizada, instalados elementos de seguridad vial, tales como discos de limitación de velocidad, señales de balizamiento y espejos cóncavos (apartado 4º del escrito presentado por el reclamante).

Sobre el exceso de velocidad, edad del conductor, circunstancias climatológicas adversas, comportamiento del conductor, etc. no puedo informar.

C) No tengo conocimiento de otros accidentes en ese punto kilométrico de la carretera. No puedo informar de las condiciones de la visibilidad que disponía ese cruce en el año 2002 de acuerdo con lo manifestado en el apartado A).

D) No puedo informar de acuerdo con lo manifestado en el apartado A)

E) La información de la Guardia Civil de Tráfico para este caso, dado que al parecer intervino de forma directa según el reclamante, puede ser de gran utilidad”.

QUINTO.- Mediante escrito fechado el 16 de enero de 2006, la instructora solicita del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, informe sobre los siguientes extremos:

1. Valor venal del vehículo.
2. Valoración de los daños del vehículo atendiendo al modo de producirse el siniestro.
3. Ajuste con la realidad de los daños reclamados en relación a la reparación del vehículo que figura en la factura presentada por el reclamante.
4. Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

Requerimiento que es cumplimentado por el Jefe del citado Parque de Maquinaria mediante informe de 13 de marzo de 2008, del que destaca, a los efectos que aquí nos ocupa, lo siguiente:

1. El valor venal del vehículo se fija en 9.116 euros.
2. El importe de la factura se estima excesivo a la vista de los daños sufridos por el vehículo.

3. Considera que la Administración no tiene ningún tipo de responsabilidad en el siniestro.

SEXTO.- La instructora notificó al interesado la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente fue formulada propuesta desestimatoria de la reclamación al no apreciar la concurrencia del necesario nexo causal, por no resultar imputable el daño cuya indemnización se solicita al funcionamiento de los servicios público de carreteras, sino a la propia conducta del interesado que no observó en la conducción de su vehículo la diligencia exigida por las circunstancias que en el momento del accidente concurrían en la vía.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 29 de julio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

X. ostenta legitimación activa, puesto que ha acreditado en el expediente ser el propietario del vehículo presuntamente dañado.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos la del 10 de mayo de 2002 y la reclamación se interpuso el día 24 de julio de 2002 y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

Por último, cabe afirmar que el procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 RRP. No obstante cabe formular las siguientes observaciones:

a) Si se produce cambio en la instructora del procedimiento ha de ponerse en conocimiento de los interesados, al objeto de que puedan alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 LPAC). En todo caso, en el supuesto que nos ocupa las sucesivas instructoras (tres en total) han llevado a cabo actuaciones que han sido debidamente notificadas al reclamante, sin que éste haya presentado cualquier incidente a este respecto.

b) Se ha rebasado ampliamente el plazo para la resolución de la reclamación (artículo 13.3 RRP), constando la paralización de actuaciones desde el 24 de febrero de 2003, fecha en la que se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, hasta el día 6 de marzo de 2008, en que dicho órgano directivo remite el correspondiente informe elaborado por el Técnico responsable de la citada Dirección, mediando, entre ambas fechas, hasta cinco reiteraciones por parte del órgano instructor (4 de mayo de 2004; 27 de octubre de 2004; 13 de marzo de 2006; 16 de enero de 2007 y 28 de febrero de 2007). Sobre las consecuencias que la omisión de informes, preceptivos o facultativos, puede tener, tanto sobre la instrucción del procedimiento como sobre la posible responsabilidad en que pudieran haber incurrido los funcionarios obligados a emitirlos o remitirlos, damos por reproducidas las consideraciones contenidas en nuestro Dictamen núm. 137/2004.

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

El principio de responsabilidad de la Administración ha adquirido rango constitucional al acogerse en el artículo 106.2 del texto constitucional, en el que se afirma que *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza de mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

El desarrollo de las previsiones constitucionales se encuentra en los artículos 139 y siguientes LPAC, según los cuales la responsabilidad patrimonial de la Administración supone la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

En el supuesto que ahora se estudia, cabe apreciar la presencia de un daño real, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en la persona del reclamante.

Por lo que respecta al nexo causal, hay que recordar que éste es el elemento nuclear de la responsabilidad patrimonial, y que según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina tanto del Consejo de Estado como del Consejo Jurídico, consiste en que la lesión sufrida sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público: *“Lo esencial en casos como el presente -se afirma en el Dictamen del Consejo de Estado 5.265/1997- es que se pruebe que la acción de la Administración jugó un papel relevante en la producción del daño, de suerte que a falta de esta acción administrativa no se hubiera producido aquél (‘sublata causa, tollitur effectus’)*”.

Al respecto, y en relación con el supuesto objeto de examen, hay que partir de la base de que a los poderes públicos corresponde mantener en las debidas condiciones de uso y seguridad las vías públicas y los elementos que en ellas se hallan, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dicho mantenimiento, se produjeran daños a los usuarios.

Ahora bien, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina de los distintos órganos que configuran la Administración consultiva estatal y autonómica, el instituto de la responsabilidad no puede concebirse de tal modo que comporte una indemnización por daños derivados de cualquier evento por el mero hecho de que se produzca en una vía pública; será necesario, además, que quede acreditado que aquella no se encontraba en las debidas condiciones de conservación, mantenimiento y seguridad, y que la Administración no ha sido ajena al evento dañoso. Circunstancias todas ellas que, de acuerdo con los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6.1 RRP, corresponde probar al reclamante, sin perjuicio de que la Administración deba colaborar con todos los medios a su alcance para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

I. Hechos imputados a la Administración.

Aunque no se formula con claridad qué actuación específica se imputa a la Administración, del contenido de la reclamación se desprende que el interesado viene a atribuir al servicio público de carreteras una actuación capaz de generar responsabilidad patrimonial, al mantener en el punto de la vía en el que se produjo el accidente un trazado y unas condiciones técnicas no adecuadas en orden a garantizar la seguridad del tráfico, y que concreta del siguiente modo:

1. Inexistencia de arcén.

Según el reclamante el arcén en el citado punto de la carretera MU-602 es prácticamente inexistente, circunstancia que viene ratificada por el informe de la Policía Local (folio 27), pero este hecho no es provocado por la Administración, se debe, como se desprende de las fotografías incorporadas al expediente por el propio x., a la presencia de una edificación, la denominada “—”, que origina el estrechamiento de la vía. Ante esta especial configuración, la Administración responsable del mantenimiento vial sólo podía hacer lo que, como veremos a continuación, llevó a cabo: instalar las correspondientes señalizaciones.

2. Señalizaciones.

Del informe de la Policía Local, de las fotografías y de las propias manifestaciones del reclamante, se desprende que en el lugar de los hechos existen señalizaciones suficientes y adecuadas para advertir a los vehículos que circulan por la carretera MU-602 de su estrechamiento y de la necesidad de que se separen de la fachada de la citada venta (panel direccional) y de que atemperen la velocidad (60 Km/h). Pero, según el x. las señales de limitación de velocidad son “destruidas sistemáticamente”, aunque esta circunstancia no se encuentra respaldada por prueba alguna. En cuanto a la afirmación de que el panel direccional dificulte la visibilidad de aquellos conductores que, procedentes del Camino Real, intenten incorporarse a la citada vía, es posible que de alguna manera lo haga, pero tal como se observa en las fotos su tamaño es reducido y su existencia necesaria para evitar males mayores, por lo tanto la solución no se encuentra en retirarlo sino en que los usuarios extremen la prudencia y atención en la conducción.

3. Espejo.

La existencia de un espejo cóncavo situado en la intersección entre el Camino Real y la carretera MU-602, de modo que los conductores puedan apreciar si las vías se encuentran o no expeditas, evidencia que la Administración, ante las peculiaridades estructurales de la zona, actuó con la diligencia debida instalando aquellos elementos susceptibles de garantizar una mayor seguridad en la circulación, y si bien es cierto que en el momento de ocurrir el accidente llovía y esta circunstancia pudo contribuir a reducir la visibilidad de las imágenes que en el espejo se reflejaban, también lo es que el propio reclamante admite que aquéllas aparecían aunque difuminadas.

II. Actuación del propio perjudicado.

Lo expuesto en el apartado I ya sería, por sí mismo, determinante de que no pudiese prosperar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir los requisitos necesarios para que nazca el deber de resarcimiento de la Administración, ya que no se ha probado la relación causal entre el perjuicio producido y la actividad administrativa; pero es más, aun admitiendo, a meros efectos dialécticos, la existencia de dicha relación, el nexo se habría roto por la conducta de la propia víctima.

En efecto, una valoración de las declaraciones del interesado y del atestado de la Policía Local, lleva a la conclusión de que la colisión entre los dos vehículos implicados se produjo como consecuencia de la actuación imprudente del reclamante que invadió la carretera MU-602, sin haberse cerciorado antes de que ningún vehículo circulaba por ella en ese momento. No cabe duda que se trata de un cruce que exige la adopción de especiales cautelas, pero los efectos negativos que se deriven de la falta de adopción de las mismas no pueden hacerse recaer sobre la Administración que ha llevado a cabo las necesarias actuaciones de señalización y mantenimiento tendentes a minimizar los riesgos estructurales que concurren en la zona, ni pueden eximir a quien no las observa de soportar los daños derivados de su propia actuación. El comportamiento del conductor supuso un incumplimiento de la obligación que, respecto de las intersecciones señalizadas, establece el artículo 56.5 del Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación (actualmente derogado por el Real Decreto 1.428/2003, de 21 de noviembre, pero vigente en el momento de ocurrir los hechos), al afirmar que *“en las intersecciones de vías señalizadas con señal de ‘ceda el paso’, ‘detención obligatoria’ o de ‘stop’, previstas en el artículo 151 de este Reglamento, los conductores cederán siempre el paso a los vehículos que transiten por la vía preferente, sea cualquiera el lado por el que se aproximen, llegando a detener por completo su marcha cuando sea preciso y, en todo caso, cuando así lo indique la señal correspondiente”*. Además, en las fotografías que constan en el expediente, puede apreciarse que el Camino Real, en su intersección con la carretera MU-602, presenta una anchura suficiente que permita al reclamante ladear el vehículo para tener visibilidad suficiente.

Desde esta premisa, el Consejo Jurídico considera, como lo ha hecho en varios Dictámenes (por todos, los números 107 y 152 del año 2003), que la Administración no debe responder cuando, como ocurre en el presente caso, el nexo causal que pueda derivar de la utilización de un servicio público se rompe por la conducta del propio lesionado que, con o sin negligencia, conduce su vehículo sin ajustarse a las condiciones legales que derivan del concreto estado y señalización de las vías públicas o carreteras, y de las demás condiciones de la circulación en el momento de producirse el accidente. Este pronunciamiento hace innecesario que deban realizarse posteriores consideraciones sobre la cuantía y modo de indemnización.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 38/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 04/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 37.

DICTAMEN 39/09.- Modificación del contrato centralizado de los servicios de comunicaciones de la Administración Regional en los ejercicios 2006 a 2009. Lote 5: Servicio de Acceso Indirecto al Bucle del abonado.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)

Fecha: 09/03/09

Extracto de Doctrina

Las altas, bajas y cambios de configuración de los servicios vienen originados por la dinámica propia de la organización administrativa, cuyos cambios no siempre son previsibles por el órgano de contratación, sino que sobrevienen en el curso ordinario de la actividad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 26 de agosto de 2005 se suscribió contrato entre la Consejería de Economía y Hacienda y la empresa “--, S.A.”, por el que se formalizó la ejecución del Servicio de Acceso Indirecto al Bucle del abonado, correspondiente al lote nº 5 del expediente

de contratación centralizada de los Servicios de Comunicaciones de la Administración Pública Regional en los ejercicios 2006 a 2009, con un plazo de duración de cuatro años, iniciando su vigencia el día 1 de enero de 2006, concluyendo el 31 de diciembre de 2009 y un precio total del lote de 1.739.999,58 euros, IVA incluido.

SEGUNDO.- Obran en el expediente diversas Órdenes de la Consejería de Economía y Hacienda mediante las que, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 20.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato, se acuerdan tres “*actualizaciones*” del mismo, consistentes en la ampliación, supresión o incorporación de nuevos servicios, de las que resulta un incremento del 14,74% sobre el precio objeto de adjudicación.

TERCERO.- Con fecha 30 de julio de 2008 el Director Técnico del contrato y el Técnico Responsable de Comunicaciones de la Dirección General de Informática proponen la denominada cuarta actualización del referido contrato, en la que se incluyen diversas altas y bajas de servicios, detallados pormenorizadamente en la correspondiente memoria, por un importe adicional de 240.468,96 euros, lo que supone un incremento del 13,82% sobre el precio originario, que, acumulado al importe correspondiente a las actualizaciones llevadas a cabo con anterioridad, representa un incremento total del 28,56% del precio del contrato originario, por lo que dichos informantes consideran que, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 20.2 del PCAP que sirvió de base al contrato de referencia, las variaciones de servicios contenidas en la referida propuesta tienen la consideración de modificación del contrato, por lo que deben tramitarse siguiendo todas las formalidades propias de las modificaciones contractuales.

CUARTO.- Por Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 9 de septiembre de 2008 se autoriza el inicio del correspondiente expediente de modificación del contrato, por la cuantía antes indicada, distribuida en 156.484,59 y 83.984,37 euros para los ejercicios 2008 y 2009, respectivamente.

QUINTO.- Constan en el expediente el trámite de audiencia al contratista, manifestando su conformidad a la modificación propuesta, los preceptivos documentos de retención acreditativos de la existencia de créditos para atender las obligaciones económicas derivadas de la modificación propuesta, así como el informe favorable a la misma emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería el 24 de septiembre de 2008.

SEXTO.- El 3 de noviembre de 2008, la Junta Regional de Contratación Administrativa emite informe en el que se pronuncia favorablemente a la propuesta de modificación dictaminada, entre otras consideraciones, por entender que “*parte de las modificaciones propuestas responden a necesidades nuevas e imprevistas al tiempo de preparación del contrato y las restantes constituyen ampliaciones del contrato consistentes en la incorporación de centros sanitarios y administrativos a la red capilar de datos que conecta a la malla troncal y que por su tamaño o situación geográfica no son susceptibles de conectarse directamente a la malla troncal y que, aunque impliquen conjuntamente con las actualizaciones autorizadas anteriormente, una alteración del precio en más del 20 por 100, en modo alguno representan una alteración sustancial del objeto del contrato, variaciones que han sido solicitadas por el órgano de contratación al contratista, quien ha manifestado su conformidad con la modificación propuesta*”.

SÉPTIMO.- El 10 de noviembre de 2008 la Consejera de Economía y Hacienda formula una propuesta de Acuerdo, a elevar al Consejo de Gobierno, para la modificación del referido contrato en la reseñada cantidad de 240.468,96 euros.

OCTAVO.- El 13 de noviembre siguiente, la Intervención General fiscaliza de conformidad la referida propuesta, sin perjuicio de la adaptación de la gestión presupuestaria a la nueva estructura derivada de la reorganización de la Administración regional.

NOVENO.- El 11 de diciembre de 2008 la Dirección de los Servicios Jurídicos informa favorablemente la propuesta.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 22 de diciembre de 2008, el Secretario General de la Consejería de Economía y Hacienda, por delegación de la Consejera, solicita con carácter preceptivo la emisión de nuestro 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 órgano consultante solicita nuestro Dictamen por considerarlo preceptivo, al estimar que la modificación contractual propuesta representa un incremento superior al 20% del precio inicial del contrato, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Dicha solicitud está amparada en el informe de su Servicio Jurídico (folio 258) y en el de la Intervención General (folio 315).

La Cláusula 20.2 PCAP prevé que *“el órgano de contratación podrá acordar la ampliación o supresión de los servicios inicialmente determinados, así como la incorporación de nuevos servicios al contrato, como consecuencia de la reorganización de la Administración regional, apertura o incorporación de nuevos locales, creación de órganos, redistribución de efectivos, cambios de ubicación y otras circunstancias de naturaleza similar, sin que tales variaciones tengan la consideración de modificación del contrato, y hasta un límite del 15% del importe adjudicado”*.

A su vez, el artículo 7 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, sobre especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación (que no es básico, pero puede aplicarse en la Comunidad Autónoma por supletoriedad), dispone que *“podrán establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares las previsiones que permitan la adaptación de las prestaciones del contrato a la posible variación de sus condiciones iniciales por causas técnicas, económicas, o de las necesidades del usuario, todo sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente en relación con la modificación de los contratos”*.

Fueron ejecutadas 3 actualizaciones del objeto del contrato, de las que resultó un incremento del 14,74 por ciento sobre el precio de adjudicación, a las que no se dio consideración de modificación contractual al no rebasarse el 15 por ciento prevenido como tope en la Cláusula 20.2 PCAP.

Se pretende ahora una cuarta *“actualización”* que representa por sí sola un incremento del 13,82 por ciento sobre el precio originario y, de la consideración global y acumulada con las 3 actualizaciones que la precedieron (28,56 por ciento) —puesto que todas, en realidad, alteraron el objeto del contrato—, parte la consulta formulada, con apoyo en los informes del Servicio Jurídico de la Consejería (folio 258), de la propia Junta Regional de Contratación Administrativa (folio 252), de la Intervención General (folio 313) y de la

Dirección de los Servicios Jurídicos (folio 322). Tal apreciación es la adecuada a la luz del artículo 214,c) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), conforme al cual son causas de resolución del contrato de servicios *“las modificaciones (...) aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio primitivo, con exclusión del IVA, o representen una alteración sustancial del mismo”*.

Al decir la Cláusula 20.2 del PCAP *“sin que tales variaciones tengan la consideración de modificación del contrato hasta el 15 por ciento del importe adjudicado”*, no expresa que no sean realmente modificaciones; lo que dice es que no tendrá, en tal supuesto, *“la consideración de modificación del contrato”* a efectos de acordarse y formalizarse por el procedimiento legal. Lo explica acertadamente el Servicio Jurídico de la Consejería consultante en informes cuyo contenido ha sido trasladado a las órdenes de la Consejera disponiendo las 3 primeras *“actualizaciones”* (folios 200, 207 y 213), en las que se expresa:

“...en el supuesto de variaciones previstas en el Pliego al que el contratista ha prestado su conformidad, no ha de tramitarse un expediente de modificación, en el sentido de que no se requiere la previa audiencia del contratista ni la emisión de los informes legalmente exigidos, como tampoco se requiere formalizar un contrato para que tenga eficacia la variación del servicio, ya que el contratista está obligado a llevarla a cabo como una de las cláusulas integrantes del contrato originariamente suscrito”.

SEGUNDA.- Sobre la contratación centralizada de los servicios de comunicaciones de la Administración regional y la normativa aplicable.

I. El artículo 49 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, señaló que el Consejo de Gobierno puede acordar la adquisición centralizada de determinados bienes para todos los órganos y entidades de la CARM, precepto que sería desarrollado por el Decreto 82/2001, de 16 de noviembre, residenciando en la Consejería de Economía y Hacienda la adquisición centralizada o conjunta de aquellos bienes de uso habitual por dos o más Consejerías, Organismos Autónomos y Entes de naturaleza pública adheridos, comprendiendo, conforme al Anexo I de tal disposición, la limpieza, los servicios de comunicaciones de voz y datos (incluido el mantenimiento de equipos de la red corporativa) y el seguro de los vehículos de la Administración regional.

II. Dada la fecha de adjudicación del contrato (3 de junio de 2005) es de aplicación la LCAP, conforme a la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Según la primera, son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea *“de gestión de los sistemas de información que comprende el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas”* (art. 196.3, f).

Aunque aquí no se mencionan expresamente los servicios relativos a las telecomunicaciones, sí se hace en el artículo 198.5 LCAP al regular la duración y establecer que *“los contratos de servicios (...) a los que se refiere el artículo 2.2 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, tendrán un plazo de vigencia máximo de cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su modificación y su prórroga por*

mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquel, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de seis años, ni éstas puedan ser concertadas aislada o conjuntamente por un plazo superior al fijado originariamente”.

El Reglamento general de desarrollo de la LCAP, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, trata de estos contratos en el artículo 37.1, Grupo V, al referirse a la clasificación de las empresas contratistas, citándolos como “Servicios de Tecnologías de la información y las Comunicaciones”. El anexo II del Reglamento general detalla las actividades comprendidas en cada uno de los subgrupos correspondientes al grupo V.

III. Consecuente con la línea expuesta se redactó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigió la contratación centralizada de todos los servicios de comunicaciones que requería la Administración pública regional para el periodo del 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2009, clasificados en 6 lotes.

De dicho PCAP, además de la Cláusula 20.2 relativa a las actualizaciones, cabe resaltar estos extremos:

— Cláusula Segunda. Necesidades administrativas a satisfacer:

“2.1. Conseguir una red de telecomunicaciones...que evolucione con el tiempo y sobre la que se presten servicios de calidad...”

2.2. Definir un modelo de red...que tenga en cuenta las necesidades actuales y futuras, ampliando las funcionalidades y mejorando la calidad de la infraestructura...”

2.3. Dar respuesta a la necesidad de redes troncales...que permitan la interconexión de todos los centros de la CARM repartidos por toda la Región...”.

— Cláusula Vigésima. Variaciones de los servicios:

“20.1. Las principales razones por las que la red de la CARM debe ser continuamente mejorada y ampliada son, básicamente, las siguientes:

— Saltos tecnológicos y evoluciones importantes de las tecnologías.

— Incorporación de nuevos centros a la red de la CARM.

— Ampliaciones de servicios en los actuales centros.

— Mantenimiento de los niveles de disponibilidad y fiabilidad necesarios para garantizar la calidad de los servicios prestados.

— Cambio de ubicación física de los nodos de la RCS.

El Pliego de Prescripciones Técnicas recoge en la Cláusula 3.2.2. el principio de máximas prestaciones tecnológicas de lo contratado, de tal manera que se garantiza la existencia de una política de renovación tecnológica del equipamiento instalado en la red; dada la elevada dinámica técnica y económica del mercado —se dice— se plantea la necesidad de que el equipamiento sea modificado cuando las características tecnológicas del mismo lo justifiquen, así como cuando se produzca la obsolescencia tecnológica de éste o de los programas.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Las variaciones (o actualizaciones) de las prestaciones originariamente concertadas suponen, acumulativamente, como ya se ha dicho, un total del 28,56 por ciento del precio original. De tales variaciones un 14,74 por ciento de las mismas responden a las 3 primeras actualizaciones, y el 13,82 por ciento restante a la cuarta actualización.

Las variaciones del 14,74 por ciento al ser inferiores al 15 por ciento prevenido en la Cláusula 20.2 PCAP no tienen la consideración de modificación del contrato al estar pactadas genéricamente, y su concreción la determinó después la Administración mediante las órdenes que dispusieron las 3 primeras actualizaciones. Todavía restaba un 0,26 por ciento disponible de aquel 15 por ciento de la citada Cláusula. En cambio, las variaciones del 13,82 (excepto el 0,26 restante aludido), no amparados en el 15 por ciento de la misma Cláusula, sí habrían de tener la consideración de modificación del contrato, “por razones de interés público debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en los artículos 59, 101 y 112 del RDL 2/2000”, según la citada Cláusula 20.2 PCAP.

II. En cuanto al ajuste de tales variaciones a la preceptiva sobre modificaciones del contrato, ya señalada, existe una base técnica contenida en el informe propuesta suscrito por el Técnico Responsable de Comunicaciones y el Director Técnico del contrato, al que presta su visto bueno el Director General de Informática, y que es sustancialmente confirmado por la Junta Regional de Contratación Administrativa. Con arreglo al mismo, las variaciones en que consiste la cuarta actualización responden a necesidades nuevas o causas imprevistas al tiempo de perfeccionarse el contrato inicial, siendo también evidentes las razones de interés público aducidas. En efecto, las altas, bajas y cambios de configuración de los servicios vienen originados por la dinámica propia de la organización administrativa, cuyos cambios no siempre son previsibles por el órgano de contratación, sino que sobrevienen en el curso ordinario de la actividad. Explica el informe propuesta que las altas son casos de nuevas sedes de pequeño tamaño que se incorporarán a la red capilar de datos de la Comunidad Autónoma y, en el caso de las bajas, se trata de servicios que ya no son necesarios para los órganos usuarios. Las variaciones por cambio de configuración de servicios consisten, principalmente, en el aumento de ancho de banda de los accesos contratados (debida, a su vez, a la implantación de nuevas aplicaciones, aspecto éste ajeno al objeto del contrato).

No parece cuestionable que las bajas y el cambio de configuración de ciertos servicios están suficientemente justificados, pero es cierto también que en el caso de las altas una mayor previsión por parte de los usuarios (especialmente del Servicio Murciano de Salud) hubiera evitado que la Junta Regional de Contratación Administrativa observara que *“la incorporación a la mencionada red capilar de las referidas sedes podría responder a distintas causas, así por la disponibilidad o incorporación de nuevos centros no existentes en aquel momento de preparación del contrato, en cuyo caso razonablemente tendría la consideración de imprevisible, como por la necesidad de los entes usuarios de incorporar en este momento a la red capilar de datos a sedes o locales que ya existían en el momento inicial de su preparación”*.

No obstante, la apreciación anterior no empece a la citada Junta para concluir que *“se sirve mejor al interés público manteniendo el contrato existente (modificándolo), que con un nuevo contrato, habida cuenta de que parte de las modificaciones propuestas responden a necesidades nuevas e imprevistas al tiempo de preparación del contrato y las restantes constituyen ampliaciones del contrato consistentes en la incorporación de centros sanitarios y administrativos a la red capilar de datos que conecta a la malla troncal y que por su*

tamaño o ubicación geográfica no son susceptibles de conectarse directamente a ella y que, aunque impliquen conjuntamente con las actualizaciones autorizadas anteriormente una alteración del precio en más del 20 por ciento, en modo alguno representan una alteración sustancial del objeto del contrato...”

El Consejo Jurídico, como conclusión, comparte el criterio de los órganos preinformantes, pero debe advertir que la relativa flexibilidad en la modificación de estos contratos a causa de la variación de sus condiciones iniciales por causas técnicas, económicas o de las necesidades del usuario, se debe compaginar, necesariamente, con el respeto a las demás prescripciones legales y con una adecuada planificación que permita prever las necesidades a satisfacer con el mayor detalle posible.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de modificación consultada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 40/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 09/03/09

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, ya que, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 63/2004, 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 desarrolla, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 17 de mayo de 2005, x., en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores de edad, y x., mayor de edad, hija y hermana de los anteriores, quien actúa en su propio nombre, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por la muerte de x., esposa y madre, respectivamente, de los reclamantes.

Según la reclamación, en la mañana del 30 de julio de 2002, x., acompañada de su marido, acude al Servicio de Urgencias del Hospital “Los Arcos” por sentirse indispuesta. Cuando llegaron al Centro a las 8.45 horas presentaba sudoración fría, vómitos, mareos, fuerte tos y profundo dolor en el brazo izquierdo.

En el Servicio de Urgencias, pese al estado en que se encontraba, les remitieron durante un período de más de 40 minutos a la sala de espera, a pesar de las demandas de atención facultativa que, nada más llegar, formuló a voces el hoy reclamante.

Sobre las 12.25 horas de ese día, la enferma fallecía a consecuencia de una parada cardiorrespiratoria.

Consideran los reclamantes que tanto el personal médico como administrativo del Servicio de Urgencias adoleció de una total descoordinación y falta de diligencia, pues si la paciente hubiese sido inmediatamente atendida, se hubiese evitado el fatal desenlace.

En la reclamación se propone prueba testifical de dos personas que se encontraban también en urgencias; documental consistente en la aportada junto a la reclamación (copia del Libro de Familia, certificado de defunción, informe médico de atención en urgencias y manual de protocolos y actuación en urgencias para residentes), más la que interesa se solicite al Hospital (copia del protocolo de actuación en urgencias, historia clínica y copia del registro de la unidad de recepción y hoja de admisión del Servicio de Urgencias). Se anuncia, asimismo, la posterior aportación de dictamen pericial.

En la reclamación se designa representante de los reclamantes a un Letrado que firma en señal de aceptación.

Por los mismos hechos se interpuso denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Javier, dictándose auto de archivo de 24 de febrero de 2003, siendo notificado al ahora reclamante el 16 de diciembre de 2004.

Por todo lo expuesto, solicitan una indemnización de 275.000 euros con el siguiente desglose: 100.000 euros para el esposo de la fallecida, 50.000 euros para cada uno de los tres hijos del matrimonio, más un 10% de factor de corrección.

SEGUNDO.- Los reclamantes son requeridos para que aporten copia del auto de archivo a fin de acreditar la no prescripción de la acción para reclamar, lo que es cumplimentado por los interesados.

Así mismo se solicita del Juzgado instructor copia de las Diligencias Previas 149/2003, que remite en agosto de 2005, uniéndose al expediente. En ellas consta el informe médico forense en el que se manifiesta que “*no se aprecia la existencia de negligencia médica y que el tratamiento efectuado fue correcto, conforme a lex artis*”. También consta el auto de archivo y justificante de su notificación el 16 de diciembre de 2004.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) de 21 de octubre de 2005, se encarga su instrucción

al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar la reclamación a la correduría de seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria. Del mismo modo, se requiere a la Dirección Gerencia del Hospital “Los Arcos” para que remita copia de la historia clínica e informe de los médicos que atendieron a la paciente.

CUARTO.- Por el Hospital se remite copia de la historia clínica e informe de los siguientes facultativos:

— Jefe de la Unidad Técnica de Admisión y Documentación Sanitaria, según el cual:

“En la base de datos del programa de Admisión del Hospital Los Arcos (adjunto copia compulsada), y así consta en el informe de urgencias con fecha de 30-7-2002, la atención médica a x., se realizó a las 9.23 horas, coincidiendo con la hora en que se dieron los datos de la paciente al auxiliar administrativo de urgencias”

— Médico adjunto de Urgencias, que expone:

“El día 30 de julio de 2002, valoré a las 9.23 horas, como queda reflejado en informe médico, a la paciente x., con número de historia 9723685, que acudió a éste Servicio, refiriendo clínica de mareo, sudoración, náuseas y vómitos y dolor en brazo izquierdo. Entre sus Antecedentes Personales, refería ser fumadora de aproximadamente un paquete al día, y estar en tratamiento con Anticonceptivos orales. “

— Jefe de Sección de Medicina Interna, según el cual:

“El día 30 de julio de 2002, estando de guardia en el servicio de Medicina Interna, fui reclamado, por el médico de guardia en urgencias, para acudir al quirófano, para valorar a la paciente x., con el diagnóstico de IAM anterolateral extenso e iniciar el tratamiento trombolítico.

En cuanto me fue notificado el aviso, bajé urgentemente, siendo aproximadamente las 9.55 horas.

Al llegar comprobé que la paciente estaba siendo atendida por el médico de guardia, en el quirófano de urgencias, donde se le había practicado: analítica, ECG y se había iniciado el tratamiento a las 9,45 con 2 comprimidos de AAS, oxigenoterapia, solinitrina y clexane a las dosis habituales (como se indica en todos los manuales de tratamiento de la cardiopatía isquémica aguda).

A las 9.55 horas se le administró primperam, cloruro mórfico, y a las 10.00 se inició tratamiento con el trombolítico (Metalyse) a las dosis habituales, clexane y cloruro mórfico (como queda reflejado en la hoja de enfermería). (Todo de acuerdo con los manuales de tratamiento de la cardiopatía isquémica aguda).

Se le practica un segundo ECG a las 10.04 tras terminar la trombolisis, y dado que la paciente no evolucionaba satisfactoriamente y presentaba síntomas de hipoperfusión y bajo gasto cardiaco se inicia tratamiento con drogas vasoactivas a las dosis habituales, a las 10,15 horas.

La paciente comienza a presentar a las 10.50 horas alteraciones del ritmo cardiaco consistente en fibrilación ventricular en el marco del IAM, por lo que se inicia tratamiento con Cardiversión eléctrica a las 10.53 y Lidocaína IV a las dosis habituales a las 10.56.

En todo momento y a pesar del tratamiento, dada la inestabilidad hemodinámica y eléctrica, la paciente estuvo hipotensa, con bajo gasto cardiaco y en shock cardiogénico,

produciéndose parada cardíaca por asistolia e iniciándose reanimación cardiopulmonar avanzada según manuales de UCI durante 45 minutos, a pesar de lo cual la paciente fallece a las 12.20 (según se recoge en el ECG practicado)”.

— Coordinador del Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos, en el que manifiesta:

“En la fecha en que fue atendida la paciente x., la forma de actuar en el Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos para todo paciente que consulta era la siguiente:

— Si el paciente acudía en situación grave, pero no en ambulancia, pasaba directamente a la consulta número 1, donde era atendido por personal médico y de enfermería, y mientras el acompañante daba los datos del paciente al auxiliar administrativo de recepción de urgencias.

— El resto de pacientes: daban los datos del paciente al auxiliar administrativo de recepción de urgencias, éste le preguntaba al paciente el motivo de la consulta, lo anotaba en la hoja de urgencias y se le decía al paciente que esperara en la sala de espera a que lo avisaran. La hoja de urgencias la entregaba el auxiliar administrativo al personal médico que estaba en la consulta número 1 de urgencias, el cual avisaba a los pacientes en función de la gravedad del motivo de consulta.

— Si el paciente acudía en ambulancia era valorado directamente en cualquiera de las consultas (excepto la número 1) o en la zona de observación, por el personal médico. Y posteriormente el acompañante daba, los datos del paciente al auxiliar administrativo”.

QUINTO.- Por la Instrucción se comunica a los reclamantes que la prueba testifical propuesta se estima innecesaria pues no se duda que los testigos presenciaron el fallecimiento y, en todo caso, los datos referidos a la asistencia médica se encuentran recogidos en la historia clínica, documento que por sí solo refleja la situación y evolución clínica de un paciente, si bien se les informa que pueden aportar declaraciones escritas.

Con respecto a la prueba pericial se informa que la misma debe ser aportada por esa parte y a su costa.

Los reclamantes alegan, frente al acuerdo del órgano instructor, que la prueba propuesta tiene por objeto acreditar el estado en que se encontraba la fallecida al llegar a urgencias, el tiempo que tardó en ser atendida, así como cualquier otro dato de interés, extremos que no pueden ser probados a través de la historia clínica. Consideran por ello que su no práctica les generaría indefensión, no siendo suficiente la simple declaración escrita de los testigos.

Por el órgano instructor se desestiman dichas alegaciones, al considerar que acreditar el estado de la paciente es una cuestión a valorar por personal especialista y no por personas sin cualificación médica.

En cuanto al tiempo que tardó en prestarse asistencia, según consta en la historia clínica, estima probado que la asistencia médica fue inmediata.

SEXTO.- Solicitado, con fecha 22 de marzo de 2006, informe a la Inspección Médica, es emitido el 11 de diciembre de 2007, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1.- X. el día 30 de julio de 2002 muere en el Hospital Los Arcos a las tres horas de su ingreso a consecuencia de un Infarto Agudo de Miocardio (IAM) anterolateral extenso que en su evolución presentó fibrilación ventricular y shock cardiogénico.

2.- *Este tipo de infarto por su localización y extensión tiene una alta probabilidad de muerte, independiente de la buena actuación médica, medios disponibles y nuevas terapias aplicadas.*

3.- *La paciente presentaba como factores de riesgo cardiovascular ser fumadora habitual y el consumo de anticonceptivos orales.*

4.- *El reclamante expone que hubo excesiva espera en la atención médica a pesar de solicitarla “a voces” a su llegada al hospital. Es de destacar, que la alegación presentada por el reclamante en su escrito de Reclamación Patrimonial difiere de la realizada ante el Juzgado de Instrucción de San Javier de fecha 15 de Enero de 2003, en el que dice textualmente “nos remitieron durante un período de más de 15 o veinte minutos a la sala de espera”. Menos de la mitad del tiempo que el reclamante declara en su posterior Reclamación Patrimonial de fecha 21 de Octubre de 2005 (más de 40 minutos).*

5.- *Actualmente, en la mayoría de los Hospitales se ha implantado un método de clasificación en niveles de gravedad que determinan la prioridad de la atención en el proceso de recepción y acogida por parte del personal sanitario denominado triaje. Éste es realizado por personal sanitario diplomado y contempla cinco niveles. El nivel que corresponde a un dolor torácico visceral (como el de la paciente) es el Nivel II (Emergencia o código naranja) en donde el tiempo de atención por enfermería debe ser inmediato y el tiempo de atención por el facultativo de 15 minutos.*

En el Hospital Los Arcos en la fecha en que fue atendida x., año 2002, no estaba implantado el sistema de triaje (se inició en Julio de 2005), por lo que el primer punto de atención y clasificación de pacientes, a su llegada al hospital, era el Servicio de Admisión de Urgencias atendido por un Auxiliar administrativo.

6.- *Según los datos que constan en la historia clínica y en el soporte informático de admisión de urgencias la asistencia médica y el registro de datos de admisión fue simultánea, a las 9:23 horas.*

7.- *La actuación médica, solicitud de pruebas diagnósticas y tratamiento se ajustaron a los protocolos clínicos publicados y reconocidos por todas las sociedades científicas especialistas en el tema.*

8.- *Según el protocolo de admisión de urgencias del año 2002 del Hospital Los Arcos (folios 7 de éste informe), al no acudir la paciente en ambulancia, cabe la posibilidad de que el motivo de consulta no fuera valorado por parte del auxiliar administrativo como emergencia y fuera remitida a la sala de espera.*

Tras la documentación revisada, no se puede comprobar este hecho, sólo hay constancia, en el soporte informático de admisión, a qué hora fueron tecleados los datos de la paciente (que sería cuando se los facilitara el acompañante o fueran solicitados por el auxiliar administrativo de urgencias).

9.- *Si hubiera habido espera, ésta reduciría las probabilidades de supervivencia. Ya que está demostrado que la reducción de tiempo puerta-aguja (tiempo que transcurre entre la llegada a urgencias y el inicio del tratamiento fibrinolítico) en la primera hora desde que se inician los síntomas, está relacionada con una disminución de la mortalidad y se recomienda que ésta sea inferior a 30 minutos.*

La cantidad de miocardio que se recupera en este tiempo es poco importante, el beneficio parece estar relacionado con una disminución de la mortalidad por arritmias.

10.- Si como refiere el reclamante solicitó “a voces” atención médica urgente, el auxiliar administrativo, aunque no está capacitado para realizar una valoración de emergencia, sí debió ponerlo en conocimiento del personal facultativo de forma inmediata, y sin espera, para no incurrir en una negación de auxilio”.

Constan en el expediente las actuaciones de indagación efectuadas por la Inspección Médica ante el Hospital para intentar discernir si la asistencia prestada a la paciente fue inmediata a su llegada al centro sanitario o, por el contrario, fue derivada a la sala de espera. Intenta conocer también si hay constancia de testigos que pudieran haber presenciado la llegada de la paciente al hospital.

En relación con los testigos propuestos por los reclamantes, informa la Directora Gerente del Hospital que no consta que el día de los hechos se prestara asistencia a x., ni a x. Sí consta la asistencia de un paciente llamado x., con hora de llegada 2:54 y alta 8:30 y que volvió de nuevo a urgencias ese mismo día a las 10:40, siendo alta a las 13 horas.

Se une al expediente copia de la hoja de urgencias, que refleja las asistencias prestadas en dicho servicio a los pacientes ingresados entre las 8:46 y las 9:36 del día 30 de julio de 2002 (folio 224). Consta que la x. entró a las 9:23 horas y fue atendida a esa misma hora. Según el Jefe de Admisión del Hospital, la hora de entrada se corresponde con el momento en que se dan los datos del paciente al auxiliar administrativo de urgencias (folio 216 bis)

SÉPTIMO.- Por la aseguradora del SMS se aporta dictamen médico elaborado por cuatro especialistas en Medicina Interna, que alcanza las siguientes conclusiones:

“1. X. consultó en el Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos por un cuadro de sintomatología vegetativa y dolor en miembro superior izquierdo.

2. La paciente fue atendida de forma inmediata, y pese a no consultar por dolor torácico en la documentación aportada consta que se realizó un electrocardiograma en un plazo inferior a 10 minutos desde el momento de su consulta en urgencias, estando este plazo de tiempo dentro del señalado como óptimo por la mayor parte de los protocolos de manejo de pacientes con infarto agudo de miocardio.

3. Resumiendo, en nuestro criterio y en base a la documentación aportada no existió retraso en la atención ni en el diagnóstico de la enferma.

4. Desde el momento en el que la paciente consultó en el servicio de urgencias hasta que se administró el tratamiento fibrinolítico transcurrieron unos 37 minutos, siendo este tiempo muy aproximado al establecido como ideal por la Sociedad Española de Cardiología.

5. En todo caso la pequeña demora de 7 minutos sobre lo considerado como ideal (tiempo puerta-aguja menor de 30 minutos) no supone en nuestro criterio un elemento determinante en la evolución de la paciente.

6. La fibrinólisis en este caso resultaba imposible realizarla en la primera hora desde el inicio de los síntomas, al consultar la paciente cuando la clínica ya llevaba ese tiempo de evolución. En todo caso se realizó la fibrinólisis en las primeras dos horas desde el inicio de la sintomatología debiendo considerarse esto, en atención a los estudios consultados, como un tratamiento precoz.

7. El fallecimiento de la paciente obedece a la gravedad del infarto agudo de miocardio y a los factores de mal pronóstico que se asociaban en este caso concreto, y no a un supuesto retraso en la asistencia de la enferma, que al menos en base a la documentación que se nos aporta no se encuentra acreditada”.

OCTAVO.- Por el órgano instructor se solicita al Hospital que informe sobre la posibilidad de que una persona que en la sala de espera de urgencias comience a pedir auxilio a gritos no sea oída desde el puesto de Admisión, a lo cual se contesta que es imposible. Como también lo es, según el Coordinador de Urgencias del centro, que ninguno de los miembros del personal sanitario acudiera al escuchar los gritos.

NOVENO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, se personan los reclamantes para retirar copia del expediente completo, sin que conste la presentación de alegaciones con posterioridad.

DÉCIMO.- Con fecha 28 de junio de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no se ha acreditado el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios sanitarios y el fallecimiento de la paciente.

UNDÉCIMO.- Consta en el expediente que los reclamantes interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, procedimiento ordinario 859/2006, contra la desestimación presunta de la reclamación patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de julio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- *Carácter del Dictamen.*

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, 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 Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al versar sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- *Plazo, legitimación y procedimiento.*

1. La reclamación 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), toda vez que a la fecha de aquella (17 de mayo de 2005) todavía no había transcurrido un año, desde que fue notificado (el 16 de diciembre de 2004) al hoy reclamante el auto de archivo de las diligencias penales seguidas tras la denuncia formulada ante la jurisdicción penal por los mismos hechos que sirven de fundamento a la reclamación de responsabilidad patrimonial, cuyo efecto interruptivo sobre el plazo de prescripción del derecho a reclamar ha sido reiteradamente reconocido por la doctrina jurisprudencial y de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 185/2008).

2. La reclamación ha sido interpuesta por el esposo de la fallecida -en nombre propio y en el de dos hijos menores de edad, en ejercicio de la representación legal que respecto de

éstos le otorga el artículo 162 del Código Civil- y por una hija de aquélla, mayor de edad. La pérdida afectiva derivada de la muerte de un familiar tan cercano les confiere legitimación para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del Servicio Murciano de Salud, en su condición de titular del servicio público sanitario a cuyo anormal funcionamiento se pretenden conectar causalmente los daños alegados por la interesada.

3. Tramitación.

a) Las actuaciones obrantes en el expediente remitido se ajustan sustancialmente a lo establecido 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 de las Administraciones Públicas, si bien con exceso sobre el plazo máximo de resolución allí establecido, motivado fundamentalmente por los casi 19 meses empleados por la Inspección Médica para emitir su informe. Del mismo modo, el rechazo de la prueba testifical propuesta por los reclamantes es objeto de tratamiento en la Consideración Tercera de este Dictamen.

b) De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por los reclamantes el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues 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 ya sugerimos en nuestro Dictamen núm. 72/06.

TERCERA.- El rechazo de la prueba testifical propuesta por los reclamantes.

Con ocasión de nuestros Dictámenes núms. 147 y 190/2005, que versan también sobre responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, 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, los previstos en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que ha derogado los artículos 1.214, 1.215, 1226 y 1.231 a 1.253 del primer cuerpo legal, según se expresa ya en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2002.

— El instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias (artículo 80, apartados 1 y 3, LPAC y 9 RRP). La potestad que asiste al reclamante para interesar que se practiquen cuantas pruebas considere necesarias para acreditar los hechos en los que se funde la existencia de su derecho, debe ser enjuiciada por el órgano instructor a la hora de su ejercicio, pero siempre teniendo en cuenta que la actividad instructora debe estar presidida por la nota de neutralidad o imparcialidad, como reflejo de la objetividad a que viene obligada la Administración por mandato del artículo 103 de la Constitución, ya que, como indicamos en

nuestro Dictamen núm. 63/2004, 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 desarrolla, 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.

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”*.

En congruencia con nuestra doctrina, se ha de analizar su aplicación al presente supuesto, puesto que el órgano instructor ha rechazado la práctica de la prueba testifical propuesta reiteradamente por la parte reclamante. En este sentido, y a pesar del tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, el Consejo Jurídico considera plenamente aplicable la solución adoptada en aquellos Dictámenes (núms. 147 y 190/2005), consistente en la retroacción del procedimiento, a fin de completar la instrucción, para que pueda adoptarse una resolución congruente en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 78 LPAC, por las siguientes razones:

Para el órgano instructor resulta innecesaria la práctica de dicha prueba. En su primer acuerdo de rechazo de la testifical, las razones invocadas suponen una quiebra del principio de neutralidad ya indicado, sin que pueda prejuzgarse el alcance de las contestaciones de los testigos, so pena de incurrir en una apreciación preventiva. 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.

Posteriormente, dada la fundada protesta frente a su rechazo y ante la insistencia de los interesados en que se practique la testifical, el órgano instructor vuelve a rechazarla pues considera que los extremos que se pretenden probar con ella (tiempo de espera entre la llegada de la paciente a las urgencias hospitalarias y su atención efectiva, y estado en que aquélla se encontraba durante dicha espera) o bien los testigos propuestos son inidóneos para acreditar el estado en que se encuentra la paciente, pues ello sólo puede ser valorado por especialistas en medicina, o bien ya son acreditados por la historia clínica (tiempo de espera).

Sin embargo, la instrucción posterior demuestra lo equivocado de esta apreciación. En efecto, la documentación remitida por el Hospital no permite tener por acreditado que la

asistencia a la paciente fuera inmediata tras su llegada, pues aunque en la hoja de urgencias coinciden la hora de entrada con la de la efectiva asistencia, consta en el expediente que la consignación de la hora de entrada únicamente acredita el momento en que el auxiliar administrativo de admisión introduce en el sistema informático correspondiente los datos de la enferma, no que esa hora sea la de llegada al Servicio de Urgencias (folio 117 del expediente).

Esta circunstancia lleva a la Inspección Médica a afirmar que cabe la posibilidad de que el auxiliar administrativo no valorara adecuadamente la gravedad del motivo de consulta y remitiera a la paciente a la sala de espera, señalando la inspectora informante que *“tras la documentación revisada no se puede comprobar este hecho, sólo hay constancia, en el soporte informático de admisión, a qué hora fueron tecleados los datos de la paciente (que sería cuando se los facilitara el acompañante o fueran solicitados por el auxiliar administrativo de urgencias). Si hubiera habido espera, ésta reduciría las probabilidades de supervivencia”*.

Como se advierte sin dificultad, la prueba testifical resulta absolutamente necesaria, pues se intenta acreditar por los reclamantes que la paciente fue derivada a la sala de espera y no recibió atención médica de manera inmediata, cuestión fáctica decisiva para la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial y que no se ha podido acreditar por otros medios de prueba obrantes en el expediente. Si, además, la finalidad de la prueba testifical es, según el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditar hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto de juicio, la procedencia de su práctica en el supuesto sometido a consulta queda fuera de toda duda.

De hecho, la propia actuación instructora demuestra lo necesario de esta prueba. Así, la Inspección Médica requiere al Hospital para que le informe acerca de la existencia de testigos oculares de la llegada de la paciente a la puerta de urgencias sobre las 8,45 horas. La Gerencia del Hospital contesta que, si bien los testigos propuestos por los reclamantes no consta que fueran atendidos en el centro el día de los hechos, sí que lo fue un paciente que, por sus apellidos, bien podría ser el hijo de aquéllos. Éste fue dado de alta a las 8:30 de la mañana. Es decir, tan sólo 15 minutos antes de la hora a la que, según los reclamantes, la x. llegó al Hospital.

Incluso, la última actuación indagatoria de la instructora acerca de lo ocurrido la mañana del 30 de julio de 2002, persigue discernir si la paciente estuvo en la sala de espera y si su marido demandó asistencia urgente para ella desde allí (folio 235), cuestiones ambas que podrían ser acreditadas por los testigos propuestos.

Todo este esfuerzo investigador demuestra la relevancia de los hechos que pretendían probar los reclamantes con la prueba propuesta y la improcedencia de su rechazo, por dos veces, por parte de la instructora.

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 Tercera, debiendo elevarse de nuevo para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada, previa audiencia a las partes de las nuevas actuaciones practicadas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 41/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar.**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 09/03/09****Extracto de Doctrina**

Respecto de la sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en supuestos similares al presente (Dictámenes números 76/1999, 84 y 199/2002), ha de destacar que es abundante la doctrina sentada por Consejo de Estado que propugna que la sustracción de objetos de los centros públicos de enseñanza no puede imputarse a una falta de vigilancia de los profesores o demás responsables del centro, porque éstos “no asumen en ningún caso la específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos del centro como sería propio de un depositario—, más allá de su genérica obligación de guarda y custodia”. Por todos, Dictamen núm. 3015/2001”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 11 de enero de 2008 en el Registro del Instituto de Educación Secundaria (IES) “*La Flota*”, de Murcia, x. formuló reclamación por los daños y perjuicios sufridos en el citado centro. Expresa a tal efecto lo siguiente:

“Que el día 22 de noviembre de 2007, durante el transcurso de las actividades docentes programadas y mientras me encontraba en mi aula, alguien de quien se desconoce la identidad, rompió el candado de mi taquilla y me robó todo lo que en ella había depositado, ya que en ese momento me encontraba vestido con el uniforme correspondiente a las actividades de sala.

Del acto anterior formulé la correspondiente denuncia en la Jefatura Superior de Policía de Murcia.

De mi taquilla me robaron los siguientes elementos:

Bolsa de deporte marca Umbro, valorada en 40 € aprox.

Pantalones vaqueros, valorados en 55 € aprox.

Camiseta manga larga, valorada en 30 € aprox.

Chaquetón de pana, valorado en 120 € aprox.

Zapatos deportivos Diesel, valorados en 85 € aprox.

Cartera monedero, valorada en 20 € aprox.

Llaves del vehículo Seat Ibiza “—” cuyo recambio está valorado en 100,72 €.

Se calcula el valor aproximado porque, al ser elementos utilizados en la vida cotidiana, no se guardan las facturas de compra de los mismos”.

A la reclamación se acompañaba la siguiente documentación:

- Fotocopia del DNI.
- Fotocopia de denuncia de los hechos ante la Guardia Civil y acta de instrucción de derechos al perjudicado.
- Fotocopia de presupuesto de la llave y del emisor de la llave del vehículo, de fecha 7 de enero de 2008, por la cantidad de 100,72 euros.

SEGUNDO.- Mediante oficio de 18 de enero siguiente, el Director del Instituto remite la reclamación a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación y, además, informa que el reclamante *“en la mañana del día 22 de noviembre del pasado año comunicó a la Jefatura de Estudios y a esta Dirección que había sufrido el robo de su bolsa de deporte del interior de la taquilla que ocupa en el pasillo de vestuarios de nuestras instalaciones de hostelería; que el candado que cerraba esa taquilla había sido roto y que la bolsa sustraída contenía su cartera-monedero con las llaves de su vehículo y su ropa de paisano, al estar él, en esos momentos, uniformado como responde a la actividad docente que se desarrollaba.*

Iniciadas las averiguaciones pertinentes, comprobamos que, efectivamente, dicha taquilla estaba abierta, sin candado ni rastro de él y que nadie había visto nada sospechoso, ni la conserje ni ninguno de los alumnos que en ese momento tenía clase en el pabellón. En ese día y en el siguiente hablé y solicité la colaboración anónima del alumnado de todos los grupos de hostelería y visualizamos las grabaciones de las cámaras de video externas del centro por si alguna persona abandonaba el centro con la bolsa de deportes desaparecida, siendo todas estas actuaciones infructuosas”.

TERCERO.- Con fecha 18 de abril de 2008, el Secretario General de la citada Consejería resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente.

CUARTO.- A instancia del órgano instructor, con fecha 21 de abril de 2008 se solicita informe al Director del Centro sobre los hechos. En el informe remitido, de 29 de abril siguiente, el Director reitera lo expresado en su primer informe y añade la única novedad que *“desde el día de los hechos no se han descubierto nuevos datos que aportar”.*

QUINTO.- Con fecha 12 de junio de 2008 se procede a la apertura del preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, sin que conste que el interesado haya hecho uso de este derecho

SEXTO.- El 28 de julio de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, ya que, según doctrina consultiva, la Administración no asume la específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos del centro, más allá de su genérica obligación de guarda y custodia. Dicha propuesta fue remitida a este Consejo Jurídico, en unión del expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen.

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación ha sido formulada por quien está legitimado para ello, la persona que alega ser la propietaria de los objetos sustraídos. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, por acaecer los presuntos hechos en un centro dependiente de la misma.

II. La reclamación ha sido presentada en el plazo de un año desde el acaecimiento de los hechos alegados (que fueron denunciados al día siguiente ante la Jefatura Superior de Policía de Murcia), conforme con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

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

TERCERA.- 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.

Ahora bien, respecto de la sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en supuestos similares al presente (Dictámenes números 76/1999, 84 y 199/2002), ha de destacar 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. 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 y en los centros escolares en particular, pueda desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial, constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.*

También es abundante la doctrina sentada por Consejo de Estado en supuestos similares al presente que propugna que la sustracción de objetos de los centros públicos de enseñanza no puede imputarse a una falta de vigilancia de los profesores o demás

responsables del centro, porque éstos “no asumen en ningún caso la específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos del centro –como sería propio de un depositario–, más allá de su genérica obligación de guarda y custodia”. Por todos, Dictamen núm. 3015/2001”.

II. Las precedentes consideraciones son aplicables al presente caso, dada su similitud con los contemplados en los citados Dictámenes de este Consejo Jurídico, especialmente del supuesto recogido en el nº 199/02, es decir, el de sustracción de objetos de una taquilla facilitada por el centro a los alumnos para guardar objetos personales previamente a la práctica de actividades escolares que implican un cierto desprendimiento temporal de dichos objetos por parte de aquéllos; servicio que ha de considerarse razonable y suficiente para cumplir con las obligaciones exigibles a esta clase de centros, a falta de acreditación de circunstancias excepcionales que demandasen, en el concreto centro, unas especiales medidas de vigilancia al respecto (como sería, en hipótesis, una reiterada y continua sucesión de hechos como el que nos ocupa).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el daño por el que se reclama y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 42/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación.

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

Fecha: 09/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: concluye en la necesidad de completar la instrucción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 7 de abril de 2006 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes reclamación formulada por x., en representación de x., frente a la Administración regional, como consecuencia de los daños sufridos por un accidente de tráfico, que achaca al mal estado de la calzada (Carretera F-48, Avilese-Estación de Riquelme).

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

“Que el día 2 de enero de 2006, sobre las 19,35 horas, cuando x. circulaba con su vehículo marca Nissan, modelo Almera, con matrícula “—”, por la Carretera F-38 Avileses-Estación de Riquelme, sufrió un accidente de tráfico.

El citado accidente se produjo por el lamentable estado de conservación de la citada carretera, cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Como es de apreciar de las fotografías que se aportan, la carretera como tal no existe, quedando reducida a un conglomerado de piedras y tierra. Ello es fruto del paso -que está prohibido, pero es consentido por la Comunidad Autónoma- de camiones de gran tonelaje, que trabajan en la urbanización que la mercantil x. tiene en la zona”.

Como consecuencia del accidente, el reclamante alega daños personales, pues permaneció de baja laboral durante un total de 13 días.

Respecto a los daños materiales, manifiesta que como resultado del accidente su vehículo fue declarado siniestro total.

En virtud de tales conceptos, reclama la cantidad de 15.727,16 euros, desglosada en las siguientes partidas:

- 650 euros por los días de incapacidad improductivos.
- 15.077,16 euros por los daños materiales del vehículo.

Por último, propone como medios de prueba la testifical de las personas relacionadas, así como la documental que acompaña al escrito de reclamación.

SEGUNDO.- El 25 de mayo de 2006 se notifica al letrado actuante que ha tenido entrada en la Consejería competente el escrito de reclamación, condicionado a la acreditación de la representación para actuar en nombre del reclamante, siendo subsanado el 31 de mayo de 2006, mediante comparecencia personal del interesado otorgando la mencionada representación.

Además se requiere a la parte reclamante, mediante escrito de 1 de junio de 2006, para que subsane y mejore la solicitud, aportando los documentos que se relacionan en los folios 31 y 34 del expediente, notificándole también la suspensión del plazo máximo establecido para la resolución del expediente, al haberse solicitado la emisión de un informe preceptivo a la Dirección General de Carreteras.

TERCERO.- Con fecha 16 de junio de 2006 (registro de entrada) se aporta por el letrado actuante la documentación solicitada, señalando, entre otros aspectos, que *“por estos mismos hechos se presentó papeleta de conciliación contra la mercantil x., que fue intentada sin avenencia”*, que el accidente tuvo lugar a la altura de la entrada de la urbanización que la citada mercantil está construyendo, y que el vehículo accidentado fue dado de baja, conforme al certificado de destrucción que se acompaña. Por último, se ratifica en la prueba testifical propuesta inicialmente, detallando los datos personales de los dos testigos propuestos, así como la documental que acompaña.

CUARTO.- Recabado por el órgano instructor una ampliación de los datos del accidente a la Policía Local del Ayuntamiento de Murcia (folios 27 y 30), es contestada por el Inspector Jefe de la misma, en el sentido de señalar que no constan más datos que los reseñados en el informe adjunto (folio 64).

QUINTO.- Solicitado informe al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 11 de enero de 2007 en el siguiente sentido:

“En el escrito de reclamación no se explica cuál es el motivo concreto que provocó el accidente.

Sólo se dice que la carretera en donde se produjeron los hechos no tiene autorizado el paso, aunque, según afirma él, se consiente su uso.

El coste de reparación del vehículo, según fotocopia de la factura que se nos ha adjuntado, es de 12.504,20 euros, IVA incluido, que es prácticamente coincidente con el valor venal del vehículo.

Observaciones:

La gravedad del accidente fue bastante importante, lo que induce a pensar que no se adecuó la velocidad al estado de la vía o camino por donde iba circulando y, por tanto, añadido al hecho de que no estaba permitida la circulación por dicha vía, en mi opinión, no existe base en qué apoyar sus pretensiones de querer hacer responsable a esta Administración del accidente ocurrido y de sus consecuencias”.

SEXTO.- Citado el reclamante para la práctica de la prueba testifical, y para formular el pliego de preguntas a realizar a los dos testigos propuestos por su parte, constan en el expediente que se practicaron, conforme a las dos actas obrantes en los folios 89 a 100.

SÉPTIMO.- Solicitado de forma reiterada el informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado por el Jefe de Sección II de Conservación el 30 de mayo de 2007, en el sentido de indicar:

“En relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial citada y habida cuenta de que tiene relación con las obras que se estaban ejecutando por el --, S. L. para x. y que en su día fueron objeto de la pertinente autorización por el Servicio de Explotación y Seguridad Vial, estimo procedente que informe sobre lo expuesto el citado Servicio de esta Dirección General para discernir en primer término si la carretera en que se produjo el siniestro se encontraba o no abierta al tráfico el 2 de enero de 2006 y otros aspectos relevantes para determinar la responsabilidad patrimonial de esta Dirección General.”

OCTAVO.- El Ingeniero Técnico de Obras Públicas del Servicio de Explotación y Seguridad Vial emite informe el 15 de octubre de 2007 en el sentido de indicar:

1º. Con fecha 22 de diciembre de 2005 se emite resolución del Director General de Carreteras, en cuya condición técnica 8ª se indica que en los tramos de carretera (...) no podrá interrumpirse totalmente el tráfico por la carretera debiendo permanecer al menos media calzada abierta a la circulación de vehículos, será además obligatorio que quede expedita al tráfico durante la noche (...).

2º. Con fecha 18 de enero de 2006 se emite resolución del Director General de Carreteras modificando la condición 8ª referida en el punto 1º (...) en el sentido de que durante las horas nocturnas permanecerán las carreteras afectadas cortadas al tráfico.”

NOVENO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, presenta escrito de alegaciones el 9 de noviembre de 2007, en el que sostiene que han quedado acreditados el lugar y hora del accidente, así como que los daños se produjeron como consecuencia del lamentable

estado de la vía, de acuerdo con las fotografías que se aportan, así como por su peligrosidad, como queda acreditado con la interrupción de tráfico a partir del 18 de enero de 2006.

También consta la audiencia al --, S.A. y a --, S.A.

DÉCIMO.- Con fecha 13 de mayo de 2008, x., en representación de la mercantil --, S.L., presenta escrito de alegaciones, en el que manifiesta que ha de tenerse en cuenta los siguientes datos:

1º. La empresa que representa estaba desarrollando el Plan Parcial x., en cuyas inmediaciones ocurrió el accidente.

2º. Los cuantiosos daños sufridos por el vehículo, así como que el informe de la Policía Local refleja la señalización existente por obras, con una limitación de velocidad a 40 Km. /h.

De lo anterior deduce que la vía se encontraba señalizada por la existencia de obras y que el conductor no se adecuó a las condiciones existentes, teniendo en cuenta los cuantiosos daños producidos.

Además cuestiona las pruebas testificales practicadas, por la relación de parentesco en un caso, y, en otro, por la evidente contradicción del testimonio con el informe de la Policía Local sobre la señalización existente.

UNDÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 7 de julio de 2008, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, entendiendo que a una velocidad de 40 Km./h. no se hubiera producido el accidente, pues como se declara en el atestado existía una completa señalización de peligro en el lugar en cuestión y el conductor debe adaptarse al estado de la calzada por donde circula. Por el contrario, a una velocidad superior, pese a las señales indicándole precaución, el conductor debió perder el control del vehículo y producirse el accidente de manera violenta, según describen el atestado y los testigos, dejando el coche destrozado y lesionado el conductor.

DUODÉCIMO.- Con fecha 24 de julio de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen

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

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

SEGUNDA.- Sobre la instrucción y la documentación remitida.

Conforme a nuestra doctrina (Memoria correspondiente al año 2002, página 54), corresponde al órgano que tramita el expediente realizar de oficio todos los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos sobre los que debe pronunciarse la resolución (artículos 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 7 RRP).

Examinado el expediente de referencia, si bien se desprenden ciertos datos sobre la actuación del interesado, sin embargo se observa un vacío probatorio sobre la actuación de la Administración y/o terceros, en relación con las obras que se ejecutaban en aquel momento en la carretera donde se produjo el accidente (Carretera F-48 Avileseles-Estación de Riquelme), concretamente, sobre su señalización en horas nocturnas.

En tal sentido, el Jefe de Sección II de Conservación de la Dirección General de Carreteras (folio 106) señala que, en aquel momento, se estaban realizando obras que afectaban al lugar del accidente por el --, S.L. para el x. (--, S.L., según su representante), que fueron objeto de autorización por el Servicio de Explotación y Seguridad Vial del citado centro directivo; este último Servicio informa posteriormente (folio 108) que el día 2 de enero de 2006 no existía autorización para cortar el tráfico, si bien el 18 de enero de 2006 se dictó una nueva resolución en el sentido de suprimir el tráfico durante las horas nocturnas. Según los datos aportados por el reclamante, los testigos y el informe de la Policía Local, el accidente ocurrió, aproximadamente, a las 19,35 horas del día 2 de enero de 2006, es decir, sin luz natural.

Sobre la señalización, el artículo 140 del Reglamento General de Circulación establece que las obras que dificulten de cualquier modo la circulación vial deberán hallarse señalizadas tanto de día como de noche y balizadas luminosamente durante las horas nocturnas.

A la vista de tales consideraciones, el Consejo Jurídico considera, de una parte, que ha de completarse la documentación integrante del expediente, remitiéndose las resoluciones de la Dirección General de Carreteras de 22 de diciembre de 2005 y de 18 de enero de 2006, citadas por el Servicio de Explotación y Seguridad Vial (folio 108).

De otra parte, ha de ser completada la instrucción con las siguientes actuaciones:

1ª) Ha de recabarse información al servicio competente de la Dirección General de Carreteras acerca de los condicionantes que se exigieron a la mercantil que ejecutaba las obras sobre la visibilidad de las mismas en horas nocturnas, y su cumplimiento, en contraste con la señalización reflejada en el informe de la Policía Local (folio 18). También si se produjo algún otro accidente durante la ejecución de las mismas, y las razones que motivaron que la Dirección General dictara otra resolución 16 días después de producirse el accidente, indicando que durante las horas nocturnas permanecerían las carreteras cortadas al tráfico.

2ª) También ha de requerirse al reclamante para que aclare si ha demandado a la empresa promotora de las obras y, en caso afirmativo, en qué estadio de la tramitación se encuentra. Igualmente sobre la fecha en que fueron tomadas las fotografías del lugar donde se produjo el accidente, y su acreditación.

Completada la instrucción indicada, deberá otorgarse un trámite de audiencia a los interesados, y elevarse nueva propuesta de resolución al Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar la instrucción, en los términos indicados en la Consideración Segunda, y elevar la propuesta de resolución para que se dictamine por el Consejo Jurídico la cuestión de fondo planteada. Además, debe completarse el expediente en el sentido indicado.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 43/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 16/03/09

Extracto de Doctrina

En relación con daños producidos con ocasión de tropiezos o caídas en centros escolares, considera el Consejo de Estado que, cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como un 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 reconocer la pretendida indemnización (entre otros, Dictamen 2099/2000). Doctrina también compartida por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes similares al presente (entre otros, los números 8/2003 y 25/2004).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante oficio de 10 de enero de 2008, el Director del Colegio Público (C.P.) de Educación Primaria “Artero”, de Bullas, remite a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación un escrito de x., de reclamación de daños y perjuicios por el accidente escolar sufrido el 13 de diciembre de 2007 por su hijo x. en dicho centro escolar. En la reclamación se expresa que su hijo se encontraba en el patio y vino un chico corriendo y saltando y le dio un golpe con la cabeza en la boca y, a causa de dicho golpe, se le partió un diente. Solicita por ello 2.305 euros, en concepto de reparación del daño, según presupuesto e informe emitidos por una facultativa, junto con el Libro de Familia, que acompaña a la reclamación.

El citado Director también remite un informe del accidente, en impreso normalizado, en el que señala: “*En la zona de aseos (Patio A), el alumno accidentado jugaba y, al darse la*

vuelta, chocó con un niño de primer nivel que venía corriendo en la misma dirección que el accidentado. Se pasó aviso a la familia quien lo llevó a consulta odontológica”.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de enero de 2008, el Secretario General de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificada la resolución a la interesada el 5 de febrero siguiente.

TERCERO.- Con fecha 8 de febrero de 2008 el órgano instructor solicita al Director del centro que informe sobre determinados extremos relacionados con el accidente.

En el informe, emitido el 27 de febrero de 2008, el Director manifiesta lo siguiente:

“El accidente se produjo en el periodo de recreo, estando éste debidamente vigilado por los maestros de este Centro x, y; designados al turno de vigilancia para la zona de patio donde se accidentó al alumno x., y en el día asignado.

El suceso se produjo finalizando el tiempo de recreo cuando el alumno accidentado, advertido por un compañero de que venían corriendo unos alumnos de primero, se dio la vuelta, instante en el que el alumno de primero impactó con su cabeza en la boca del accidentado. Aquel alumno, en su secuencia de juego, se desplazaba, no corriendo como el resto de compañeros, sino saltando como si de un canguro se tratase. Pese a la diferencia de nivel académico, ésta no se refleja en el desarrollo físico de ambos, siendo las estaturas respectivas de 1,40 y 1,25 del accidentado y del niño de primero. El alumno fue atendido en principio por la maestra x., sin que en un primer momento el alumno accidentado fuese conocedor del alcance del traumatismo padecido; tan sólo sentía la sangre que manaba de su boca. Hasta que la citada maestra lo exploró y comprobó que se le había desprendido un trozo de la pieza dental.

Dado el estado de nerviosismo del alumno accidentado, en un primer momento no pudo decirnos cómo había sucedido el percance, siendo con posterioridad que se ha podido reconstruir el momento del accidente.

En relación al otro alumno implicado en el accidente, afortunadamente no sufrió daño alguno digno de consideración.

Acerca del estado del pavimento del patio, indicar que en ese lugar concreto hay una diferencia de tipo de pavimento, pues se trata de una zona que no se arregló con pastilla de terrazo y aún conserva el antiguo pavimento de cemento, con un ligero desnivel entre la última reforma y el resto. Esta suave rampa ayudó a contrarrestar la pequeña diferencia de altura entre ambos alumnos, pese a ir a primer y sexto nivel de primaria”

CUARTO.- Con fecha 15 de febrero de 2008 se solicitó informe a la Subdirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria (Servicio de Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios) de la Consejería de Sanidad, sobre si el tratamiento descrito por la odontóloga en el informe presentado por la reclamante es el más adecuado para la reparación del diente dañado, y se determine si los importes indicados en el presupuesto se ajustan a los precios medios de mercado.

En 28 de marzo de 2008, el Inspector Médico de dicha unidad emite informe en el que concluye, entre otras consideraciones, que el accidentado, según la evolución del daño, puede o no necesitar la extracción compleja, el implante endoóseo y la corona metal porcelana sobre implante (en total 1.635 €), y difiere de dicho informe en cuanto a la secuencia de

tratamientos a realizar. También señala que los precios manejados se ajustan a los precios medios del mercado.

QUINTO.- Con fecha 20 de mayo de 2008 se solicita a la Unidad Técnica de Centros Educativos, dependiente de la Dirección General de Centros de la Consejería, que informe sobre el estado del pavimento del lugar donde ocurrió el accidente.

El informe realizado por la citada Unidad Técnica, de fecha 23 de junio de 2008, establece:

“El Colegio tiene una antigüedad de 29 años aproximadamente, en el que se han efectuado varias reformas y adaptaciones desde la fecha de su construcción, hasta el día de la fecha, entre las que se encuentra la sustitución de parte del acabado del suelo del patio del recreo, de su solería primitiva de hormigón a solería de terrazo, y para salvar la diferencia de altura entre los dos pavimentos existe una rampa acabada igualmente con losas de terrazo. Véase fotografías (...).

La rampa, como se puede apreciar, tiene una pequeña pendiente que se encuentra entre el 6 y 8%, el estado de conservación es el adecuado para este tipo de pavimentos, no existiendo una normativa concreta que establezca los tipos de pavimentos que se han de emplear en los patios de recreo de los centros.

Por todo lo expuesto, concluimos que el estado del pavimento y/o el de la rampa no pueden ser considerados como elemento determinante de los posibles accidentes de los alumnos, ni por su acabado superficial, ni por la propia pendiente de la rampa, que está dentro de los parámetros exigidos por la normativa de aplicación “.

SEXTO.- Con fecha 21 de julio de 2008 se notifica a la reclamante la apertura del preceptivo trámite de audiencia al objeto de que pueda examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, sin que conste que haya hecho uso de este derecho.

SÉPTIMO.- El 18 de agosto de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al tratarse de un accidente fortuito, inherente a los juegos infantiles e inevitable para la Administración, que adoptó la debida vigilancia, por lo que el interesado tiene el deber jurídico de soportar tal daño. Propuesta de resolución que constituye el objeto del presente Dictamen, solicitado por la citada Consejería.

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación ha sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

II. En cuanto al plazo para su ejercicio, la acción se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

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

TERCERA.- Sobre 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.

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 marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, 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 un 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 reconocer la pretendida indemnización (entre otros, Dictamen 2099/2000). 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 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, 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 funcio-

namiento del centro educativo impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

Como señala la propuesta de resolución objeto de Dictamen, los hechos se produjeron de forma accidental, dado que el alumno chocó de forma fortuita con otro alumno durante el período de recreo, estando presentes, para la vigilancia de los alumnos, dos profesores del Centro, según consta en el informe del Director, y sin que exista deficiencia en las instalaciones a la que pudiera imputarse el accidente, según el informe técnico emitido al respecto, ambos reseñados en los Antecedentes.

Nos encontramos, pues, ante una situación que, por incontrolable, resulta inevitable, constituyendo un riesgo inherente al esparcimiento de los alumnos en el período de recreo, sin que el deber de vigilancia pueda extenderse a todos y cada uno de los movimientos de cada alumno y durante todo el tiempo de permanencia en el centro.

II. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 (páginas 42 a 44), sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de aseguramiento y protección social que puedan cubrir tales riesgos, que no pueden imputársele, como se dice, a título de la responsabilidad patrimonial regulada en los artículos 139 y siguientes LPAC.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- 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 44/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 16/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 45/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 16/03/09****Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 46/09.- Orden conjunta de las Consejerías de Economía y Hacienda y de Agricultura y Agua, por la que se crea y se regula el procedimiento de liquidación de la Comisión Liquidadora del Patrimonio de la extinta Cámara Agraria de la Región de Murcia.**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)****Fecha: 16/03/09****Extracto de Doctrina**

1. La Comisión Liquidadora de la Cámara Agraria de la Región de Murcia ha sido ya creada por la Ley 5/2008, y habiéndose designado los funcionarios integrantes por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, con determinación del Presidente y Secretario, y así como los restantes miembros en representación de las organizaciones agrarias, procede su constitución, de acuerdo con el régimen jurídico previsto en la LPAC (capítulo II del Título II), al que se remite el artículo 23.3 de la Ley 7/2004, siendo innecesaria para dicho acto la Orden propuesta.

2. Es conocido y reiterado por el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 176/08) que la Ley 6/2004, establece una nueva regulación de la potestad reglamentaria, tanto en lo relativo a su titularidad y posibilidades de ejercicio, como en cuanto al procedimiento de elaboración de reglamentos. En lo que aquí interesa, los artículos 38 y 52.1 de la citada Ley reconocen a los Consejeros una potestad reglamentaria propia en las materias de ámbito interno de su departamento, y otra derivada por atribución expresa de esa potestad, o expresado en las palabras de la misma Ley, “los Consejeros podrán hacer uso de esa potestad cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal” (artículo 52.1) o, según el artículo 38, “cuando, por disposición de rango legal les esté expresamente atribuida”. En ausencia de habilitación específica a los Consejeros por la Ley 5/2008, la Ley 6/2004 sólo reconoce al Consejo de Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria (artículo 22.12).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Las primeras actuaciones obrantes en el expediente (folios 1 a 10) corresponden a los oficios remitidos por el Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua a la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria de su departamento, a la Consejería de Economía y Hacienda, y a los Secretarios Generales de Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos e Iniciativa Rural (COAG-IR), Unión Pequeños Agricultores (UPA), y Asociación Regional de Empresas Agrícolas y Ganaderas de la Comunidad Autónoma de Murcia y Asociación Agraria Jóvenes Agricultores (ADEA-ASAJA) para la designación de los funcionarios y representantes que formarán parte de la Comisión Liquidadora de la Cámara Agraria de la Región de Murcia, conforme a la composición recogida en el artículo 2 de la Ley 5/2008, de 13 de noviembre, por la que se extingue la Cámara Agraria de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 5/2008).

SEGUNDO.-El primer Anteproyecto de Orden “por el que se crea y regula el funcionamiento de la Comisión Liquidadora del Patrimonio de la extinta Cámara Agraria de la Región de Murcia”, data de 19 de diciembre de 2008 (folios 11 a 15), y es elaborado por la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria (folio 28).

TERCERO.- El precitado Anteproyecto se acompaña de una Memoria Justificativa de la oportunidad de la aprobación de la Orden, de 19 de diciembre de 2008, elaborada por el asesor jurídico de la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria, que destaca como presupuestos habilitantes para su elaboración los artículos 2 de la Ley 5/2008 y 24 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 7/2004), que exigen una norma específica para la creación de los órganos colegiados en los casos en los que se atribuyan competencias de propuesta, como en el presente caso, estimándose también acorde el rango otorgado a la disposición, en tanto la norma de creación debe ser mediante orden conjunta, cuando se refiera a órganos colegiados interdepartamentales, cuyo presidente tenga rango inferior a Consejero.

El 19 de enero de 2009, el mismo asesor jurídico emite un informe de impacto por razón de género, señalando que el texto no es susceptible de alterar las condiciones jurídicas, sociales y económicas de relación entre hombres y mujeres, por lo que carece de impacto por razón de género.

CUARTO.- Consta una Memoria Económica, elaborada por el Jefe de Servicio de Formación y Transferencia Tecnológica de la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria, que concluye, en función de las actuaciones a realizar por la Comisión Liquidadora, que los gastos estimados ascienden a 19.569,20 euros, que deberán ser abonados por la Cámara Agraria en liquidación, previa aprobación por sus órganos, de acuerdo con lo previsto en la Disposición transitoria tercera de la Ley 5/2008.

QUINTO.- La asesora jurídica de la Consejería de Agricultura y Agua emite informe el 12 de enero de 2009, en el sentido de señalar, en cuanto al procedimiento, que al tratarse de una orden conjunta de dos Consejerías, debe recabarse el correspondiente informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda; respecto al contenido señala, entre otros aspectos, que:

— La fórmula promulgatoria debe ir en consonancia con el carácter de Orden conjunta de dos Consejerías.

— Debe especificarse el ejercicio presupuestario al que corresponde la partida presupuestaria, citada en el artículo 7 del borrador.

SEXTO.- Consta el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno el 16 de enero de 2009, a propuesta conjunta de los titulares de las Consejerías de Agricultura y Agua y de Economía y Hacienda, designando a los funcionarios integrantes de la Comisión Liquidadora (folio 35).

SÉPTIMO.- Remitido el borrador a la Consejería de Economía y Hacienda, es completada su tramitación con las siguientes actuaciones en el seno de este último departamento:

1ª) Memoria Justificativa Técnica y Jurídica del Anteproyecto, suscrita por Jefe de Servicio de Gestión Patrimonial, de 20 de enero de 2009, informando favorablemente el texto elaborado por la Consejería de Agricultura y Agua.

2ª) Informe sobre impacto por razón de género del Jefe de Servicio de Gestión Patrimonial, de 26 de enero de 2009.

3ª) Propuesta del Director General de Finanzas y Patrimonio, de 27 de enero de 2009, de iniciación del procedimiento.

4ª) Informe del Interventor General, de 4 de febrero de 2009, que realiza las siguientes observaciones:

- a) Que se ordene la redacción del primer párrafo del artículo 4.
- b) Que se cite en el apartado 1 del artículo 5 a la Dirección General de Finanzas y Patrimonio, como receptora del informe de la Comisión Liquidadora.
- c) Que se modifique la redacción del apartado 2 del artículo 6 con la aclaración de que el Presidente o el Secretario, o quienes les sustituyan, están incluidos en el cómputo de “al menos, la mitad más uno de sus miembros”.
- d) Que se suprima en el apartado 5 del artículo 6 la remisión que se hace a las propias normas de funcionamiento interno de la Comisión Liquidadora.
- e) Que se aclare en el apartado 2 del artículo 7 si las dietas son para todos los miembros de la Comisión, o sólo para los funcionarios.

5ª) Informe del Jefe de Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda, de 6 de febrero de 2009, que señala, con carácter general, que la regulación del procedimiento de liquidación de la Cámara Agraria de la Región de Murcia tendría que efectuarse mediante Decreto, al tratarse de un reglamento ejecutivo de la Ley 5/2008; de otra parte, por ser intención de la ley la creación de la Comisión Liquidadora, el siguiente paso sería la constitución con arreglo a las determinaciones legales, sin perjuicio de las normas de funcionamiento que el propio órgano pueda otorgarse. También se realizan observaciones particulares al Título, Preámbulo, y artículos 5, 6 y 7.

6ª) Informe de la Vicesecretaria de la Consejería de Economía y Hacienda, de 6 de febrero de 2009, considerando procedente continuar con la tramitación.

OCTAVO.- Examinadas las observaciones de los informes precitados por el Asesor de la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria, estima las indicadas en el folio 63, realizando una consideración general sobre la justificación de la disposición, en coherencia con la terminología utilizada por la Ley 5/2008 (“se creará”), y respetando lo dispuesto en la Ley 7/2004 (Capítulo III del Título II); no obstante manifiesta que se estará a lo que dictamine en este aspecto el Consejo Jurídico.

NOVENO.- Resultado del anterior trámite es el Proyecto de Orden conjunta (folios 65 a 69), de 12 de febrero de 2009, que constituye la versión definitiva, y que ha sido informado por la Vicesecretaría de la Consejería de Agricultura y Agua el 13 de febrero de 2009.

DÉCIMO.- Con fecha 16 de febrero de 2009 ha tenido entrada en el Consejo Jurídico el Proyecto de Orden, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se ha solicitado con carácter preceptivo por versar sobre un Proyecto de disposición general tramitado por la Administración Regional, al amparo del supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

También se invocan razones de urgencia para su emisión, por el plazo perentorio que establece el artículo 2.2 de la Ley 5/2008 para que la Comisión Liquidadora determine el patrimonio existente de la Cámara Agraria de la Región de Murcia extinguida (4 meses), si bien ha de destacarse que la demora sólo es atribuible a las actuaciones de las Consejerías proponentes, teniendo en cuenta que la norma entró en vigor el 30 de noviembre de 2008. No obstante, el Consejo Jurídico asume las razones esgrimidas para la emisión del Dictamen con carácter de urgencia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista del expediente remitido, puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004), siendo especialmente destacable, en los supuestos de iniciativa normativa conjunta de dos Consejerías, como se ha indicado en anteriores Dictámenes por este Consejo Jurídico (por todos, 144/2005), que los documentos justificativos y los informes exigidos se han emitido por ambos departamentos, si bien ha de dejarse expresa constancia de que la versión última del texto aparece diligenciada por el titular de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Agua, y no por su homónimo del otro departamento proponente.

TERCERA.- Habilitación legal para la creación de la Comisión Liquidadora.

El artículo 2 de la Ley 5/2008, por la que se extingue la Cámara Agraria de la Región de Murcia, establece:

“1. Se creará una comisión liquidadora que estará integrada por un funcionario de la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria y el Secretario de la Cámara Agraria, de la Consejería de Agricultura y Agua, un funcionario de la Dirección General de Patrimonio y otro de la Intervención General, de la Consejería de Economía y Hacienda, designados por el Consejo de Gobierno a propuesta de los titulares de las consejerías, que indicará quién ejerce las funciones de presidente y secretario, y un

representante de cada una de las organizaciones profesionales agrarias más representativas, designados por y entre las mismas.

2. La Comisión liquidadora realizará, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, todas las operaciones necesarias para determinar el patrimonio existente en la Cámara Agraria extinguida, y formulará propuesta para que mediante Orden de la consejera de Economía y Hacienda se apruebe el inventario, el cual será título suficiente para la inscripción de los bienes o ingreso de los derechos a favor de la Administración autonómica, que los mantendrá en unas condiciones idóneas para su uso y los destinará al cumplimiento de fines y servicios de interés agrario”.

Aparte de dicha regulación en el articulado, no existe otra previsión sobre la Comisión Reguladora en las disposiciones finales de la norma precitada, que establece su inmediata entrada en vigor (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia).

La primera cuestión que ha de abordarse, puesto que es una de las finalidades del Proyecto de Orden (artículo 1), es si el texto legal crea ya la Comisión Liquidadora, quedando pendiente su constitución, o, por el contrario, difiere tal creación a una posterior actividad reglamentaria de las Consejerías de Agricultura y Agua y de Economía y Hacienda, ejercitada a través del Proyecto de Orden objeto de Dictamen.

Para el estudio de esta cuestión ha de atenderse a la técnica normativa utilizada por la Ley 5/2008, y al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 7/2004 para la creación de un órgano colegiado.

En relación con la técnica empleada por el legislador, ha de clarificarse el término constituir. Ya indicamos en nuestro Dictamen 41/03, que gramaticalmente “constituir” es sinónimo de “crear”, “fundar” o “establecer”, pero, también lo es de “formar”, “componer”, “organizar” u “ordenar”. Sin embargo, en el lenguaje jurídico en general y, particularmente, en el empleado con relación a órganos colegiados, se suele utilizar más frecuentemente este término en el segundo sentido, es decir, en el de formar, componer u organizar. Así, la Ley 7/2004 señala en su artículo 23.2 que *“la constitución de un órgano colegiado en la Administración General del Estado y en sus Organismos públicos tiene como presupuesto indispensable la determinación en su norma de creación...”*.

En este precepto se aprecia cómo la constitución de un órgano colegiado es un acto que requiere la previa norma de creación, en la que se habrá de concretar sus fines, dependencia, composición, funciones, etc. (artículo 23 de la Ley 7/2004).

La interpretación en el presente caso se complica al emplear el legislador en el artículo 2 el verbo “crear” en futuro, de lo que podría inferirse, como así lo ha entendido el centro directivo que elabora la presente disposición, que su creación se pospone a posterior desarrollo reglamentario, lo que, sin embargo, no se establece en las Disposiciones adicionales y finales de la Ley 5/2008, en forma de mandato para producción de actos o normas jurídicas, de acuerdo con las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

Lo anterior pone en evidencia la trascendencia que reviste la técnica legislativa en orden a obtener un resultado normativo, como puso de manifiesto el Consejo Jurídico en la Memoria correspondiente al año 2004, si bien en este caso no se pudieron plasmar las conclusiones obtenidas, en tanto no fue sometida la norma enjuiciada a nuestro Dictamen.

Pero también cabe sostener de forma muy fundada que fue intención del legislador la creación de la Comisión Liquidadora, con la determinación en el artículo 2 descrito de su naturaleza, fines y funciones, así como los miembros que la componen, quedando, por tanto, pendiente únicamente del acto de constitución, para lo que no se requiere el Proyecto de Orden sometido a Dictamen.

Las razones que avalan tal interpretación, y que el Consejo Jurídico comparte, serían las siguientes:

1ª) Según las previsiones del artículo 2.2 de la Ley 5/2008, la Comisión Liquidadora debe realizar —en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la Ley regional— todas las operaciones necesarias para determinar el patrimonio de la Cámara Agraria extinguida, y formular propuesta para que mediante Orden de la titular de la Consejería de Economía y Hacienda se apruebe el inventario.

El corto plazo para realizar su cometido (basta examinar el número de sesiones necesarias para efectuar las distintas actuaciones, según la Memoria Económica obrante en los folios 21 y ss.), conectado por la ley regional (artículo 2.2) con su entrada en vigor, conduce a sostener que la intención del legislador fue, en realidad, recoger el mandato de constitución de la Comisión Liquidadora regulada —para lo que no se requiere de norma específica—, en el entendimiento de que ya se habían establecido las bases de su creación.

2ª) La circunstancia de que las primeras actuaciones de la Consejería de Agricultura y Agua (Antecedente Primero) se orienten a la petición de los nombres de los distintos representantes que integran la Comisión Liquidadora, en cumplimiento de la composición recogida en la Ley regional, plantea, igualmente, la no necesidad del Proyecto de Orden para la creación de la misma, en tanto que el Consejo de Gobierno, a propuesta de las dos Consejerías, y las organizaciones profesionales agrarias, ya han designado a sus integrantes, quedando, no obstante, pendiente su constitución, mediante la correspondiente convocatoria.

3ª) La Ley 5/2008 no ha previsto un plazo para la creación de la Comisión Liquidadora, a diferencia del tratamiento otorgado al Consejo Asesor Regional de Organizaciones Profesionales Agrarias (Disposición transitoria cuarta) respecto al que establece el siguiente mandato:

“Se creará, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Consejo Asesor Regional de Organizaciones Profesionales Agrarias (CAROPA)”.

4ª) Por último, y más importante aún, ha de determinarse si la Ley 5/2008 reúne los requisitos necesarios que han de cumplir las normas de creación de los órganos colegiados, por exigencias del artículo 23.2 de la Ley 7/2004.

Aunque de forma sucinta, ha de reconocerse que en el artículo 2 de la 5/2008 se recogen los fines, la composición, el criterio de designación de su presidente y de los restantes miembros, así como las funciones de propuesta de la Comisión Liquidadora. De otra parte, las exigencias de la Ley 7/2004 de determinar la integración administrativa o dependencia jerárquica del órgano colegiado y la dotación de créditos para su funcionamiento se derivan de otras disposiciones:

a) El artículo 22.2, segundo párrafo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

(LPAC), establece que los órganos colegiados de las Administraciones Públicas en los que participen organizaciones representativas de intereses sociales, quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación.

Conforme a la configuración de la Comisión diseñada por la Ley 5/2008 (en la que participan representantes de las Consejerías de Agricultura y Agua, y de Economía y Hacienda, así como de las organizaciones profesionales agrarias), aunque integrada en la Administración regional, no parece que tenga que participar de la estructura jerárquica de la Consejería de Agricultura y Agua (se adscribe, según el artículo 1.2 del Proyecto de Orden, a la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria de esta última), más aún cuando de su actuación colegiada resultará una propuesta a elevar a la Consejería de Economía y Hacienda para que mediante Orden se apruebe el inventario. Precisamente, por la composición mixta de la Comisión Liquidadora con representantes de ambas Consejerías, la Ley regional establece (artículo 2.1) que corresponde al Consejo de Gobierno determinar quién actúa como presidente y secretario, a propuesta conjunta de ambas, habiendo recaído la primera condición en el Jefe de Servicio de Gestión Patrimonial de la Dirección General de Finanzas y Patrimonio, perteneciente a la Consejería de Economía y Hacienda.

Distinto es que corresponda a la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria de la Consejería de Agricultura y Agua colaborar con la Comisión Liquidadora, teniendo en cuenta las competencias asignadas a la misma por el Decreto 20/2005, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Agua, en relación con la Cámara Agraria de la Región de Murcia.

b) Respecto a la dotación de créditos necesarios para su funcionamiento, también cometido de la norma de creación, la Ley 5/2008 (Disposición transitoria tercera) establece que los órganos de gobierno de la Cámara Agraria extinguida se disolverán tan pronto como todos sus bienes y derechos hayan sido inscritos o ingresados a favor de la Administración regional, lo que sustenta que en la Memoria Económica del Proyecto de Orden (folio 23) se asignen los gastos de funcionamiento a la Cámara Agraria en liquidación, previa aprobación por sus órganos de gobierno. En la Memoria Económica (folio 59), suscrita el 20 de enero de 2009, se indica que los gastos de la Comisión Liquidadora serán abonados con cargo a la partida presupuestaria 01.17.02.00.542A.649.00 “Liquidación Cámara y nuevo edificio agrario”.

Recapitulando, por las razones descritas, el Consejo Jurídico interpreta que la Comisión Liquidadora de la Cámara Agraria de la Región de Murcia ha sido ya creada por la Ley 5/2008, y habiéndose designado los funcionarios integrantes por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, con determinación del Presidente y Secretario, y así como los restantes miembros en representación de las organizaciones agrarias, procede su constitución, de acuerdo con el régimen jurídico previsto en la LPAC (capítulo II del Título II), al que se remite el artículo 23.3 de la Ley 7/2004, siendo innecesaria para dicho acto la Orden propuesta.

Tampoco lo es para regular la finalidad de la Comisión (artículo 2 del Proyecto de Orden), que viene recogida en la Ley regional, ni tampoco para la convocatoria de las sesiones y acuerdos, en la medida que este órgano colegiado puede establecer o completar sus propias normas de funcionamiento, conforme a lo establecido por el artículo 22.2 LPAC.

Por último, cabe también plantearse si, bajo el pretexto de su creación, la finalidad esencial de la Orden sometida a Dictamen es la regulación del procedimiento de liquidación ante la parquedad de la regulación contenida en Ley regional, lo que parece inferirse del informe del asesor jurídico de 12 de febrero de 2009 (folio 12), tema que será objeto de la consideración siguiente.

CUARTA.- Competencias para el desarrollo de las funciones y el procedimiento de liquidación.

En relación con la última consideración, el Proyecto de Orden recoge en los artículos 3, 4 y 5 las funciones de la Comisión Liquidadora, el procedimiento de liquidación y la aprobación del inventario, respectivamente.

Reconocida la no necesidad de la Orden para la constitución de la Comisión Liquidadora y de los otros aspectos arriba reseñados, se nos suscita la siguiente cuestión:

¿Los titulares de las Consejerías proponentes disponen de habilitación legal para desarrollar las restantes cuestiones, teniendo en cuenta que no existe atribución específica en la Ley 5/2008?

Es conocido y reiterado por el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 176/08) que la Ley 6/2004, establece una nueva regulación de la potestad reglamentaria, tanto en lo relativo a su titularidad y posibilidades de ejercicio, como en cuanto al procedimiento de elaboración de reglamentos. En lo que aquí interesa, los artículos 38 y 52.1 de la citada Ley reconocen a los Consejeros una potestad reglamentaria propia en las materias de ámbito interno de su departamento, y otra derivada por atribución expresa de esa potestad, o expresado en las palabras de la misma Ley, “los Consejeros podrán hacer uso de esa potestad cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal” (artículo 52.1) o, según el artículo 38, “cuando, por disposición de rango legal les esté expresamente atribuida”.

En ausencia de habilitación específica a los Consejeros por la Ley 5/2008, la Ley 6/2004 sólo reconoce al Consejo de Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria (artículo 22.12), en los siguientes términos:

“Ejercer la potestad reglamentaria, salvo en los casos en que ésta se encuentre específicamente atribuida al Presidente de la Comunidad Autónoma o a los consejeros.”

No obstante, conviene destacar, a diferencia de otras normas autonómicas (Disposición adicional tercera de la Ley 1/2006, de 5 de junio, por la que se disuelven las Cámaras Provinciales de Galicia) que la Ley regional no contiene un mandato para el desarrollo del procedimiento de liquidación.

Por ello, conviene centrarse en los aspectos que son desarrollados por los artículos 3, 4 y 5 del Proyecto de Orden para seguidamente determinar si se encuentran habilitados los titulares de las Consejerías proponentes, por tratarse de materias propias del ámbito interno de sus departamentos, o si deben ser abordados por otro procedimiento u órgano, al no ostentar competencias.

1. El artículo 3.1 del Proyecto de Orden, que detalla las funciones de la Comisión Liquidadora, no es sino una descripción de cómo debe realizar el cometido que le ha asignado la Ley regional (“realizar todas las operaciones necesarias para determinar el patrimonio existente en la Cámara Agraria extinguida”); en realidad en este precepto se desglosan las

distintas actividades que encierra tal cometido: elaborar un informe, en el que se detallarán todos los bienes, etc. Atañe, por tanto, a la forma de realizar el trabajo por la Comisión Liquidadora (no el de las Consejerías proponentes), por lo que puede ser acordado por el órgano colegiado y detallado en sus propias normas de funcionamiento (artículo 22.2 LPAC, ya citado); dicha consideración se ve corroborada, en parte, por el mismo precepto (apartado 1), que se remite a lo que decida la Comisión sobre si se realiza un informe y propuesta de inventario de los bienes inmuebles, y otro distinto para los resto de los bienes, derechos y obligaciones.

Por el contrario, el apartado 2 del artículo 3 del Proyecto de Orden se considera una extralimitación de los cometidos de la Comisión, que no tiene respaldo en la Ley regional, como más adelante se expone.

2. El artículo 4 del Proyecto de Orden, sobre el procedimiento de liquidación, establece un periodo de exposición pública respecto al informe elaborado por la Comisión Liquidadora; dicha publicidad no deja de ser aplicación de lo dispuesto en el artículo 86.1 LPAC sobre la instrucción de los procedimientos, posibilitando dicho precepto que el órgano competente para la resolución del procedimiento (titular de la Consejería de Economía y Hacienda) pueda acordar un periodo de información pública para la presentación de alegaciones, para lo que tampoco se requiere una disposición reglamentaria.

3. La propuesta de la Comisión Liquidadora y la aprobación del inventario por parte de la titular Consejería de Economía y Hacienda (artículo 5 del Proyecto de Orden), así como su condición de título suficiente para la inscripción de los bienes y derechos a favor de la Administración, se encuentran previstos en el artículo 2.2 de la Ley 5/2008; también la interposición del recurso pertinente y su publicación (apartado 3) resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 116 y 60 LPAC, en relación con los artículos 28, d) y 31 de la Ley 7/2004. Por tanto, para regular tales extremos tampoco se requiere de una disposición reglamentaria.

En consecuencia, no se encuentran habilitados los titulares de las Consejerías proponentes para el desarrollo reglamentario del funcionamiento y procedimiento de liquidación de la Comisión Liquidadora, ni tampoco se considera imprescindible para el funcionamiento de la misma, a tenor de lo expresado.

QUINTA.- Observaciones particulares al articulado.

— Artículo 1. Creación, adscripción y composición.

No parece conveniente recoger en el Proyecto de Orden los nombres de los distintos miembros integrantes de la Comisión Liquidadora, pues obliga a modificar la Orden si se produjeran cambios. Respecto a su adscripción al centro directivo reseñado, se reiteran las observaciones ya realizadas.

— Artículo 2. Funciones de la Comisión.

El apartado 2 de este artículo señala:

“A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, la Comisión Liquidadora procederá a ordenar a los órganos de gobierno de la extinta Cámara Agraria la realización de todos los actos de administración, que sean necesarios para efectuar la liquidación de los bienes, derechos y obligaciones de la Cámara Agraria extinguida”.

Tal atribución no se encuentra asignada a la Comisión Liquidadora por la Ley 5/2008, cuya propuesta ha de ser aprobada por Orden de la titular de la Consejería de Economía

y Hacienda. De otra parte, las competencias legales y la tutela de la Cámara Agraria de la Región de Murcia se encuentran atribuidas a la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria, de acuerdo con lo señalado en el Decreto 20/2005, ya citado, teniendo en cuenta, además, que la Ley regional establece el mantenimiento de los órganos de gobierno de la Cámara extinguida (Disposición transitoria tercera) hasta tanto hayan sido sus bienes y derechos inscritos o ingresados a favor de la Administración autonómica e, incluso, posteriormente, hasta tanto se haya incorporado efectivamente el personal de la Cámara.

Artículo 6. Convocatorias de sesiones y acuerdos.

Los representantes de las organizaciones agrarias están ya designados por sus organizaciones, por lo que la referencia a la designación de portavoces resulta innecesaria en el apartado 2.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comisión Liquidadora de la Cámara Agraria de la Región de Murcia ha sido creada por la Ley 5/2008, y habiéndose designado los miembros integrantes de la misma por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, así como por las Organizaciones Profesionales Agrarias, procede ahora su constitución, para lo que no es necesaria la aprobación de la presente disposición (Consideración Tercera). Tampoco lo es para la regulación de la finalidad de la Comisión, ni de las sesiones y acuerdos, por las razones indicadas en la misma Consideración.

SEGUNDA.- Los titulares de las Consejerías proponentes no se encuentran habilitados por la Ley 5/2008 para el desarrollo reglamentario del procedimiento de liquidación; con independencia de ello, tampoco se considera imprescindible en atención a los contenidos desarrollados por el Proyecto de Orden (Consideración Cuarta).

TERCERA.- La realizada al artículo 3.2 del Proyecto de Orden, al no ajustarse a lo dispuesto en la Ley 5/2008.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 47/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 18/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 48/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 18/03/09****Extracto de Doctrina**

Cuando un paciente se encuentra hospitalizado (y, en este caso, por sospecha de afección cardiológica), está en unas circunstancias psicológicas distintas de las habituales; además, y por lo que atañe a la prevención de caídas nocturnas en el hospital, debe considerarse la drástica disminución del nivel de consciencia que implica el período de sueño. Asimismo, se trataba de una anciana de 84 años (con la consiguiente fragilidad ósea), ubicada en una cama que, como es sabido, suele estar, por razones asistenciales, a una notable mayor altura que las domésticas (y que no es infrecuente que sea más estrecha que la habitual del paciente). Todas estas circunstancias demandaban, conforme con el deber de diligencia que es debido a un centro sanitario para la prevención de accidentes de los pacientes, que, al menos en el período nocturno, se colocaran las barandillas laterales de seguridad, más aún si se parte de que la paciente no se encontraba acompañada por un familiar (el acompañamiento no se desprende de la historia clínica ni se ha probado de otra forma, tal y como viene a reconocer el informe de la Inspección Médica).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En escrito presentado el 24 de octubre de 2006 en el hospital “Virgen de La Arrixaca” (según informó después el citado centro), x. expuso que su madre, x., acudió a dicho hospital el día 23 de julio de 2006, por causa de un problema cardíaco, quedando ingresada durante unos días en la planta de Cardiología, para observación. El miércoles día 26 de julio su madre, de 84 años de edad, se cayó de la cama a las 02,00 horas de la madrugada, y atribuyó la citada caída a un comportamiento negligente del personal sanitario, que no colocó en la cama las correspondientes barandillas protectoras.

A consecuencia de dicha caída, la enferma se fracturó la cadera y hubo de ser intervenida el día 31 de julio de dicho año para reducción de la fractura y colocación de la correspondiente prótesis.

El reclamante consideró que, a causa de la caída sufrida y la posterior intervención quirúrgica a que se sometió, la paciente se había quedado inválida de por vida, lo que le había ocasionado graves perjuicios a ella y a su familia, solicitando finalmente “*que se nos recompense (...) el daño causado y las grandes cantidades económicas que estamos gastando en la posible recuperación de la enferma.*”

SEGUNDO.- Al remitir dicha reclamación al Servicio Murciano de Salud (SMS), el citado hospital adjuntó informe de 7 de noviembre de 2006 de la Supervisora de Enfermería de la planta donde estuvo ingresada la paciente, en la que expresa lo siguiente:

“Que la paciente x. estuvo ingresada en la habitación 625-2, desde el día 23 al 27 de julio de 2006, y que en la noche del 25 al 26 de julio, al girarse de la cama se cae. A la mañana siguiente se le realiza una radiografía, siendo valorada por traumatología, que

diagnostica rotura de cadera y deciden el día 27 trasladarla a Mesa del Castillo para intervenirla.

Debido al tiempo transcurrido, y que en verano hay personal de enfermería sustituto, no puedo concretar si la enferma se encontraba con o sin acompañante y no tenemos constancia de ninguna queja mientras que duró la estancia en nuestra unidad.

Generalmente, y sin poder precisar en este caso concreto, el personal de enfermería suele poner barandillas a los pacientes que se encuentran solos, desorientados, imposibilitados, etc.”

Según se desprende de dicha historia clínica (folios 20 a 24 exp.), tras practicarle en fecha 31 de julio de 2.006 la intervención de cadera en el referido hospital (osteosíntesis de cadera izquierda por fractura trocantérea), el 8 de agosto siguiente fue ingresada de nuevo en el hospital “*Virgen de La Arrixaca*” por un cuadro de posible íleo paralítico postoperatorio y deterioro del estado general, en donde permaneció ingresada hasta el 31 de dicho mes y año, en que se le da el alta hospitalaria (folios 35 a 39 exp.). También consta que el 10 de octubre de 2006 el Servicio de Rehabilitación le da el alta médica (folio 78 exp.).

TERCERO.- Mediante resolución de 26 de febrero de 2007, el Director Gerente del SMS acordó la admisión a trámite de la reseñada reclamación, lo que fue notificado a las partes interesadas.

CUARTO.- Mediante escrito presentado el 29 de marzo de 2007, el reclamante se ratifica en la reclamación presentada en su día en el reseñado hospital.

QUINTO.- Requerido el hospital “*Virgen de la Arrixaca*” para que remitiese la historia clínica de la paciente e informe de los facultativos que la asistieron, mediante oficio de 29 de marzo de 2007 remitió de nuevo dicha historia clínica, así como informes elaborados por los facultativos de los Servicios de Cardiología y Traumatología que atendieron a la paciente de las patologías propias del respectivo Servicio, sin consignar nada de interés en relación con las circunstancias de la caída que motivó la reclamación.

SEXTO.- Durante la instrucción del procedimiento se requirió al hospital para que informara acerca de los supuestos en que resulta necesario el uso de barandillas en la cama de los pacientes y si, a la vista de las circunstancias en que se encontraba la paciente en el momento del accidente, era necesario el uso de barandillas en su cama.

De las manifestaciones realizadas el 15 de mayo de 2007 por la Supervisora y la Técnico de la planta se destaca lo siguiente:

1. Que el protocolo de cuidados de enfermería obliga a usar las barandillas en aquellos supuestos en los que los pacientes se encuentran desorientados, solos o imposibilitados.
2. Que, dado el largo tiempo transcurrido, no recuerdan si la paciente se encontraba o no acompañada; los cuidados de enfermería se prestaron por personal contratado durante el periodo estival, por lo que no se pueden dirigir al mismo para que recuerde la situación.
3. De las anotaciones realizadas en la hoja de evolución de la historia clínica de la paciente los días previos a la caída, se desprende que ésta se encontraba consciente, tranquila y orientada, no existiendo anotación sobre si se encontraba acompañada por familiares.

SÉPTIMO.- A requerimiento de la instrucción, mediante oficio de 4 de julio de 2007 el hospital remitió protocolos utilizados para el ingreso y tránsito del paciente en el hospital

y sobre elementos generales de seguridad e inmovilización de enfermos, que no abordan específicamente el caso planteado, informando que estaba en fase de elaboración un protocolo específico de prevención de caídas, que se comenzaría a implantar después del verano de 2.007.

OCTAVO.- Obra en el expediente un dictamen médico, de fecha 10 de octubre de 2007, presentado por la compañía aseguradora del SMS “---, S.A”, del que se destaca lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa la paciente es independiente para las actividades de la vida diaria y el motivo de ingreso no supone un cambio en dicha situación de independencia. Al ingreso de la paciente se realiza una valoración adecuada por parte del personal de enfermería y a lo largo de su ingreso hay constancia de que la paciente no presenta alteración de su estado mental, ni cuadros de agitación ni otras circunstancias que pudieran aumentar el riesgo de caída. Por otra parte, la caída que presenta la paciente la podemos considerar accidental, pues se produce al girarse en la cama mientras estaba durmiendo. En nuestro criterio, en base a la situación previa de la paciente, al motivo de ingreso y a la situación de la paciente durante el mismo, no se encontraban indicadas la aplicación de medidas de contención física (como el uso de barras laterales) en esta paciente. No podemos compartir el criterio expresado por la supervisora de enfermería en el sentido de expresar que el hecho de que el paciente no sea acompañada por un familiar sea una indicación para la utilización de medidas de restricción. Esta afirmación es contraria a las distintas recomendaciones publicadas sobre este tipo de medidas y a los protocolos para prevención de caídas de uso habitual en nuestros centros hospitalarios.”

NOVENO.- Otorgado un trámite de audiencia a las partes, el 12 de diciembre de 2007 el reclamante compareció ante el SMS y tomó vista del expediente, según diligencia extendida al efecto y firmada por él mismo, en la que se consigna que, en el procedimiento que se tramita, actúa en nombre y representación de su madre (folio 189 exp.).

DÉCIMO.- El 14 de abril de 2008, x. presentó escrito de “*reclamación previa al ejercicio de acciones judiciales*”, en el que reiteraba los hechos expresados en los escritos anteriormente presentados por su hijo y concretaba el importe de la indemnización reclamada en veintiún mil ochocientos noventa y siete euros con treinta y dos céntimos de euro (21.897,32 €), desglosados en los siguientes conceptos:

— Por 326 días de carácter impositivo, a 60 euros/día: 19.560,00 €.

— Por secuelas, consistente en la agravación de su artrosis previa de cadera izquierda: 2.237,32 €.

— Por honorarios médicos: 100,00 €.

Adjunta a su escrito un informe de especialista en Traumatología, de fecha 5 de marzo de 2008, del que se destaca lo siguiente:

“Estado actual: La paciente tiene la cadera izquierda con la movilidad bastante disminuida en relación a la contralateral. Las rotaciones están casi anuladas y son dolorosas a la exploración; la flexo-extension está reducida aproximadamente a la mitad.

Camina con bastante dificultad y con ayuda de un familiar que la acompaña. Atrofia muscular generalizada.

Observaciones: La fractura de la cadera estuvo producida por el golpe sufrido en ella con la caída de la cama.

Por las características de la fractura hubo de ser operada para poder fijarla hasta la consolidación, y de nuevo para la extracción del material de osteosíntesis por intolerancia del mismo.

Ha quedado con un déficit de la funcionalidad de esa cadera de un 50% aproximadamente en relación con la contralateral. Ha tardado 326 días en obtener la estabilización de sus lesiones, todos impeditivos.

Secuela: agravamiento de artrosis previa en la cadera izquierda. 4 p.”.

En dicho informe se indica también que la paciente fue intervenida hace más de diez años para la implantación de prótesis en la cadera derecha, y que el material de osteosíntesis colocado en la intervención por la fractura de la cadera izquierda fue retirado en intervención quirúrgica realizada el 11 de mayo de 2007 en la clínica “*San José*”, siendo dada de alta hospitalaria el 12 siguiente.

UNDÉCIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS sobre los hechos objeto de la reclamación, fue emitido el 27 de mayo de 2008, en el que, tras realizar diversas consideraciones generales sobre protocolos de prevención de riesgos en pacientes hospitalizados, y otras observaciones de carácter particular sobre las circunstancias de la paciente del caso, concluyó lo siguiente:

“1. X. sufrió una caída de la cama mientras estaba ingresada en la planta de cardiología (...) por presentar dolor torácico.

2. Las consecuencias de la caída fueron fractura petrocantérea de cadera que precisó intervención quirúrgica en un centro concertado y rehabilitación. Como consecuencia de la intervención sufrió una complicación postoperatoria de íleo paralítico y tromboembolismo pulmonar que fueron tratados en el hospital universitario Virgen de La Arrixaca con buena evolución.

3. La paciente, previo al ingreso y durante el ingreso, previo a la caída, no presentaba situación basal que recomendara la utilización de medidas especiales de protección y/o seguridad, dado que era independiente, no tomaba medicación especial, estaba consciente y bien orientada, no tenía agitación ni alteraciones cognitivas y/o sensoriales y no estaba impedida. Por tanto, no precisaba la colocación de las barras laterales de protección, sino que, al revés, no estaba indicada su utilización. (...)

La caída de la cama, por tanto, se debe a un accidente que pudo ocurrir tanto en el hospital como en su propio domicilio, al darse la vuelta en la cama mientras dormía. No se produjo síncope.

La actitud de los profesionales que intervinieron, tanto antes como después de la caída, fue adecuada a la situación de cada momento de la paciente.”

DUODÉCIMO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia final a las partes, el 27 de junio de 2008 la reclamante presenta escrito de alegaciones en las que expresa que se reconoce que los protocolos actuales del hospital son insuficientes, estando en elaboración uno para prevención de caídas, por lo que tácitamente está aceptando su responsabilidad, que es por el funcionamiento normal o anormal de los servicios. Por otro lado, señala que

se debieron colocar barandillas en la cama de la paciente, ya que la paciente tenía 84 años, estaba sola y padecía un grado de obesidad avanzado.

DECIMOTERCERO.- El 20 de julio de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en los informes emitidos, especialmente, el de la Inspección Médica del SMS. Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico con el expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, la señora Riquelme Ferrer, por cuanto es la persona que sufrió los daños por los que se reclama.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde, en principio, a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

II. En cuanto al plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC para interponer la acción de reclamación, no existe reparo alguno, vistas las fechas de la producción del daño y la presentación del primer escrito de reclamación.

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, deben hacerse algunas consideraciones sobre la determinación del carácter con el que compareció el hijo de la reclamante en la formulación del primer escrito de reclamación y en actuaciones posteriores.

Así, el tenor del primer escrito de reclamación de responsabilidad presentado en su día ante el hospital (Antecedente Primero), planteaba razonablemente la duda acerca del carácter con el que reclamaba el hijo de la accidentada, es decir, si lo hacía en nombre propio o en el de ésta; y ello porque, de estar en el segundo caso, debía requerírsele la acreditación de la representación. El carácter con el que actuaba dicho interesado pareció despejarse cuando compareció posteriormente ante el órgano instructor para tomar vista del expediente, suscribiéndose la oportuna diligencia, en la que se consignó que reclamaba en

nombre y representación de su madre (Antecedente Noveno); tampoco en aquel momento se le requirió para que acreditase su representación, como debió haberse efectuado.

No obstante lo anterior, con la posterior presentación, en el seno del presente procedimiento, de los escritos formulados por la señora x. reseñados en los Antecedentes Décimo y Duodécimo, la indicada representación puede considerarse tácitamente ratificada por la reclamante para las actuaciones de su hijo, y aquélla continuó la reclamación ya en nombre propio.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación o el cuidado del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el sistema, en general, y el correspondiente profesional sanitario en particular.

Por ello, y como principio director en esta materia, la actuación de estos profesionales sanitarios ha de regirse por la denominada *“lex artis ad hoc”*, o módulo rector de la ciencia de que se trate, en consideración y aplicación al caso concreto en que se produce la actuación sanitaria y a las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que

no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Así, 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*”.

CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Existencia.

En el presente caso, ha de partirse del hecho de que el daño por el que se reclama indemnización no se imputa a una actuación médica de carácter terapéutico, en un sentido estricto, sino a la infracción del deber de cuidado o vigilancia de un paciente hospitalizado y, en concreto, en lo atinente a las medidas de prevención de caídas de dichos pacientes.

A estos efectos, aun aceptando lo indicado por la Inspección Médica en el sentido de que, frente a lo expresado por las encargadas de Enfermería del hospital en el informe reseñado en el Antecedente Sexto, el hecho de que un paciente esté solo no determina necesariamente la necesidad de utilizar barandillas laterales en la cama en la que esté descansando, sino que hay que estar a las circunstancias del caso concreto para determinar el nivel de riesgo existente y adoptar la decisión pertinente, tampoco es aceptable la invocación que hace dicho órgano respecto de unos protocolos que están referidos, en general, a la prevención de caídas, sin tener en cuenta que, en el caso, se trata de determinar las medidas de prevención para evitar caídas desde la cama y por la noche, lo que singulariza la cuestión de un modo no abordado, que se sepa, por los referidos protocolos, pues no se hace un análisis específico de esta cuestión ni, por ende, se trasladan las oportunas consideraciones al caso de la paciente de que se trata.

En este sentido, y en contra de lo expresado por dicho informe, no puede equipararse, sin más, el supuesto acaecido con uno similar que pudiera haber acontecido en el domicilio de la paciente. Cuando un paciente se encuentra hospitalizado (y, en este caso, por sospecha de afección cardiológica), está en unas circunstancias psicológicas distintas de las habituales; además, y por lo que atañe a la prevención de caídas nocturnas en el hospital, debe considerarse la drástica disminución del nivel de consciencia que implica el período de sueño. Asimismo, se trataba de una anciana de 84 años (con la consiguiente fragilidad ósea), ubicada en una cama que, como es sabido, suele estar, por razones asistenciales, a una notable mayor altura que las domésticas (y que no es infrecuente que sea más estrecha que la habitual del paciente). Todas estas circunstancias demandaban, conforme con el deber de diligencia que es debido a un centro sanitario para la prevención de accidentes de los pacientes, que, al menos en el período nocturno, se colocaran las barandillas laterales de seguridad, más aún si se parte de que la paciente no se encontraba acompañada por un

familiar (el acompañamiento no se desprende de la historia clínica ni se ha probado de otra forma, tal y como viene a reconocer el informe de la Inspección Médica).

Frente a ello, no puede oponerse que la colocación de dichas barandillas pudiera haber tenido un efecto contrario al perseguido, pues no consta circunstancia alguna de la paciente que así lo sugiriera. En este sentido, y en el mismo supuesto planteado en el informe de la Inspección, atinente a un eventual deseo de la paciente de ir al baño por la noche una vez colocadas dichas barandillas, es claro que ésta siempre tenía la posibilidad de avisar al personal de enfermería para que se las retiren, si estima que no puede o no quiere hacerlo por sí misma; posibilidad que sería, en cambio, un deber para el paciente si así se le hubiera indicado previamente por dicho personal en atención a sus circunstancias personales.

De todo ello se concluye que, en el concreto caso planteado, existió una desatención, si se quiere de carácter leve, en el empleo de la diligencia exigible en orden a la adecuada protección de la paciente, lo que justifica la imputación del daño a la actividad sanitaria de que se trata, entendida aquí en un sentido amplio o de cuidado general del paciente, y no en su dimensión estrictamente terapéutica, lo que determina la responsabilidad de la Administración regional, en los términos que siguen.

QUINTA.- La cuantía de la indemnización.

Dado que no se discute que la caída en cuestión produjo la fractura de cadera por la que hubo de ser intervenida (con las posteriores complicaciones sufridas y superadas por la paciente), la cantidad a indemnizar depende tanto de la efectiva acreditación de los conceptos por los que se reclama como de su imputación a la fractura producida, aplicando de modo orientativo el baremo utilizado para la valoración del daño en accidentes de circulación correspondiente al año 2006 (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 24 de enero de 2006).

Por lo que se refiere al período de incapacidad alegado, debe diferenciarse:

—Días de estancia hospitalaria. Del 23 de julio al 31 de agosto de 2006. 40 días, a 60,34 euros/día: 2.413,60 euros.

— Período de incapacidad temporal. Desde el 1 de septiembre al 10 de octubre de 2006, en que el Servicio de Rehabilitación le da el alta en el mismo. Debe considerarse de incapacidad impositiva, pues nada se ha cuestionado al respecto y que ello no parece inadecuado, vistas las circunstancias. 40 días, a 49,03 euros/ día: 1.961,20 euros.

— Secuela. Agravación de artrosis previa de cadera. Se valora en 4 puntos, según informe médico aportado al efecto. Dado que ello no se cuestiona por la Inspección Médica, y que no parece irrazonable a la vista de las circunstancias del caso, debe aceptarse 4 x 522,68 euros (para mayores de 65 años): 2.090,72 euros.

— Honorarios médicos. Se solicitan 100 euros, presumiblemente por la emisión del informe médico aportado con las alegaciones. No se acredita su efectivo desembolso, ni siquiera consta la factura que se dice aportada al efecto. Ello permite prescindir de otras consideraciones sobre el carácter del gasto en cuestión.

La suma de las precedentes cantidades asciende a 10.840,32 euros, suma que deberá ser actualizada conforme con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el caso dictaminado, existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- No obstante lo anterior, en lo relativo a los daños objeto de resarcimiento y su valoración, habrá de estarse a lo expresado en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

TERCERA.- En atención a lo expuesto, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 49/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 18/03/09

Extracto de Doctrina

El nexa 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 (actualmente derogada por la Ley 2/2008, de 21 de abril, pero vigente en el momento de ocurrir los hechos que aquí nos ocupan).

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 11 de mayo de 2004 (registro de entrada), x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes,

por los daños sufridos en el vehículo propiedad de su esposa, marca Peugeot, matrícula “—”, cuando, el día 16 de abril de 2004, siendo las 5:15 horas, circulaba por la carretera B-33, con dirección de Lorquí hacía la autovía Madrid-Cartagena, y al llegar a la altura de la Gasolinera “Torrente” se vio sorprendido por un “bache” que ocupaba toda la calzada con una altura de más medio metro y unos cien metros de largo, y ello como consecuencia de las lluvias caídas durante esa noche.

Solicita una indemnización de 1.678,52 euros, importe de la reparación del automóvil, según factura que adjunta a su escrito.

SEGUNDO.- La instructora del expediente recaba del interesado, mediante escrito de 18 de mayo de 2004, que subsane y mejore la reclamación, presentando a tal efecto la esposa del reclamante, x., un escrito fechado el 28 de mayo de 2004, por el que ratifica la reclamación presentada en su día por su marido al tiempo que, como propietaria del vehículo siniestrado, formula reclamación por los daños sufridos.

Según diligencia de la instructora que aparece al folio 31 del expediente, mediante Orden de la Consejería consultante fechada el día 22 de junio de 2004 se declara concluso el expediente iniciado como consecuencia de la reclamación formulada por el x., por desistimiento de éste, desglosándose de dicho expediente el informe de la Dirección General de Carreteras que se incorpora al que se inicia a instancias de la x. y que ahora constituye el objeto del presente Dictamen.

A su escrito acompaña la x. diversa documentación entre la que destaca, a los efectos que aquí nos ocupa, informe de la Policía Local de Lorquí, en el que se hace constar lo siguiente:

“Mediante el presente escrito el agente x, y., pertenecientes a la Policía Local de Lorquí informan

Que encontrándose de servicio el día 16 de abril de 2004, en turno de noche se pudo observar que a la altura de la rotonda que hay situada en la vía B-33, en el polígono industrial de Lorquí, entrada a la gasolinera de Torrente, se había formado un bache de unos 60 centímetros aproximadamente de altura y 100 metros de largo debido a las fuertes lluvias caídas durante la noche, siendo habitual la aparición de dicha acumulación de agua cuando caen estas precipitaciones. Se comunica al puesto de la Guardia Civil de Molina, para que adoptara las medidas pertinentes.

Siendo las 5:30 horas somos requeridos por x. con fecha de nacimiento 21.6.55, DNI x., con Domicilio en la calle “—” de Ceutí, el cual conducía un Peugeot 405 matrícula de “—”, se había quedado dentro del bache no pudiéndolo ver a consecuencia de la fuerte lluvia por lo que se procedió por este servicio a sacarlo del lugar, adjuntado al informe la factura de la reparación”.

TERCERO.- Con fecha 7 de junio de 2004 la instructora requiere a la interesada para que complete la documentación (folios 17 y 18), siendo cumplimentado el 16 de julio de 2004, en el sentido que figura en los folios 20 a 27.

CUARTO.- El 1 de junio de 2004 el Jefe del Sección II de Conservación de Carreteras, Sector de Murcia, emite el siguiente informe:

“1º. Se tiene constancia sobre la realidad del accidente ya que se ha aportado un escrito de la Policía Local de Lorquí en el que se detallan diversos aspectos del siniestro producido.

2º. *La calzada de la Carretera B-33 a su paso por el lugar señalado se encontraba en buen estado de acuerdo con los partes de trabajo obrantes en este servicio no constando la existencia de grandes baches como el referido tanto por la Policía Local como por el perjudicado.*

3º. *Siguiendo el relato de la Policía Local se deduce que con motivo de las fuertes lluvias caídas durante la noche se había producido una acumulación de agua en ese punto concreto de la carretera cuya peligrosidad indujo al Policía Local a comunicar dicha circunstancia al puesto de la Guardia Civil de Molina para que tomase las medidas oportunas.*

4º. *En condiciones normales y siempre que las circunstancias meteorológicas lo permitan, se manda aviso al Parque Regional de Carreteras para que señalice el punto, y proceda a la interrupción del paso de vehículos o que desvíe los mismos hacia rutas alternativas más seguras.*

5º. *Mientras se prepara el corte y la señalización de la carretera estimo que por la autoridad actuante se debe de advertir con cualquier tipo de señal de advertencia a los vehículos que se aproximan que no pueden pasar por una zona inundada.*

6º. *En la zona señalada en donde se produjo el lamentable siniestro se corresponde con un punto bajo de la carretera y de las dos vías de Servicio del Polígono Industrial colindantes a la misma y que están dotadas de unos conductos de drenaje por los que se evacuan las aguas pluviales generadas tanto en los viales del polígono como de las Vías de Servicio y de la propia Carretera y que en condiciones habituales son suficientes para un desagüe rápido y no las que con motivos de lluvias intensas e intermitentes se produjeron durante esa noche.*

7º. *Estimo que el conductor del vehículo que según sus manifestaciones se percata de la existencia de esa zona inundada y que desconoce a priori la profundidad del encharcamiento, no adapta la conducción de su vehículo a las condiciones de la vía que va a vadear desconociendo la profundidad del mismo.*

8º. *La iluminación de la carretera y de las vías laterales que tiene competencia municipal se encontraban en perfecto estado la noche referida y que la irrupción del vehículo a una velocidad moderada debido a las fuertes lluvias pudo preverse con antelación y no procediendo entrar hasta el punto mas bajo de la zona enlagnada.*

9º. *Se deduce de todo lo anterior que no existe ninguna razón de causalidad entre el siniestro y el anormal funcionamiento de la Carretera, sino que es atribuible a los fenómenos excepcionales de lluvias torrenciales y a la temeridad en la conducción al aproximarse con visibilidad suficiente a un obstáculo natural de enlagnamiento de la calzada”.*

QUINTO.- Por la instructora se dirige oficio a la Guardia Civil de Tráfico de Murcia y de Molina de Segura, requiriendo información sobre determinados detalles relacionados con el siniestro origen de la reclamación, recibíendose contestación en ambos casos señalando que no existe constancia de haber practicado intervención o auxilio alguno en relación con el accidente de referencia.

SEXTO.- El 7 de abril de 2005 se solicita por el órgano instructor informe del Instituto Nacional de Meteorología con la finalidad de conocer si el charco de agua en el que quedó atrapado el vehículo del reclamante fue debido al volumen de agua caído en esa fecha o si, por el contrario, obedece a las características de la vía. Dicho informe es emitido el 1

de junio de 2005, señalando que la máxima intensidad de la precipitación registrada en la estación más próxima fue de 27,6 litros por metro cuadrado y hora, y se registró a las 0,33 horas TMG del día 16.

SÉPTIMO.- Solicitado informe al Parque de Maquinaria, es evacuado el 26 de abril de 2006 por el Ingeniero Técnico del citado Parque, con el siguiente contenido:

“VALOR VENAL DEL VEHÍCULO EN LA FECHA DEL ACCIDENTE:

De los datos que se reflejan en las fotocopias del permiso de circulación y de parte de la tarjeta de inspección técnica que se unen al expediente, el vehículo arriba mencionado fue matriculado por primera vez el 01-10-1990.

El valor venal del vehículo, atendiendo a la antigüedad del mismo en la fecha de 16-04-2004, cuando ocurrió el accidente, era de 960 Euros (novecientos sesenta euros).

VALORACIÓN DE LOS DAÑOS DEL VEHÍCULO ATENDIENDO AL MODO DE PRODUCIRSE EL SINIESTRO.

En este caso, todo parece indicar que se produjo la rotura del motor al introducirse agua a los cilindros por el conducto de admisión, con lo que al no poder comprimirse éste como lo hace la mezcla aire-gasolina, una o más bielas rompen el bloque motor.

Esto se produce con una altura de agua considerable, por lo que parece que el conductor del vehículo se aventuró más allá de lo razonablemente recomendable.

La relación de elementos sustituidos que se detalla en la factura, que asciende a 1.678,52 euros, I.V.A. incluido, el único reparo sería el coste del motor que parece elevado respecto al valor medio de mercado.

Normalmente, puesto que parece ser que se ha comprado un motor en el desguace no debería ser superior a 700 euros”.

OCTAVO.- Mediante comunicación fechada el 7 de abril de 2005 la instructora se dirige a la Policía Local de Lorquí en solicitud de informe ampliatorio sobre las siguientes cuestiones:

“1. Si en el momento en que el vehículo quedó atrapado, en el charco la zona se encontraba señalizada.

2. Hora a la que se dio aviso a la Guardia Civil de Molina para que adoptasen las medidas oportunas y en que suelen consistir dichas medidas.

3. Intensidad de las lluvias caídas durante la noche y, en concreto, si llovía en el momento de producirse el accidente.

4. Visibilidad atendiendo, sobre todo a la hora y a las circunstancias ambientales y de la vía.

5. Velocidad permitida en el tramo de la carretera y velocidad a la que circulaba el interesado.

6. Si a la hora que se produjo el siniestro el tramo en cuestión se hallaba abierto a la circulación o se había procedido a su corte y desvío de vehículos por vías alternativas para evitar accidentes como el ocurrido.

7. Señalización existente en la zona cuando el vehículo quedó atrapado (5,30 horas aproximadamente).

8. Posible distracción o actuación inadecuada del perjudicado”.

El informe se emite el día 13 de abril de 2005, en el siguiente sentido:

“Mediante el presente escrito el Agente x. perteneciente a la Policía Local de Lorquí informa.

Que ha recibido notificación con fecha 7 de abril de 2005, con nº de expediente 37/04. Que encontrándose de servicio el día 16/04/04 en turno de noche y debido a la gran cantidad de agua caída esa noche y como consecuencia de la misma se formó un gran bache de agua a la altura de la entrada de la gasolinera de Torrente en la B-33, que dicho bache no se veía ya que existe un pequeño badén donde se acumula el agua, y siendo habitual cuando cae mucha agua

1ª. No.

2ª. 5: horas.

3ª. Lluvias torrenciales, no.

4ª. Visibilidad regular.

5ª. 60 km.

6ª. Sí se encontraba abierto.

7ª. Ninguna. El tiempo justo en llegar la grúa para sacar el vehículo.

8ª. Se desconoce”

NOVENO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, no consta que haya formulado alegaciones, tras lo cual se dicta propuesta de resolución estimatoria al considerar que concurren 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), al no haber cumplido la Administración con la obligación de mantener la vía en la que ocurrió el accidente en condiciones de seguridad para los vehículos que por ella circulan.

En cuanto a la indemnización la instructora acoge el reparo formulado por el Parque de Maquinaria y efectúa una deducción de 350 euros en la partida correspondiente a la reposición del motor del automóvil por otro proveniente de un desguace (folio 7), resultando una indemnización total de 1.272 euros.

DÉCIMO.- Con fecha 1 de octubre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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 propietaria del vehículo ha sufrido un perjuicio patrimonial como consecuencia del percance, lo que le confiere la condición de interesada (artículos 31.1 y 139.1 LPAC, y artículo 4.1 RRP), viniendo pues legitimada para reclamar la indemnización de aquellos daños.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la carretera B-33, según se desprende del 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, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

TERCERA.- 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.

Veamos, a continuación, si los anteriores requisitos concurren en el supuesto que nos ocupa:

I. Ha quedado acreditado en el expediente la realidad de unos daños en el vehículo propiedad de la reclamante (otro aspecto será su extensión y cuantificación), mediante la factura presentada.

Asimismo, la existencia del bache anegado de agua como causa del accidente también ha resultado probada por los informes emitidos por la Policía Local de Lorquí.

II. Partiendo de los anteriores datos, cabe avanzar en la determinación de si concurre en el presente supuesto otro de los elementos determinantes para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, la concurrencia del nexos causal, de manera que el funcionamiento del servicio público debe operar como causa eficiente del daño. El nexos 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 (actualmente derogada por la Ley 2/2008, de 21 de abril, pero vigente en el momento de ocurrir los hechos que aquí nos ocupan).

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).

Para la determinación de si concurre la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, se va a acudir a los principios generales de la distribución de la carga de prueba, partiendo del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. No obstante, la regla pueda alterarse, según el caso, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de facilidad, cuando hay datos de hecho que resulten de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra.

Aplicado al presente supuesto resulta:

1º) Que el informe del Ingeniero de Caminos de la Dirección General de Carreteras realizado el 1 de junio de 2004, reconoce que la zona en la que ocurrió el siniestro se corresponde con un punto bajo de la carretera y de las dos vías de Servicio del Polígono industrial

colindante y que los conductos de drenaje de que disponen son suficientes para un desagüe rápido en condiciones habituales, pero no para las que se producen “con motivo de lluvias intensas e intermitentes” como las que acaecieron el día 16 de abril de 2004.

2º) Que ese insuficiente funcionamiento del sistema de drenaje dio lugar, según señala la Policía Local en el informe emitido el mismo día del siniestro, a un bache de agua de 100 metros de largo por 60 centímetros de altura, sin que el conductor pudiera percatarse de su existencia debido a la fuerte lluvia que caía y al hecho de que existiera un pequeño badén que impedía verlo (esta última manifestación se recoge en el informe ampliatorio fechado el 13 de abril de 2005).

3º) Que a pesar de que la Policía Local afirma haber trasladado a la Guardia Civil de Tráfico la existencia del charco para que adoptara las medidas oportunas, lo cierto es que la vía estaba abierta al tráfico y no existía señal alguna que advirtiese a los conductores de su presencia.

4º) Que aunque el técnico de la Dirección General de Carreteras niega la existencia en la carretera de un bache de las dimensiones alegadas por la reclamante, los miembros de la Policía Local de Lorquí que pudieron observar el lugar del siniestro en el momento de ocurrir éste, afirman la presencia de un “gran bache de agua”, indicando, además, que éste se produce habitualmente “cuando cae mucha agua”.

5º) Que el informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras (folio 70) no cuestiona que los daños reclamados puedan corresponder al modo de producirse el siniestro.

Todo 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, conforme a lo establecido en el artículo 141.1 LPAC.

III. En cuanto a la posible temeridad en la que podría haber incurrido el conductor apuntada por el técnico de la Dirección General de Carreteras, se coincide con el instructor que ha quedado acreditado en el expediente la imposibilidad de que pudiera percatarse de su presencia, tanto por la fuerte lluvia que caía como por la existencia de un badén que se lo impedía.

No constando negligencia o conducta culposa del conductor (dado que no se ha acreditado que éste circulara de forma imprudente o a mayor velocidad de la establecida -folio 51-), ni acontecimiento generador del daño que pueda calificarse de fuerza mayor (dado que nada indica que la lluvia caía y que impedía ver el bache de agua, fuera de una intensidad extraordinaria), y habiéndose constatado un defectuoso funcionamiento del servicio público de carreteras que mantuvo las condiciones de inseguridad que la calzada presentaba desde hacia tiempo para la circulación de los vehículos cuando las condiciones climatológicas eran adversas, la Administración no puede exonerarse de la responsabilidad que legalmente le corresponde, en atención a la titularidad regional de la vía.

Debe, pues, concluirse que existe nexo de causalidad entre el funcionamiento, por omisión, del citado servicio público y los daños sufridos por la reclamante. No viniendo ésta obligada a soportar las consecuencias lesivas del no actuar administrativo, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Regional.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

La reclamante solicita la cantidad de 1.678,52 euros, según factura que acompaña, expedida a nombre de su marido, conductor del vehículo en el momento del siniestro.

Sometida la factura a la consideración del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, por aquel servicio se repara el importe correspondiente a la reposición del motor, que considera elevado en relación con el valor medio de mercado y señala como cantidad adecuada la de 700 euros, argumentación que no ha sido rebatida por la reclamante en trámite de audiencia.

La propuesta de resolución acoge, acertadamente, la valoración del Parque de Maquinaria, efectuando la correspondiente minoración en la cuantía indemnizatoria que cifra en 1.271 euros, aunque, realizado el correspondiente cálculo, el importe correcto asciende a 1.271,52 euros, cantidad en la que debe cifrarse la indemnización que ha de hacerse efectiva a la reclamante, mediante transferencia bancaria a la cuenta 30580221012810018571 de la que son titulares ambos cónyuges.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución al apreciar la concurrencia de los requisitos para la estimación de la responsabilidad patrimonial, sin que se haya acreditado, a la vista de las actuaciones realizadas, que la reclamante tenga el deber jurídico de soportar los perjuicios ocasionados por existir culpa del conductor en la producción de aquéllos.

SEGUNDA.- El importe de la indemnización deberá calcularse y abonarse conforme a lo señalado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 50/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente durante el festival Alter Arte.

Consultante: Consejero de Cultura, Juventud y Deportes (2007)

Fecha: 18/03/09

Extracto de Doctrina

El Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial como la presente (por todos, Dictamen 180/02), ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis,

el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 30 de noviembre de 2007, x. presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido al Instituto de la Juventud de la Región de Murcia, en el que expresa que el día 3 de diciembre de 2006 sufrió un accidente cuando participaba como espectador en una de las actuaciones del Festival “Alter Arte” celebrado en Murcia, organizado por dicho Instituto, si bien no expresa las circunstancias del presunto suceso. Alega que, a consecuencia del accidente, sufrió incapacidad temporal y secuelas, por las que reclama una indemnización de dieciocho mil ochocientos cuarenta y siete euros con ochenta y un céntimos (18.847,81 €, por considerar que es competencia y, por tanto, deber de la Administración, velar por el normal desarrollo de las actividades que organiza.

Asimismo, solicita la práctica de prueba testifical de dos personas, que identifica en el escrito, y la documental, consistente en los documentos relativos al proceso sanitario seguido en la sanidad privada para el tratamiento y curación de las lesiones sufridas.

Consta también en el expediente que al reclamante se le facilitó copia de la póliza del seguro de responsabilidad civil suscrito por el citado Instituto con motivo de la celebración del reseñado festival.

SEGUNDO.- Previos informes en los que se indica que la competencia para conocer de la reclamación corresponde a la Consejería de Cultura, Juventud y Deportes, por estar en este momento adscrito a la misma el reseñado Instituto, el 2 de junio de 2008 el titular de dicha Consejería dictó Orden admitiendo a trámite la reclamación y designando instructora del procedimiento, lo que se comunicó al interesado, al que además se requirió para que presentase determinada documentación y se le informó de la posibilidad de presentar alegaciones y proponer las pruebas oportunas.

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 23 de junio de 2008 el reclamante presenta la documentación requerida y propone la práctica de la prueba testifical expresada en su escrito inicial.

CUARTO.- Solicitado informe al reseñado Instituto sobre las actividades y organización del citado festival, lo emitió el 1 de julio de 2008, expresando, entre otros aspectos, lo siguiente:

“Actividad en la que se enmarca la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Se trata de una intervención urbana realizada por el colectivo “Rizoma teatro” con título “A-isla-arte”.

La intervención tuvo lugar en la plaza de Santa Catalina el domingo 3 de diciembre de 2006 a las 13:00 horas.

Desarrollo: La propuesta consistía en evidenciar la presión ambiental que sufren las personas en los espacios urbanos. Para ello se colocaron los siguientes elementos en la Plaza: dos pasillos a ras de suelo hechos con moqueta por los que transitaban los transeúntes que quisieran participar; dos “islas” de relax: una bañera y una cabina, elementos éstos

que contrastaban con la presión ambiental que supone el espacio urbano, representado por una batería que sonaba con ritmos de percusión cuando cualquier participante recorría los pasillos anteriormente descritos”.

QUINTO.- Mediante oficio de 3 de julio de 2008 se otorga trámite de audiencia y vista del expediente a la entidad aseguradora del citado Instituto con ocasión del festival de referencia, presentando alegaciones el 16 de julio siguiente, en las que expresa que el accidente se produjo al colisionar accidentalmente dos personas entre sí, no demostrándose ningún tipo de anomalía, defecto o imprudencia en la realización del evento ni en el lugar en el que se desarrollaba, además de que el perjudicado asumió, aceptó y consintió participar en la actividad cultural que presenciaba.

SEXTO.- El 28 de julio se practica la prueba testifical propuesta por el reclamante. En síntesis, se trata de dos personas que estaban grabando el evento en ese momento por encargo del Instituto, y declaran que el reclamante entró a participar en la actividad y empezó a bailar o “interactuar” con otro participante que, en ese momento, le cayó encima. Uno de ellos presenta, además, un soporte digital en el que constan las imágenes del accidente, según hace constar la instructora. Obra una copia de dicho soporte en el expediente remitido.

SÉPTIMO.- Mediante oficio de 2 de septiembre de 2008 se acuerda el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente. Con fecha 17 de septiembre siguiente el reclamante presenta escrito en el que expresa “*que constan acreditados todos los extremos señalados en nuestro escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración y que se dan todos los requisitos previstos 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, a su vez desarrollado por el Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, para que quien suscribe sea indemnizado en la cantidad reclamada*”. Asimismo solicitó copia de determinados documentos del expediente, que posteriormente le fueron facilitados.

OCTAVO.- El 22 de septiembre de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar, en síntesis, que no concurre la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños por los que se reclama indemnización, por las mismas razones expresadas en el escrito de la compañía aseguradora reseñado en el Antecedente Quinto. Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del mismo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. El reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad cultural con ocasión de la cual se produce el accidente.

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y RRP para esta clase de procedimientos.

No obstante lo anterior, debe señalarse que no consta que el reclamante fuera citado para la práctica de la prueba testifical, con infracción así de lo previsto en el artículo 80.3 LPAC. No obstante, la precisa descripción de los hechos que resulta de la grabación de video que se realizaba en el momento en que ocurrieron los hechos, a la que aquél ha podido tener acceso en el trámite de audiencia acordado, permite prescindir de otras consideraciones sobre el particular.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama. Inexistencia.

I. Del artículo 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a responder por los daños y perjuicios efectivos, evaluables económicamente e individualizados que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos de su competencia, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

El Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial como la presente (por todos, Dictamen 180/02), ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

En el caso que nos ocupa, del visionado de la grabación de video aportada en fase probatoria (que recoge el accidente con plena fidelidad), se concluye con meridiana claridad que el mismo no puede ser imputable a la Administración, sino al propio reclamante, que participó voluntariamente en la actividad en cuestión, de modo que, bajo su responsabilidad y asumiendo el riesgo inherente a su acción, comenzó a actuar junto con otro participante en el lugar destinado al efecto y, en un momento dado, este último, sin previo aviso, se lanzó hacia el primero, que procedió a recogerlo en sus brazos, resultando que, al no po-

der aguantar su peso, cayeron ambos, con tan mala fortuna que el reclamante se torció la pierna, y sin que, por otra parte, el suceso pueda ser imputado a deficiencia alguna de las instalaciones.

En consecuencia, no concurre uno de los requisitos esenciales necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en concreto, el atinente a la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño por el que se reclama indemnización.

II. Por otra parte, es conveniente añadir que la póliza de seguro contratada, reseñada en los Antecedentes, tiene como objeto asegurar la responsabilidad patrimonial en que, en su caso, pudiera incurrir el citado Instituto (que es el sujeto asegurado, no así los participantes) por razón de las actividades del citado festival, es decir, no es una póliza de seguro a todo riesgo concertada en favor de dichos participantes; ello justifica, seguramente, que el reclamante no la haya invocado en sus alegaciones para fundar su pretensión indemnizatoria.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de referencia, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 51/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 23/03/09

Extracto de Doctrina

Es doctrina reiterada de este Consejo Jurídico (recogida, entre otros, en los Dictámenes números 82, 86 y 90 del año 2000; 2,15, 30, 39, 46, 88, y 107 del año 2001; y 9 de 2004) que los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva, debiendo ser soportados por quien los sufre, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratase de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurran circunstancias determinantes de riesgo, peligro o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica del ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de la diligencia exigible a un buen padre de familia, y las exigibles a la realización de la práctica deportiva en cuestión.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 26 de octubre de 2007, x., en nombre y representación de su hija, alumna del CEIP “*Nuestra Sra de las Mercedes*”, de Puebla de Soto, formuló reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación solicitando indemnización por los daños causados a su hija cuando, según alega, el 9 de octubre de 2007 “*sufrió un accidente en clase de educación física; una compañera le ocasionó un golpe en la boca con un palo de hockey rompiéndole las dos paletas. Testigos: todas las compañeras de clase y profesor*”. Solicita una indemnización de 135,00 euros y, en prueba de la evaluación económica de daño, adjunta factura por dicha cantidad, expedida por odontólogo el 9-10-2007, en concepto de reparación de dientes nºs 21 y 11. También aportó el Libro de Familia.

SEGUNDO.- Obra también en el expediente un escrito de la Directora del centro comunicando el accidente escolar, así como un informe del profesor de la asignatura, en los que señalan que en la clase de Educación Física, mientras jugaban al jockey, la alumna recibió un golpe con el stick de una compañera de juego, y se le rompieron los picos de ambas paletas.

TERCERO.- Dirigido escrito a la dirección del centro escolar en petición de informe mas detallado sobre lo sucedido, su Directora informó el 26 de febrero de 2008 que el día 10 de octubre de 2007, a las 11,30 horas aproximadamente, en clase de Educación Física de 4º de primaria, la alumna x. recibió un golpe con el stick de una compañera, añadiendo que ésta, la alumna causante, no tuvo intención de agredir sino que “*el accidente fue fortuito y dicha actividad estaba totalmente programada y controlada por el profesor de Educación Física que presenció el accidente*”.

CUARTO.- El 23 de abril de 2008 la instrucción requirió informe del profesor de la asignatura de Educación Física para que especificara las condiciones de la práctica del ejercicio, la idoneidad del mismo según las edades de los alumnos, número de asistentes, normas de advertencia sobre la ejecución o si hubo algún elemento extraño o ajeno que pudiera haber perturbado el desarrollo de la clase e incidido en el accidente.

Del detallado informe, emitido por dicho profesor el 24 de abril de 2008, se destaca lo siguiente:

“Una vez iniciado el partido, el hecho ocurrió cuando una jugadora del equipo contrario golpeó la pelota y, en la inercia del movimiento de golpeo, tras pegarle a la pelota, se le subió el stick, con la mala fortuna que x. estaba delante, intentando defender su portería, y recibió el golpe en la boca, en los dientes más concretamente. Cuando mostró la herida, procedimos a enjuagarle la boca con agua repetidas veces hasta que cesó de salirle sangre y pudimos comprobar el alcance del golpe con la rotura de los dientes.

Respecto a los diferentes parámetros que me indica en su solicitud, decirle que sí estaba programado el ejercicio, consiste en realizar pases y lanzamientos, con su práctica se pretende valorar la percepción espaciotemporal y el cálculo de trayectorias, entre otros objetivos. Los ejercicios están adaptados y adecuados a la edad de los alumnos/as y a sus características motrices. En el momento del accidente estaban presentes todos los alumnos/as, y un sólo maestro (yo mismo) puesto que estábamos en clase de Educación Física.

Respecto a la pericia mostrada por los niños en esta fase de aprendizaje, no es mucha, ya que se trata de realizar tomas de contacto con el material, para adquirir habilidades

y destrezas que se desarrollarán en futuros cursos, cuando realicen de nuevo estas actividades.

Sobre las condiciones físicas del local, se trata de una pista polideportiva, con cierto tiempo, cuyas líneas no están muy visibles, debido al desgaste por uso y el sol, pero que no presenta alteraciones de terreno que puedan dificultar el desarrollo de los ejercicios.

Por último, respecto a la habitualidad de estos accidentes, por fortuna no ocurren con mucha frecuencia, pero sí es cierto que en cualquier momento pueden acontecer, porque trabajamos con niños/as, y al igual que los adultos, son y somos impredecibles en los comportamientos, y cualquier actividad entraña un riesgo.

Sobre si existe o existió algún elemento ajeno que pudiera haber afectado a la práctica normal de la actividad, me atrevería a decir, desde mi juicio, que no; que todo fue de manera accidental, como puede ser una caída, un choque entre niños/as jugando, un empujón en la fila o cualquier otro hecho que puede suceder en cualquier lugar, casa, parque, colegio, etc.”

QUINTO.- Mediante oficio de 12 de marzo de 2008 se acuerda el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, sin que conste que la interesada haya hecho uso de su derecho.

SEXTO.- El 19 de Septiembre de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no se acredita la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al entenderse que se trató de un accidente fortuito en el seno de una actividad deportiva con riesgos inherentes a la misma, inevitables para la Administración, y que el afectado tiene el deber jurídico de soportar. Propuesta que constituye el objeto del presente Dictamen, solicitado con carácter preceptivo por la citada Consejería.

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. La hija de la reclamante, menor de edad (actuando su madre en su representación legal), al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, ostenta la condición

de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y RRP para esta clase de procedimientos.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama. Falta de acreditación.

Como ha señalado este Consejo Jurídico de la Región de Murcia en su Dictamen 09/04, entre otros, el Consejo de Estado rechaza con carácter general 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 no 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 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), así como reiterada jurisprudencia.

Asimismo, es doctrina reiterada de este Consejo Jurídico (recogida, entre otros, en los Dictámenes números 82, 86 y 90 del año 2000; 2,15, 30, 39, 46, 88, y 107 del año 2001; y 9 de 2004) que los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva, debiendo ser soportados por quien los sufre, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratase de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren circunstancias determinantes de riesgo, peligro o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica del ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de la diligencia exigible a un buen padre de familia, y las exigibles a la realización de la práctica deportiva en cuestión.

En el presente caso, a la vista de los informes emitidos, debe concluirse que se trató de un accidente fortuito, propio de la práctica deportiva e inevitable para la Administración, sin que consten circunstancias que permitan imputar el daño, de forma jurídicamente adecuada, al funcionamiento de los servicios públicos, por lo que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- No se acredita la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño por el que se reclama, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. Por ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación presentada, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá

DICTAMEN 52/09.- Revisión de oficio del acto administrativo de subvención por primera instalación de agricultores jóvenes, formulada por x.**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)****Fecha: 23/03/09****Extracto de Doctrina**

1. *De enjuiciarse en este singular procedimiento revisorio la legalidad de la actuación administrativa, más allá de lo estrictamente necesario para determinar la existencia o no de la causa de nulidad alegada, se convertiría “de facto” a esta específica instancia revisoria en un segundo (e improcedente) recurso de reposición, con vulneración de lo prescrito en el artículo 102.1 LPAC sobre el tasado alcance del procedimiento allí regulado (Dictamen 51/2005 de este Consejo Jurídico).*

2. *No basta con la omisión de algunos trámites y ni siquiera la omisión del trámite de audiencia da lugar “siempre y de forma automática” a la nulidad por esta causa (Dictamen del Consejo de Estado 3035/1995), sino que resulta necesario, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1991, “ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión en la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido”.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2005, x. solicita ayuda a la primera instalación de agricultores jóvenes al amparo del Real Decreto 613/2001, de 8 de junio, para la Mejora y Modernización de las Estructuras de Producción de las Explotaciones Agrarias, y de la Orden de la Consejería de Agricultura y Agua, de 21 de septiembre de 2005, por la que se convocan dichas ayudas y se establecen sus bases reguladoras en la Región de Murcia, en aplicación del indicado Real Decreto.

SEGUNDO.- Requerida la solicitante para aportar documentación adicional a la presentada junto con su solicitud, aporta informe de vida laboral expedido el 23 de febrero de 2006, en el que se indica, entre otros extremos, que la interesada se encuentra en situación de alta en el Régimen Agrario de la Seguridad Social, como trabajadora por cuenta propia, desde el 1 de febrero de 2003.

TERCERO.- El 1 de marzo de 2006, el Servicio de Modernización de Explotaciones Agrarias emite informe-propuesta de denegación de la ayuda solicitada, sobre la base de considerar a la peticionaria titular de explotación agraria, condición que deduce de su alta en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia, según consta en el informe de vida laboral por ella aportado. Según razona la propuesta de denegación, en la medida en que la solicitante es ya titular de una explotación agraria, dicha condición no le permite acceder a las ayudas para “primera instalación”, pues ésta se define en el Real Decreto regulador como aquella en la que un joven accede por primera vez a la titularidad, exclusiva o compartida, de una explotación agraria.

De conformidad con la propuesta formulada, el Director General de Modernización de Explotaciones Agrarias (por delegación del Consejero de Agricultura y Agua), deniega la ayuda solicitada, siendo notificada dicha resolución a la interesada el 8 de marzo de 2006.

CUARTO.- El 19 de abril presenta la x. escrito en el que manifiesta que su situación de alta en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia lo fue como familiar colaborador del titular de la explotación, no ejerciendo como titular de la misma. Para acreditar su afirmación acompaña fotocopia de la solicitud de alta dirigida a la Seguridad Social, en la que consta que dicha solicitud se hace como familiar colaborador del titular de la explotación, condición que recae en su padre.

Este escrito, calificado como recurso de reposición, es objeto de consideración por el órgano colegiado designado para evaluar las solicitudes de ayudas, que, el 22 de agosto de 2006, propone su estimación, al considerar que la documentación aportada acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos para la concesión de la ayuda solicitada. Esta propuesta recibe el visto bueno del Director General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria.

QUINTO.- El 19 de octubre, por Orden de la Consejería consultante, se acuerda inadmitir el recurso de reposición, al considerarlo extemporáneo. Dicha resolución es notificada a la interesada el 25 de octubre.

SEXTO.- Con fecha 5 de diciembre de 2006, la interesada presenta escrito de solicitud de revisión de oficio de la Orden denegatoria de la ayuda inicialmente pretendida, con fundamento en la omisión del preceptivo trámite de audiencia que debía habersele conferido durante la tramitación de la ayuda solicitada. Dicha omisión la considera constitutiva de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1, letra e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por haberse resuelto el procedimiento de concesión de la subvención prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, produciéndole indefensión.

SÉPTIMO.- Formulada propuesta de inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio al considerarla carente de fundamento, la Dirección de los Servicios Jurídicos, con fecha 26 de marzo de 2007, la informa desfavorablemente, al estimar que la solicitud debía admitirse a trámite e instruirse el correspondiente procedimiento que culminase en una resolución estimatoria o desestimatoria de la pretensión.

OCTAVO.- En cumplimiento de lo indicado por la Dirección de los Servicios Jurídicos, la Vicesecretaría de la Consejería consultante solicita a la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria que informe acerca de si la documentación aportada por la interesada con ocasión del recurso de reposición le hubiera dado derecho a obtener la subvención denegada, en el supuesto de haberla unido al expediente antes de dictar la resolución desestimatoria.

Contesta el centro directivo que la interesada no ha sufrido indefensión, pues pudo presentar el recurso dentro de plazo y no lo hizo.

NOVENO.- El 28 de junio de 2007 el Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua emite informe para afirmar que procede desestimar la solicitud de revisión.

Con fundamento en dicho informe, el Consejero consultante formula al Consejo de Gobierno propuesta de desestimación.

DÉCIMO.- Solicitado informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 5 de noviembre siguiente, en sentido desfavorable a la revisión de oficio instada por la interesada, al considerar que la omisión del trámite de audiencia, aunque le produjo indefensión, no puede ser considerada como causa de nulidad sino de anulabilidad.

Apunta, asimismo, el informe que, ante la presencia de una causa de anulabilidad en la Orden denegatoria de la subvención, procede su revocación, atendido el carácter desfavorable que dicha resolución tiene para la interesada, dictando otra conforme con la normativa vigente.

UNDÉCIMO.- Casi un año después, el 6 de octubre de 2008, el Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de octubre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ) declara el carácter preceptivo de nuestro Dictamen para la revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes, y el artículo 102.1 LPAC exige, como trámite necesario para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos, el Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Si bien la interesada ampara su acción de nulidad en el régimen general de la revisión de oficio de actos nulos contenido en el artículo 102 LPAC, lo cierto es que, atendido el acto objeto de impugnación, el régimen jurídico aplicable a la revisión de oficio pretendida sería el contenido en la normativa reguladora de las subvenciones y, en lo no dispuesto en ella, el procedimiento administrativo común, al que, por otra parte, aquél se remite.

En efecto, la interesada pretende la declaración de nulidad de la Orden por la que se desestima su solicitud de ayuda económica. De conformidad con el artículo 25.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), la resolución que pone fin al procedimiento iniciado por la convocatoria de la subvención, denominada con carácter genérico “resolución de concesión”, además de contener el solicitante o relación de solicitantes a los que se concede la subvención, hará constar, en su caso, de manera expresa, la desestimación del resto de las solicitudes.

El artículo 36 LGS (precepto básico), bajo el epígrafe “invalidez de la resolución de concesión”, establece que son causas de nulidad de ésta, entre otras, las indicadas en el artículo 62.1 LPAC. Asimismo, establece en su apartado 3 que, cuando el acto de concesión incurriera en cualquiera de esas causas, el órgano concedente procederá a su revisión

de oficio o, en su caso, declaración de lesividad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 y 103 LPAC.

El artículo 31 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Región de Murcia (LSRM) —aplicable al presente procedimiento de revisión de oficio en virtud de su Disposición transitoria primera, apartado 2—, dispone a su vez que, cuando el acto de concesión incurriera en alguno de los supuestos de nulidad o anulabilidad previstos en el artículo 36 LGS, y el órgano concedente proceda a su revisión de oficio o declaración de lesividad, deberá solicitar con carácter preceptivo el informe del órgano instructor así como, en el caso de las subvenciones de concurrencia competitiva, el del órgano evaluador de las solicitudes, si es que el vicio afectara a los aspectos que le correspondía valorar.

A la vista de la documentación remitida a este Consejo Jurídico, puede afirmarse que, en lo que atañe al procedimiento, se ha seguido lo dispuesto al efecto en la LPAC y en la normativa específica de subvenciones, toda vez que consta que, en el seno del procedimiento revisor, se ha procedido a conceder audiencia a la interesada y se han recabado los preceptivos informes del órgano instructor del expediente de ayudas —Servicio de Modernización de Explotaciones— y de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

TERCERA.- Sobre la causa de nulidad invocada. Inexistencia.

La revisión de oficio de actos administrativos, en general, constituye un procedimiento excepcional en virtud del cual la Administración, ejerciendo potestades privilegiadas de autotutela, puede anular o declarar la nulidad de sus propios actos sin necesidad de obtener una declaración jurisdiccional.

La excepcionalidad de la vía deriva de que no todos los posibles vicios alegables en vía ordinaria de recurso administrativo, económico-administrativo o contencioso-administrativo son relevantes en sede de revisión de oficio, sino sólo los específicamente recogidos en la ley. La revisión de oficio, según el desarrollo jurisprudencial y luego legal de esta institución puede ser instada por los administrados y debe ser tramitada por la Administración. Pero la revisión, por su propio perfil institucional, no puede ser utilizada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos, siendo únicamente relevantes, como se ha dicho, los vicios de especial gravedad señalados en la ley (Dictamen del Consejo de Estado 506/2004).

Como se ha dicho, para la interesada la Orden denegatoria de la subvención incurre en un vicio de nulidad, pues fue dictada prescindiendo del preceptivo trámite de audiencia que impone el artículo 84 LPAC. Para la actora, tal defecto formal, en la medida que supone la omisión de un trámite esencial, equivale a dictar el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que determinaría la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1, letra e) LPAC. Apunta, asimismo, que dicha ausencia del trámite la ha sumido en indefensión. Y ello por cuanto no ha tenido posibilidad de oponerse y alegar lo conveniente respecto a la interpretación realizada por la Administración de los datos obrantes en el expediente, en la que se ha basado la denegación de la subvención, relativa al incumplimiento por la solicitante de uno de los requisitos exigidos para la concesión de la ayuda, a saber, la acreditación de la condición de “primera instalación” de la explotación agraria que pretendía desarrollar.

En efecto, la resolución de concesión desestima la solicitud de la interesada sobre la base de interpretar que el alta de ésta en el Régimen Especial Agrario por Cuenta Propia

al momento de concurrir a la subvención, que consta en el informe de vida laboral unido al expediente por la interesada a requerimiento de la Administración, *“implica que el solicitante es titular de una explotación agraria”*. Comoquiera que las ayudas solicitadas lo son para *“primera instalación”* de agricultores jóvenes y su normativa reguladora la define como *“aquella en la que un joven accede por primera vez a la titularidad, exclusiva o compartida, de una explotación agraria”*, si la solicitante ya fuera titular de una explotación agraria, no podría ser beneficiaria de las ayudas convocadas.

Ciertamente, puede entenderse en este caso que la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento, exigido tanto por las normas del procedimiento administrativo común (art. 84 LPAC) como por las específicas del procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva (art. 24.4 LGS), no ha permitido a la interesada alegar lo conveniente a la defensa de su derecho, en lo tocante a la cuestión planteada por la Administración y en la que se basó la denegación de la ayuda solicitada.

A tal efecto, no comparte el Consejo Jurídico la apreciación contenida en la propuesta de resolución del procedimiento de revisión de oficio, relativa a la aplicabilidad en el supuesto estudiado de la regla según la cual puede prescindirse del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados (art. 84.4 LPAC y 24.4 LGS). Y ello porque si bien la, a la postre, errónea interpretación efectuada por el órgano colegiado de valoración de las solicitudes no puede tildarse de nueva alegación o prueba en los términos en que éstas se conceptúan por los artículos 79 y 80 LPAC, sí que supone la incorporación, bien que meramente virtual o intelectual, al procedimiento de un nuevo “hecho”, cual es que la interesada es titular de una explotación agraria. Este elemento fáctico, aunque derivado de un documento ya obrante en el expediente, evidentemente es desconocido para la interesada, quien carece de dicha condición de titular de explotación, tal y como posteriormente acredita. En el supuesto, por tanto, el trámite de audiencia resultaba preceptivo.

Ahora bien, se ha de valorar si tal defecto en la tramitación ha sido de la suficiente entidad como para declarar la nulidad de pleno derecho del acto, por haber sido dictado *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*. Debe recordarse (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 42/2004) que tanto la jurisprudencia como la doctrina científica vienen exigiendo, para la apreciación de esta causa de nulidad, una interpretación restrictiva que propugna su concurrencia sólo cuando haya una prescindencia total del procedimiento legalmente establecido, entendida como la existencia de *“gravísimas ausencias y deficiencias que no se quedan en el ámbito de lo accesorio, circunstancial, adjetivo o contingente, sino que invaden aspectos sustantivos, principales y nucleares sobre el modo de operar de la Administración”* (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de abril de 2002). Ha de partirse, entonces, de que no basta con la omisión de algunos trámites y ni siquiera la omisión del trámite de audiencia da lugar *“siempre y de forma automática”* a la nulidad por esta causa (Dictamen del Consejo de Estado 3035/1995), sino que resulta necesario, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1991, *“ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión en la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido”*.

En el supuesto sometido a consulta, parece evidente que la resolución del procedimiento de concesión de subvención habría sido otra de haber conferido el trámite, pues con base en

la justificación aportada por la interesada tras ser notificada de la denegación de la subvención —calificada por la Administración como recurso de reposición—, el órgano técnico encargado de la valoración de las solicitudes propone la estimación del recurso, el cual es sin embargo desestimado en virtud de su carácter extemporáneo.

Desde esta perspectiva, la omisión del trámite de audiencia habría imposibilitado una defensa eficaz del derecho de la interesada en el seno del procedimiento administrativo y con anterioridad a la producción del acto administrativo definitivo. Ahora bien, ha de recordarse, junto a la doctrina del carácter excepcional de los vicios de nulidad radical previstos en la Ley, aquella otra que propugna que no cabe entender producida indefensión cuando al interesado se le notifica el acto administrativo que puso fin al procedimiento en el que se omitió dicho trámite de audiencia, permitiéndole la utilización de las vías impugnatorias procedentes.

En este sentido, la STS de 11 de julio de 2003, dictada con ocasión de un recurso de casación para la unificación de doctrina, además de reiterar que *“la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...) que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia al interesado”*, analiza si la falta del indicado trámite puede ser considerada como generadora de indefensión al efecto de considerar el acto como anulable al amparo del artículo 63.2 LPAC. Para que la omisión de la preceptiva audiencia al interesado pueda generar este efecto, sostiene el Tribunal Supremo, debe producirse una indefensión material “real y efectiva”, por verse el afectado privado de la posibilidad de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes, precisando que tal oportunidad de defensa se ha podido producir ora en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto ora en vía de recurso administrativo o contencioso posterior.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo matiza también esta última consideración, al afirmar que *“es posible que las circunstancias específicas de cada caso puedan determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, la defensa eficaz de los intereses del ciudadano afectado”*, lo que habría de determinar en última instancia la anulabilidad del acto.

Aplicando esta doctrina al supuesto sometido a consulta, la resolución de concesión fue notificada regularmente (nada en contra se ha aducido por la interesada) con indicación de los recursos procedentes, plazos y órganos ante los que interponerlos, por lo que la interesada contó con una oportunidad de defensa que desaprovechó al dejar pasar el plazo de interposición de los recursos, lo que permitió ganar firmeza a la indicada resolución. Como consecuencia de ello, la interesada no ejercitó una defensa eficaz de sus intereses, lo cual, sin embargo, no puede llevarnos a concluir en la existencia de indefensión, porque, por muy amplia que quisiera ser la interpretación a dar a la expresión *“por la razón que sea”*, contenida en la sentencia anotada, no podría dar cabida a una dejación voluntaria por parte de la interesada de las posibilidades de impugnación que el ordenamiento jurídico le ofrecía, y que en la notificación de la resolución de concesión se le especificaban.

En consecuencia, atendido el limitado examen jurídico que procede efectuar en el excepcional procedimiento revisorio regulado en el artículo 102 LPAC, circunscrito a la verificación de la concurrencia de alguno de los motivos de nulidad radical previstos en el artículo 62.1 de aquella, específicamente en el incluido en su letra e), en los términos alegados por la accionante de nulidad, ha de considerarse que no existe prescindencia total y absoluta

del procedimiento legalmente establecido para dictar la resolución por la que se le deniega la ayuda solicitada. De otro modo, es decir, de enjuiciarse en este singular procedimiento revisorio la legalidad de la actuación administrativa, más allá de lo estrictamente necesario para determinar la existencia o no de la causa de nulidad alegada, se convertiría “*de facto*” a esta específica instancia revisoria en un segundo (e improcedente) recurso de reposición, con vulneración de lo prescrito en el artículo 102.1 LPAC sobre el tasado alcance del procedimiento allí regulado (Dictamen 51/2005 de este Consejo Jurídico).

Ello no obstante, queda acreditado en el expediente que la Administración ha incumplido las normas rituarias al omitir el preceptivo trámite de audiencia a la interesada, generando un defecto de forma que impidió que la interesada pudiera ejercitar en el seno del procedimiento administrativo la plenitud de las garantías defensivas que le ofrecía el ordenamiento. En su virtud, y dado que nos encontramos ante un acto claramente desfavorable para la interesada, toda vez que se le priva de acceder a una subvención de la que, de otro modo, habría resultado beneficiaria, la Consejería consultante podría ejercer la potestad de revocación que le concede el artículo 105.1 LPAC y eliminar así un acto contrario a la equidad, al derecho de los particulares y al ordenamiento en su conjunto. Además, la revocación y posterior dictado de una nueva resolución estimatoria de la solicitud inicialmente formulada no genera perjuicio alguno a terceros, pues según consta en el expediente, existía crédito suficiente para dar la ayuda sin minorar las concedidas a otros solicitantes y, de estimarse la solicitud, no se superaría el crédito máximo total de las subvenciones a otorgar.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede desestimar la solicitud de declaración de nulidad de pleno Derecho de la resolución por la que se desestima la solicitud de subvención objeto del presente Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Tercera.

SEGUNDA.- La Consejería consultante puede ejercitar la potestad de revocación reconocida en el artículo 105.1 LPAC, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 53/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 23/03/09

Extracto de Doctrina

Los documentos requeridos no son preceptivos, por lo que su omisión no puede equipararse a un defecto de la solicitud que impidiera continuar su tramitación ni, por supuesto, se trata de una mejora de los términos de aquella (art. 71.3 LPAC). Antes bien, el fundamento legal del requerimiento de aportación de documentación habría de buscarse en el artículo 76 de la misma Ley que, como único efecto anudado a la desatención de aquél, prevé la pérdida del derecho al trámite y no el más drástico del desistimiento.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de octubre de 2005, x. presenta escrito donde expone que, cuando circulaba con su vehículo el día 4 de febrero de 2005 por la carretera del “puerto” de la localidad de San Pedro del Pinatar, colisionó con una señal de obras que, al no encontrarse debidamente instalada, invadía la calzada.

Como consecuencia de la colisión se produjeron daños en su automóvil, Mitsubishi Galloper, matrícula “—”, cuya reparación ascendió a la cantidad de 129,33 euros, cantidad que solicita en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración de carreteras, al entender que no ha cumplido debidamente con su deber de vigilancia de las vías de su titularidad, permitiendo que la señal de obras no estuviese correctamente colocada.

SEGUNDO.- Designada instructora ésta requiere, con fecha 11 de mayo de 2006, al interesado la mejora de su solicitud mediante la aportación de copia de diversa documentación: DNI y permiso de conducir del reclamante; permiso de circulación, tarjeta de inspección técnica y póliza de seguro del vehículo; factura o presupuesto de la reparación; acreditación de la realidad y certeza del suceso mediante testigos, acta notarial o atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes; así como declaración jurada de no haber recibido ya indemnización a causa del accidente. Asimismo, se le indica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de prueba, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

Tal requerimiento fue atendido por el interesado mediante la aportación, con fecha 5 de junio de 2006, de la documentación que se le interesaba, entre la que resulta conveniente destacar, a los efectos que aquí nos ocupa, informe de la Policía Local de San Pedro del Pinatar en el siguiente sentido:

“Que en relación con la solicitud presentada, por la que peticiona Informe de esta Policía, cómo que el pasado día 04 de Febrero de 2006, sobre las 11.00 horas, iba circulando el vehículo Todo Terreno Mitsubishi Galloper, matrícula “—”, por la carretera del

Puerto, colisionando con una señal de obras triangular, la cual estaba Invadiendo parte de la calzada y con motivo de ello, le produjo daños materiales al vehículo.

Le signifíco, QUE ES CIERTO, que el citado día, sobre las 15:00 horas, se personaron los Agentes de Policía x, y, comprobaron cómo se estaban realizando obras de ensanchamiento de la carretera del Puerto y habían varias señales de obras, mal instaladas, ya que éstas invadían parte de la carretera del Puerto, con peligro evidente de producir daños materiales a los vehículos que circulen dirección hacia el puerto de San Pedro.

Que identificaron al conductor del vehículo todo terreno “—“ y se avisa a un obrero para que participe al encargado del problema habido, así como de la mala ubicación de las señales, para que las cambie.

Que el titular de la vía, lugar donde deben dirigirse las reclamaciones, es la Dirección de Carreteras del Estado, con emplazamiento en calle Alfonso X el sabio, 6, edificio usos múltiples de MURCIA, teléfonos 968240312 y 240522, también Dirección de Carreteras de la Comunidad Autónoma de Murcia, con sede en Plaza de Santoña, s/n, Murcia, y teléfono 968 362374.

Le acompaño fotocopia de las fotografías realizadas.

Que los Agentes actuantes, x, y, NO fueron testigos de la ocurrencia de dicho accidente, a la llegada, los hechos, ya se habían producido”.

TERCERO.- Con fecha 9 de octubre de 2006, se recaba de la Dirección General de Carreteras informe sobre los siguientes extremos:

1. Titularidad de la carretera en la que tuvieron lugar los hechos
2. En caso de pertenecer a la Red de Carreteras de la Región de Murcia:
 - a) Realidad de certeza del evento lesivo.
 - b) Existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.
 - c) Constancia de la existencia de otros accidentes en el mismo lugar.
 - d) Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.
 - e) Imputabilidad a la Administración y responsabilidad atribuible a otras Administraciones.
 - f) Actuaciones llevadas a cabo hasta la fecha.
 - g) Indicar si la carretera se halla con señalización (limitación de velocidad, obras, peligro, etc.) u otra consideración que estime pertinente significar.
 - h) Valoración de los daños alegados.
 - i) Aspectos técnicos en la producción del daño.
 - j) Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

Tras ser reiterada la petición de informe éste fue cumplimentado por el titular de dicho Centro Directivo mediante escrito fechado el día 1 de junio de 2007, al que se acompaña informe del Servicio de Conservación, en el que se señala: *“La carretera de servicio al Puerto de San Pedro del Pinatar, es de titularidad de esta Consejería, dependiendo su mantenimiento de la Dirección General de Transportes y Puertos, deduciendo de la reclamación presentada, que se trata de la señalización de las obras de Mejora y adecuación de*

la Carretera de Servicio del Puerto de San Pedro del Pinatar que se estaban ejecutando en las fechas reseñadas pues su inicio se produjo el 24 de diciembre de 2004”.

CUARTO.- Recabado del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras informe sobre el valor venal del vehículo propiedad del reclamante (“—“) en la fecha del accidente, y la valoración de los daños de dicho automóvil atendiendo al modo de producirse el siniestro, por el Jefe de dicho Parque se informa, con fecha 25 de enero de 2007, que el valor venal del vehículo es aproximadamente de 8.860 euros, y que el coste de la reparación, que asciende a la cantidad de 129,33 euros, se considera correcto.

QUINTO.- Concedido trámite de audiencia, el interesado no comparece ni formula alegación alguna, por lo que se dicta propuesta de resolución, de fecha 14 de octubre de 2008, en sentido estimatorio de la reclamación, al constar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 139 y siguientes 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 21 de octubre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

El procedimiento se ha iniciado por persona legitimada para ello, puesto que el reclamante ha acreditado en el expediente ser el titular del bien dañado y haber soportado el abono de los gastos de su reparación.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento y, especialmente, del informe de la Dirección General de Carreteras, dicha legitimación corresponde a la Administración regional.

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

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en la LPAC y en el RRP. No obstante, como ha manifestado reiteradamente este Consejo Jurídico, dicho ajuste no puede hacerse extensivo a la actuación del órgano instructor que, al amparo del artículo 71 LPAC, requiere al interesado para que subsane y mejore la solicitud mediante la aportación de diversa documentación acreditativa de los presupuestos fácticos y circunstancias de la reclamación, con advertencia de tenerle por desistido de su pretensión.

Y es que, aunque la actuación instructora es correcta, ya que el requerimiento de esos documentos tiene como función primordial la de aportar información sobre las circunstancias concurrentes en el supuesto, ha de puntualizarse que los documentos requeridos no son preceptivos, por lo que su omisión no puede equipararse a un defecto de la solicitud que impidiera continuar su tramitación ni, por supuesto, se trata de una mejora de los términos de aquélla (art. 71.3 LPAC). Antes bien, el fundamento legal del requerimiento de aportación de documentación habría de buscarse en el artículo 76 de la misma Ley que, como único efecto anudado a la desatención de aquél, prevé la pérdida del derecho al trámite y no el más drástico del desistimiento.

TERCERA.- La relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño alegado.

El artículo 139 LPAC atribuye a los particulares el derecho a ser indemnizados por la Administración correspondiente 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.

Por tanto, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es necesario que se acredite la existencia del daño o perjuicio económicamente evaluable e individualizado, que el daño o perjuicio sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en relación de causa a efecto, y que no exista fuerza mayor.

Además, la responsabilidad de la Administración se funda en el criterio de la lesión, entendida como daño o perjuicio que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, es decir, el daño ha de ser antijurídico.

Por otro lado, tal como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo, la expresión “funcionamiento de los servicios públicos” ha de entenderse en un sentido amplio que comprendería tanto los producidos como consecuencia de una acción, como los que se deriven de una omisión.

Es doctrina reiterada y pacífica tanto de este Consejo Jurídico, como de otros órganos estatal y autonómicos integrantes de las respectivas Administraciones consultivas, que la Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada.

En el asunto examinado, a partir de los informes de la Dirección General de Carreteras y de la Policía Local de San Pedro del Pinatar, cabe inferir la existencia de obras en la carretera en la que se produjeron los hechos, así como la realidad de la afirmación que efectúa el reclamante sobre la inadecuada instalación de las señales que advertían de dichas obras, pues, como se indica en el informe policial, las mismas “*invadían parte de la carretera del Puerto, con peligro evidente de producir daños materiales a los vehículos que circulen dirección hacia el puerto de San Pedro*”; también acredita este informe la realidad del daño alegado, y aunque los agentes no fuesen testigos directos de la colisión, se coincide con el órgano instructor en su apreciación sobre la existencia de suficiente prueba indiciaria de que dichos daños los provocó el impacto con la señal de tráfico mal colocada.

Por todo ello, este Consejo Jurídico considera que concurren los presupuestos indispensables para reconocer la responsabilidad administrativa, ya que el daño se ha producido

como consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público, y ha sido ocasionado por la deficiente colocación de unas señales de tráfico; sin que, por otro lado, quepa apreciar en el expediente motivo alguno para imputar al reclamante una actuación incorrecta generadora del accidente, sin que tampoco quepa señalar otra causa eficiente del siniestro imputable a terceros o a fuerza mayor cuya existencia pudiera eximir a la Administración de su responsabilidad.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

Habiendo quedado acreditada la concurrencia de todos los elementos que determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, únicamente resta fijar el alcance de dicha responsabilidad, mediante la cuantificación de la indemnización que corresponde al reclamante. Éste valora el daño sufrido en 129,33 euros, importe de la reparación del vehículo siniestrado, acreditando haber satisfecho dicha cantidad mediante la presentación de factura, por lo que, no habiéndose discutido dicho importe en el expediente, la cuantía de la indemnización habrá de coincidir con la expresada, más las actualizaciones que correspondan 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.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio regional de carreteras y los daños sufridos por el reclamante, por lo que se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria que se acompaña al expediente sometido a consulta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 54/09.- Responsabilidad patrimonial instada por --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 23/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 27 de septiembre de 2004 la mercantil "--, S.L." presentó un escrito, dirigido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, de reclamación de responsabilidad y solicitud de indemnización por los daños físicos y materiales sufridos como consecuencia del accidente de circulación ocurrido el 20 de marzo de 2004, cuando x. (socio y administrador único de dicha mercantil, según se acreditó después) circulaba

sobre las 17.00 horas, con el vehículo propiedad de la empresa, por la carretera MU-702, sentido Archivel a Nerpio. Describe el accidente expresando que aproximadamente 1,5 kms. después de pasar el cruce con la carretera MU-703 a Moratalla, se desvió de la citada carretera hacia un camino terrizo situado a la derecha de la vía, para detener el vehículo y hablar por teléfono, resultando que, al continuar la marcha por dicho camino creyendo que al final enlazaba con la citada carretera, el vehículo cayó en una zanja existente que cruzaba dicho camino de lado a lado, en el que no había señalización que indicase la existencia de la misma, que no era posible ver hasta que se estaba en sus inmediaciones, porque su margen anterior estaba a un nivel superior que el posterior. Señala que en la carretera se estaban realizando obras de acondicionamiento por parte de “-, S.A.”, y que los daños reclamados ascienden a 12.680,41 euros, de los cuales 8.067,09 corresponden a gastos de reparación del vehículo y 4.613,32 al coste de alquilar un vehículo sustitutorio durante el período de reparación del primero. Solicita prueba testifical y documental, consistente en los documentos que acompaña, a saber, atestado instruido el 3 de abril de 2004 por denuncia ante la Guardia Civil de Tráfico, tres fotografías de un paraje indeterminado, permiso de circulación del vehículo accidentado y facturas de su reparación y de alquiler de otro vehículo.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de octubre de 2004 el instructor del expediente requiere al reclamante para que subsane determinadas deficiencias de la solicitud y pueda mejorarla con la aportación de determinados documentos y especificaciones. Asimismo, solicita informe a la Dirección General de Carreteras.

TERCERO.- En contestación a dicho requerimiento, el 27 de octubre de 2004, el reclamante presenta la documentación requerida. Debe destacarse que, entre la misma, obra su declaración de que no se siguen otro tipo de reclamaciones civiles, penales o administrativas contra ninguno de los sujetos responsables del accidente.

CUARTO.- Con fecha 21 de abril de 2005 se emite informe por la Dirección General de Carreteras en el que se manifiesta, entre otros aspectos, que *“el vehículo siniestrado circuló por la explanación en obras de una variante de la carretera MU-702, cuyo acceso estaba prohibido y debidamente señalado. Que según personal de obra, el vehículo todo terreno se introdujo en un cauce existente, en el que la empresa constructora no actuó, como puede comprobarse en las fotografías existentes en la documentación del expediente.”*

QUINTO.- Practicada la prueba testifical propuesta por el reclamante, se destaca la manifestación de los testigos de que existía una señalización de comienzo de las obras, kilómetros atrás, y unas estacas, muy distanciadas, en el borde de la calzada, que la delimitaban de la zona de ensanche (del camino terrizo, se entiende).

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, el 19 de junio de 2007 presenta escrito en el que, en síntesis, alega que en el camino terrizo no existía señalización alguna que indicase la existencia de la zanja o de obra alguna; que la zona se encontraba deficientemente señalizada, sin señal que prohibiera la circulación, con una señal de orientación ubicada metros antes de la entrada a la zona terriza, que era inhábil a los efectos en cuestión, sin que se hubiera cumplido con lo establecido en la O.M. de 31 de agosto de 1987 sobre señalización de obras en vías fuera de poblado.

SÉPTIMO.- El 5 de octubre siguiente, el Parque de Maquinaria de la citada Dirección General emite el informe que se le había solicitado sobre el valor del vehículo, los daños causados y otras circunstancias de interés.

A este respecto destaca que el importe de la reparación es superior al valor venal del vehículo y que, consultado el inspector de obras de la zona, éste informa que al conductor del vehículo se le advirtió verbalmente que no se metiera por el camino terrizo, pues estaba prohibido por señalización vertical, a lo que aquél hizo caso omiso alegando que su vehículo superaría cualquier dificultad que se le presentara.

OCTAVO.- Otorgado nuevo trámite de audiencia al reclamante mediante oficio de 8 de enero de 2008, el 26 siguiente presenta escrito en el que se ratifica en sus precedentes alegaciones, negando, además, la veracidad de lo expresado en el informe del Parque de Maquinaria, por no ratificarse debidamente las manifestaciones en cuestión. Asimismo, alega que en el atestado se aprecia que las señales existentes no son las reglamentariamente exigidas en estas situaciones, sin que hubiera señal de prohibición de uso del camino ni de su estado en obras.

NOVENO.- Mediante oficio de 18 de abril de 2008 se otorga trámite de audiencia a la mercantil “-, S.A.”, presentando alegaciones el 30 siguiente en las que, en síntesis, alega que, contrariamente a lo manifestado en su momento por el reclamante, se han seguido actuaciones penales por los hechos objeto del presente expediente. Así, aporta copia simple de la sentencia de 23 de febrero de 2006 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Caravaca de la Cruz en la que, por los hechos en cuestión, se condena a x. como autor penalmente responsable de una falta de lesiones imprudentes, y se declara responsable civil directa a la compañía de seguros “x.”, por la cantidad establecida en la sentencia, como indemnización a favor de x., y la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil “-, S.L.” absolviendo, entre otros, a la reseñada empresa constructora y a su jefe de obra, que habían sido penalmente denunciados por la señora x. Igualmente, se aporta copia simple de la sentencia de 15 de noviembre de 2006, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, confirmatoria de la primera.

Se destaca por dicha mercantil un párrafo de la primera de las sentencias citadas que expresa lo siguiente:

“En el presente caso la conducta del conductor del vehículo fue a todas luces imprudente, obviando el panel direccional existente, abandonando la calzada y parando su vehículo en una zona en la que no existía arcén, debiendo volver de manera inmediata a la calzada por la que circulaba, lo cual no hizo, sino que continuó circulando adentrándose en dicho lugar, el cual por sus propias condiciones no era transitable ni apto para la circulación en las debidas condiciones de seguridad, debiendo establecerse por todo ello la responsabilidad exclusiva de dicho conductor”.

DÉCIMO.- El 3 de octubre de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que la actuación penalmente ilícita del reclamante rompe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños por los que se reclama, pues fue condenado por imprudencia en la conducción, por incumplir la indicación de un panel direccional existente al comienzo del camino de tierra en cuestión, abandonando la carretera e introduciéndose indebidamente en dicho camino, por lo que fue declarado exclusivo responsable de los hechos de referencia. Dicha propuesta de resolución, en unión del expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios, es remitida a este Consejo Jurídico en solicitud de su preceptivo Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La empresa reclamante está legitimada activamente para deducir la reclamación objeto de Dictamen, por ser la titular del vehículo siniestrado y sufrir el perjuicio económico consistente en los gastos de alquiler de un vehículo para las actividades de la empresa durante el período de reparación del primero.

II. La reclamación se ha interpuesto en el 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), vista la fecha de los hechos que motivan la reclamación (20 de marzo de 2004) y la presentación de ésta (27 de septiembre de 2004).

III. Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, se advierten unas deficiencias que justifican que deban realizarse actos de instrucción en subsanación de las mismas.

1. Así, en primer lugar, presentado por una de las partes interesadas copias simples de unas sentencias penales sobre los mismos hechos de los que parte la reclamación de referencia, es obligado, dada la relevancia de aquéllas en la resolución del procedimiento, que se requiera al órgano jurisdiccional competente para que facilite copias auténticas de dichas sentencias, debiendo expresarse a tal efecto que tal documentación se interesa por ser necesario para la resolución del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, seguido, en principio, por los mismos hechos.

2. Por otra parte, se advierte que los trámites de audiencia a las dos partes interesadas (reclamante y empresa constructora) no se han otorgado simultáneamente, como debería haberse efectuado, sino que en un principio se otorgaron varios trámites de audiencia sólo al reclamante, marginando en ellos a la citada empresa, y después, en el trámite de audiencia final, primero se otorgó uno al reclamante y, después, una vez evacuado el mismo, se otorgó otro a dicha empresa, de modo que ésta ha podido alegar lo conveniente en último extremo y a la vista de todo lo alegado por el reclamante. Esto supone un trato de favor para aquélla, incompatible con la posición de neutralidad del instructor y de la igualdad de posibilidades de defensa de las partes exigible en estos procedimientos.

3. Por ello, cuando se reciba la documentación a que se refiere el punto 1, deberá otorgarse un trámite de audiencia simultáneo a las partes, para que, en el mismo plazo concedido al efecto, puedan alegar lo que convenga a su respectivo derecho, requiriendo expresamente al reclamante aclaración sobre las manifestaciones vertidas en escrito de 27 de octubre de 2004 sobre la inexistencia de acciones contra los responsables del accidente.

Posteriormente, y sin perjuicio de otras actuaciones instructoras que se pudieran estimar procedentes, deberá formularse una nueva propuesta de resolución, que deberá remitirse a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen sobre el fondo del asunto.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Deben realizarse las actuaciones instructoras a que se refiere la Consideración Segunda, III, del presente Dictamen, por las razones allí expresadas, debiendo proceder después conforme con lo allí indicado.

SEGUNDA.- Por todo lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen se informa en este momento desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 55/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 25/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 56/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 25/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 35.

DICTAMEN 57/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)****Fecha: 25/03/09****Extracto de Doctrina**

Como expresamos en nuestros Dictámenes 212/02 y 148/04, cuando no se ha levantado atestado por los agentes de la autoridad competentes, que es el medio natural de acreditación de los accidentes en las vías públicas, el reclamante tiene la carga de probar no sólo su existencia, sino, obviamente, también sus circunstancias, a efectos de que se puedan determinar las posibles causas eficientes y concurrentes del mismo, y debe hacerlo mediante pruebas de “especial consistencia” que lleven a la convicción del juzgador la realidad de las circunstancias del caso en las que funda su reclamación indemnizatoria. En este sentido, además, resulta exigible, al menos (aunque en ocasiones pudiera no resultar tampoco suficiente para conseguir tal convicción probatoria) que el reclamante practique todas pruebas que estén en su mano, pues, en casos como el presente (en los que, “prima facie”, pudiera considerarse plausible la verosimilitud de los hechos), una excesiva permisividad o relajación en la determinación del alcance del “onus probandi” del reclamante puede llevar a convertir estos procedimientos en una vía abusiva de reclamaciones.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 3 de febrero de 2005, x. presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, como consecuencia de los daños producidos en la rueda delantera derecha del vehículo matrícula “—” causados por el mal estado de la calzada, cuando circulaba a las 11.45 horas del día 24 de enero de 2005 por la carretera Santomera-Abanilla (MU-414). Según la reclamante, el reventón de dicha rueda se produjo por impactar contra un tornillo de sujeción de unas bandas de goma colocadas en la calzada para reducir la velocidad de los vehículos; bandas que se encontraban en mal estado de conservación, pues dejaban al aire tornillos como el reseñado. Se reclaman 164,87 euros, correspondientes al coste de reparación de dos de sus neumáticos, pues alega que estaba legalmente obligada a sustituir los dos delanteros, para que tuvieran el mismo dibujo.

Adjunta copia de atestado instruido por comparecencia de la denunciante ante la Guardia Civil el día 1 de febrero de 2005, en el que denuncia el accidente en similares términos; también aporta copia de facturas de reposición de dos neumáticos, por importe de 164,88 euros.

SEGUNDO.- Mediante oficio de 24 de febrero de 2005 se requiere y ofrece a la reclamante la subsanación y mejora de la reclamación, respectivamente. Mediante escrito presentado el 17 de marzo de 2005, la reclamante cumplimenta dicho requerimiento. Además, alega que en su casa tenía el trozo de banda que se arrancó de la calzada con motivo del accidente, con el tornillo y el taco que se utiliza para sujetarlo al suelo, en las mismas condiciones en que se encontraba, por si la autoridad competente desea analizarlo, y que el tramo de carretera ha sido recientemente asfaltado.

TERCERO.- Con fecha 18 de abril de 2005 la instructora requiere a la reclamante para que acredite su representación para actuar en nombre de x., al advertir que éste es el titular del vehículo siniestrado, según la documentación presentada. El 17 de septiembre siguiente la reclamante presenta escrito en el que el citado manifiesta que la reclamante es la conductora habitual del vehículo y propietaria del mismo al estar casada con aquél en régimen de gananciales, y estar suscrito a su nombre el seguro del vehículo (como en este punto ya se había acreditado antes), no obstante lo cual la autoriza para que lo represente a todos los efectos legales en relación con el citado vehículo. El 30 de septiembre de 2005, dicha persona y la reclamante comparecen ante la instructora y el primero otorga su representación a la segunda.

CUARTO.- Con fecha 20 de abril de 2006 se solicita a la Comandancia de la Guardia Civil de Santomera que remita copia autenticada de las diligencias instruidas como consecuencia del accidente, y que informe si hubo desplazamiento de agentes al lugar de los hechos. Mediante oficio de 5 de mayo siguiente informa que *“no hubo desplazamiento al lugar de los hechos debido a que los mismos sucedieron sobre las 23.45 horas del día 24 de enero del citado año, y la denuncia se interpuso a las 17,40 horas del día 1 de febrero, una semana más tarde de los mismos, por lo que las condiciones de la vía pudieron haber sufrido algún tipo de variación, que hubiera incidido en la subjetividad del informe.”*

QUINTO.- El 1 de junio de 2006 se emite informe por la Dirección General de Carreteras, en el que, en síntesis, expresa que la carretera en cuestión es competencia de la Administración regional, que hasta la fecha no se habían tenido noticias del citado accidente, que el tramo en cuestión estaba en obras, contratadas con la empresa “x.”, que es la responsable de su señalización y mantenimiento.

SEXTO.- El 17 de octubre de 2006 se emite informe por el Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras en el que expresa que, a la vista de la foto obrante en el expediente y el lugar donde se encontraban los tornillos, parece que sí pudo haber motivado la rotura del neumático; también informa que lo que exige la normativa es que los neumáticos sean del mismo tipo, y el que un neumático tenga distinto dibujo al de otro no presupone que sea de distinto tipo, por lo que no considera admisible la alegación de la reclamante de la necesidad de sustituir los dos delanteros.

SÉPTIMO.- Mediante oficios de 12 de enero de 2007, para la reclamante, y de 7 de abril de 2008, para la empresa contratista “-, S.A.”, se acordaron trámites de audiencia y vista del expediente. No consta que la reclamante haya hecho uso de su derecho. La contratista presentó escrito el 21 de abril de 2008 en el que alegó no haber tenido constancia del incidente ni de ningún otro parecido en las obras de referencia.

OCTAVO.- El 21 de octubre de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en síntesis, por considerar no probado el accidente, pues se aporta una foto que sólo presumiblemente se correspondería con el lugar del accidente y una denuncia ante la Guardia Civil una semana después, por lo que ésta no acude ya al lugar de los hechos. Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico en solicitud de su preceptivo Dictamen, en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la presente reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, pues el titular del vehículo por el que se reclama indemnización que consta en el permiso de circulación manifiesta que aquélla es la conductora habitual del mismo y también propietaria por ser bien ganancial del matrimonio. Ello ya era suficiente para considerar legitimada a la reclamante, sin que la representación posteriormente otorgada por el primero a la segunda variase tal legitimación, como así viene a reconocer implícitamente la propuesta de resolución, al considerar que la reclamante actúa en nombre propio y no en representación de otro.

Los daños se imputan a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), si se parte de la alegada fecha de ocurrencia del accidente y la fecha de la presentación de la reclamación.

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y sus reglamentos de desarrollo en esta materia.

No obstante, se advierte que el trámite de audiencia a las dos partes interesadas (reclamante y empresa constructora) no se ha otorgado simultáneamente, como debería haberse efectuado, sino que primero se otorgó uno al reclamante y, más de un año después, se otorgó otro a dicha empresa, de modo que ésta habría podido alegar lo conveniente en último extremo y a la vista de lo alegado por el reclamante. Esto supone un trato de favor para aquélla, incompatible con la posición de neutralidad del instructor y de la igualdad de posibilidades de defensa de las partes exigible en estos procedimientos. No obstante, dado que la reclamante no utilizó su trámite de audiencia y la empresa se limita a señalar que no tuvo constancia del accidente (la reclamante no afirmó nunca haberlo comunicado a aquélla, o que empleados de la misma lo presenciaran), resulta ser una irregularidad no invalidante de las actuaciones practicadas.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama. Consideraciones generales.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber

jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado o, al menos, señalado, la banda transversal en deficiente estado de conservación colocada en la carretera a que se refiere la reclamación, pues a aquélla corresponde el deber de su mantenimiento y vigilancia; por ello, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera una deficiencia viaria.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no ha sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

II. Por otra parte, y como expresamos en nuestros Dictámenes 212/02 y 148/04, cuando no se ha levantado atestado por los agentes de la autoridad competentes, que es el medio

natural de acreditación de los accidentes en las vías públicas, el reclamante tiene la carga de probar no sólo su existencia, sino, obviamente, también sus circunstancias, a efectos de que se puedan determinar las posibles causas eficientes y concurrentes del mismo, y debe hacerlo mediante pruebas de “*especial consistencia*” que lleven a la convicción del juzgador la realidad de las circunstancias del caso en las que funda su reclamación indemnizatoria. En este sentido, además, resulta exigible, al menos (aunque en ocasiones pudiera no resultar tampoco suficiente para conseguir tal convicción probatoria) que el reclamante practique todas pruebas que estén en su mano, pues, en casos como el presente (en los que, “*prima facie*”, pudiera considerarse plausible la verosimilitud de los hechos), una excesiva permisividad o relajación en la determinación del alcance del “*onus probandi*” del reclamante puede llevar a convertir estos procedimientos en una vía abusiva de reclamaciones.

En el presente caso, la reclamante no ha desplegado toda la actividad probatoria que estaba a su alcance, lo que impide considerar acreditados los hechos por los que reclama indemnización y, en consecuencia, no se acredita la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños de que se trata

Así, destaca en primer lugar que la única fotografía que obra en autos, relativa a restos de una banda transversal colocada en una carretera, en la que ni siquiera aparecen elementos de referencia del lugar (como las obras que, según se dijo en los Antecedentes, se estaban realizando en la zona), haya sido aportada por el reclamante sin que fedatario público alguno haya dado testimonio de que corresponde al lugar en que acaecieron los hechos, diligencia que estaba fácilmente a su disposición en defecto de atestado y de testigos. No aclara la reclamante si pudo continuar la marcha —difícil, si se produjo un “*reventón*” de la rueda—, o si fue asistida por alguien en el caso de cambio de la misma; tampoco hay fotos de la rueda reventada, ni del vehículo.

Además, la falta de acreditación de los hechos se refuerza con el hecho de que, por acudir una semana después a la Guardia Civil a formular la denuncia, ésta estimara ya impropio personarse en el lugar alegado, para examinar el terreno, por estimar excesivo el tiempo transcurrido desde los hechos e impedir una evaluación fiable al respecto.

Todo lo anterior implica que se susciten dudas razonables sobre el acaecimiento del accidente y, en cualquier caso, y sobre todo, sobre las circunstancias del accidente; dudas que no pueden perjudicar a la Administración, sino al reclamante, por su insuficiente acreditación de los hechos en que funda su reclamación. Ello determina que no pueda imputarse el daño al funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación de carreteras de su competencia y, por tanto, determina 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 desestimatoria de la reclamación de referencia, por no acreditarse la existencia de la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño por el que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 58/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 25/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 59/09.- Resolución de contrato por jubilación formalizado con x, para la ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol en la parcela “D” del monte público nº 58 “Puntales de Sánchez” en Fortuna.

Consultante: Ayuntamiento de Fortuna

Fecha: 30/03/09

Extracto de Doctrina

1. Atendida la legislación forestal aplicable al momento de adjudicarse el contrato y su compatibilidad material con la hoy vigente, aquél tiene por objeto el otorgamiento de una concesión administrativa que permite a un particular la ocupación temporal de un monte catalogado de titularidad municipal para posibilitar una explotación minera en sus terrenos.

El Consejo Jurídico ya tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza de contratos similares al presente en el Dictamen 37/1998, calificándolos como contratos administrativos especiales, naturaleza que expresamente recoge la Cláusula XI PCAP, de conformidad con lo establecido en el artículo 8, en relación con el 5.2, letra b) LCAP.

2. La más reciente doctrina jurisprudencial viene sosteniendo la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008; STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 233/2008, de 11 de marzo), por lo que cabe concluir la procedencia de declarar caducado el procedimiento de resolución contractual sometido a consulta, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento al que podrán incorporarse las actuaciones seguidas en el caducado, conforme a un elemental principio de economía procesal.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 15 de marzo de 2000 se suscribe contrato entre el Ayuntamiento de Fortuna y la empresaria individual, x., cuyo objeto es, según el Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares (PCAP) aprobado por Acuerdo del Pleno de 10 de diciembre de 1999, “*la concesión para ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol en el Monte de Utilidad Pública indicado*” (se refiere al denominado “Puntales de Sánchez”, número 58 del Catálogo, ubicado en el término municipal de Fortuna). En esa misma fecha se adjudica el contrato.

El PCAP hace constar expresamente el carácter administrativo especial del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 8, en relación con el 5.2, letra b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

Según consta en el referido Pliego, la contratación se lleva a efecto por el “*procedimiento negociado sin publicidad por aplicación analógica de la causa prevista en el artículo 141.b) LCAP, habida cuenta que la parcela de terreno objeto de concesión procede de una reagrupación en la que el adjudicatario tiene otorgadas concesiones de varias subparcelas con contrato en vigor, por lo que la presente concesión supone la renuncia a tales contratos y la suscripción de uno nuevo que incluye las indicadas subparcelas y, en consecuencia, no resulta posible promover licitación para su adjudicación*”.

El plazo de la concesión se fija en 15 años y se establece un canon concesional (“*precio de la indemnización a abonar por el concesionario*”) de 2.400 pesetas por metro cúbico de mármol extraído. Además, “*con el fin de asegurar unos determinados ingresos al Ayuntamiento, se establece un volumen mínimo anual de extracción de mármol de 1.000 metros cúbicos, abonable por el concesionario al precio indicado, independientemente de que resulten efectivamente extraídos o no*”. El importe correspondiente al nivel mínimo de extracción anual debe ingresarse por el concesionario antes del 31 de enero del año correspondiente.

El contrato queda sometido al Pliego de Condiciones Técnico-Facultativas redactado por la entonces Dirección General de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma, de 1 de junio de 1999, modificado el 16 de noviembre del mismo año.

De conformidad con la Cláusula X PCAP, el contrato podrá extinguirse por alguna de las causas anunciadas en la Cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Técnicas y, además, por las siguientes: a) falta de pago del precio de la concesión en los plazos establecidos; b) oposición o desobediencia a los sistemas de control de extracciones fijados por el Ayuntamiento o las instrucciones municipales relacionadas con la explotación de la cantera; c) incumplimiento de cualquiera de las obligaciones indicadas en el presente Pliego o en el de Condiciones Técnico-Facultativas.

Del Pliego de Condiciones Técnicas destacan las siguientes cláusulas:

15ª.- La autorización no podrá ser traspasada a tercera persona sin que el concesionario (sic, quizás debería decir “cesionario”) manifieste expresamente su conocimiento y aceptación del presente condicionado para quedar subrogado en los derechos y obligaciones que le sean propios y sin el previo consentimiento de la Entidad propietaria del monte, en su caso, y la subsiguiente autorización de la Administración.

26ª.- La autorización caducará por las siguiente causas: a) renuncia voluntaria del beneficiario; b) no hacer uso de la concesión por un período de 6 meses consecutivos o 9 alternos; c) utilización para destino distinto del que fundamentó su otorgamiento; d) vencimiento del plazo fijado; e) incumplimiento de cualquiera de las condiciones estipuladas en la autorización.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de mayo de 2008, tres trabajadores de la cantera ponen de manifiesto al Ayuntamiento que la empresaria individual concesionaria les ha comunicado que el 28 de mayo de 2008, fecha de su 65 cumpleaños, va a jubilarse, cesando su actividad laboral y extinguiendo en consecuencia los contratos laborales de los citados trabajadores. Solicitan al Ayuntamiento que por éste se proceda a realizar una nueva adjudicación de la cantera a otra mercantil para así asegurar la continuidad de sus puestos de trabajo.

Los interesados aportan, junto al escrito, copia de las cartas dirigidas por la empresa a los trabajadores con el aviso de extinción de su relación laboral.

TERCERO.- Con fecha 27 de mayo, el Alcalde dicta una providencia por la que confiere trámite de audiencia a la concesionaria de la cantera, al estimar que el cese en la actividad empresarial conllevaría también la finalización del contrato de concesión, por lo que se le da audiencia como trámite previo a la propuesta de resolución del contrato.

El 29 de mayo, la Policía Local se persona en la explotación minera y elabora un informe en el que indica que *“ha cesado la actividad de la cantera, no habiendo ninguna persona trabajando en el interior ni tampoco ninguna maquinaria, ya que como ha podido observar el vigilante municipal, ésta ha sido retirada en la mañana del día de hoy (...) la última extracción en la cantera corresponde al día 27 de mayo del presente, tal y como se puede observar por los vales de extracción de la citada actividad”*. Se acompaña reportaje fotográfico que muestra las instalaciones desiertas y los vales o partes de extracción con fecha 27 de mayo de 2008.

CUARTO.- Notificada la providencia el 2 de junio, la interesada presenta, el día 11 del mismo mes, escrito por el que, al amparo del artículo 114 LCAP, solicita del Ayuntamiento autorización para ceder el contrato a la mercantil “--, S.L.”.

En esa misma fecha, presenta escrito de alegaciones frente a la providencia notificada, manifestando que no sería conforme a derecho la finalización del contrato, toda vez que la jubilación del concesionario no está prevista como causa de extinción en el Pliego de Condiciones Técnicas ni en el artículo 111 LCAP como causa de resolución de los contratos administrativos. Insiste, además, en la conveniencia de la cesión del contrato a otra empresa, pues se cumplen los requisitos exigidos para ello por el artículo 114 LCAP.

QUINTO.- El 10 de octubre la Alcaldía formula propuesta de resolución del contrato, al entender que la jubilación de la empresaria individual es incardinable en la causa de resolución establecida en el artículo 111, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), consistente en la “incapacidad sobrevenida del contratista individual”, remitiéndose a los artículos 15 y 20 del indicado texto legal, para concluir que es causa de prohibición para contratar la de no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social, en los términos que reglamentariamente se determine.

Alude, asimismo, al Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP, según el cual son requisitos de capacidad de las empresas, entre otros, los de estar dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) y estar el empresario individual afiliado y en alta en el régimen de Seguridad Social que corresponda. De modo que, al implicar la jubilación la baja en el indicado Impuesto y en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, se habría producido una incapacidad sobrevenida para ser contratista de la Administración, concurriendo la indicada causa de resolución contractual.

En relación a la solicitud de autorización para ceder el contrato, se propone su desestimación, al considerar que el contrato ha de entenderse resuelto en la fecha de la efectiva jubilación de la contratista, el 28 de mayo de 2008, por lo que la solicitud de cesión, el 11 de junio, sería extemporánea al versar sobre un contrato ya resuelto.

SSEXTO.- La indicada propuesta de resolución es notificada a la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad de la Comunidad Autónoma, a la concesionaria, a la mercantil a la que aquélla solicita que sea cedida la concesión, y a los tres trabajadores de la cantera, confiriéndoles el oportuno trámite de audiencia.

Únicamente hacen uso del mismo la concesionaria y el centro directivo autonómico; este último para indicar al Ayuntamiento que, de elevarse a definitiva la propuesta de resolución, le sea comunicada al efecto de establecer las condiciones técnico-facultativas de la misma.

La empresaria jubilada, por su parte, presenta escrito de alegaciones para ratificar su inicial oposición a la resolución del contrato, incidiendo ahora en la improcedencia de aplicar como causa de resolución un supuesto de prohibición de contratar con la Administración, que sólo opera en el preciso momento de contratar.

SÉPTIMO.- Consta en el expediente que los tres trabajadores de la cantera que comunicaron al Ayuntamiento la jubilación de la concesionaria, demandaron a la Corporación Local por despido, recayendo sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia, de 22 de septiembre de 2008, que desestima la demanda, al considerar que la jubilación de la empresaria constituye una causa de extinción de la relación laboral contemplada en el artículo 49.1, letra g) del Estatuto de los Trabajadores, no procediendo declarar la subrogación del Ayuntamiento de Fortuna en la posición de empleador.

Entre los hechos probados de dicha resolución y en la medida en que ofrecen información adicional a la obrante en el expediente administrativo de resolución contractual, destacan los siguientes:

— No consta parte alguno de salida de material de la cantera entre el 27 de mayo y el 12 de septiembre de 2008.

— La empresaria no ha procedido aún a restaurar el terreno conforme a lo exigido en el contrato de concesión suscrito con el Ayuntamiento.

— A la empresaria se le reconoció derecho a pensión por jubilación, por resolución del INSS de 29 de mayo de 2008, con fecha de efectos de 1 de junio, cesando en su actividad y dándose de baja en el Régimen Especial de Trabadores Autónomos (RETA) con fecha de efectos de 31 de mayo de 2008. También ha solicitado su cese en actividades empresariales y profesionales en el Censo de Empresarios de la Agencia Tributaria con fecha 28 de mayo de 2008.

OCTAVO.- Recabado, mediante escrito recibido el 30 de diciembre de 2008, el Dictamen de este Consejo Jurídico por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Fortuna, se acordó solicitar de la Corporación consultante que se completara el expediente con la incorporación de un extracto de secretaría y un índice de documentos, advirtiendo, además, de la necesidad de que las copias de los documentos que componen el expediente sean compulsadas (Acuerdo 1/2009, de 19 de enero).

Las deficiencias advertidas son subsanadas, remitiendo la nueva documentación mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de febrero. En él se advierte que la propuesta de resolución que constituye el objeto de este Dictamen se basa, por error, en el TRLCAP, cuando la norma que le resulta aplicable es la LCAP.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento por el que se pretende resolver una concesión administrativa otorgada mediante contrato, 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 60.3, letra a) LCAP, aplicable al contrato cuya resolución se pretende en atención al momento de adjudicación de aquél; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Naturaleza y objeto del contrato.

Las peculiaridades que reviste el contrato de concesión cuya resolución se pretende aconsejan una reflexión previa acerca de los extremos indicados en el epígrafe de esta Consideración.

Y es que existe una aparente contradicción entre la denominación asignada al contrato “contrato administrativo de concesión para explotación de cantera de mármol” -que parece situar el contrato en la esfera del aprovechamiento de los recursos geológicos y mineros- y la descripción que de su objeto realiza el PCAP, cuya cláusula primera afirma que es objeto del contrato la “concesión para ocupación de terrenos con destino a cantera de mármol en el monte de utilidad pública indicado”.

Si se analizan los términos de los pliegos contractuales, singularmente el de condiciones técnicas elaborado por la Dirección General de Medio Ambiente, se advierte que su verdadero objeto es la ocupación de los terrenos, toda vez que la explotación minera (sometida al oportuno régimen de autorización o concesión administrativa, según la clasificación que merezca el material a extraer, exigido por la legislación de minas) se ubica en unos terrenos que merecen la calificación legal de monte catalogado de utilidad pública, que es propiedad del Ayuntamiento de Fortuna, y que, a la fecha del contrato, tienen la condición de bien patrimonial de aquél.

En efecto, la condición patrimonial o demanial de los montes de utilidad pública de titularidad municipal incluidos en el Catálogo no era establecida de manera expresa por la Ley de Montes de 1957 (LM/57) -vigente al momento de adjudicarse el contrato-, que, no obstante, sometía a una intensa intervención administrativa el uso y aprovechamiento que pudiera hacerse de ellos (artículos 21 y 22 que exigen previa concesión administrativa para la ocupación de los montes del Catálogo, sometida a plazo y al pago de un canon), con plena subordinación en su aprovechamiento a las indicaciones e instrucciones de la Administración forestal (art. 38).

Fue el Reglamento de Montes, aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero, la norma que calificó a los montes públicos (los pertenecientes al Estado, a las Entidades locales y al resto de Entidades de Derecho Público) como bienes patrimoniales (art 11.1),

si bien los montes de las Entidades públicas que estuvieran adscritos a algún uso o servicio público, tendrían la consideración de demaniales. Si se advierte que el artículo 74 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) únicamente califica como bienes de servicio público a los montes catalogados de propiedad provincial, *a sensu contrario*, debe entenderse que los montes catalogados de propiedad municipal no estarían incluidos en la excepción y, en consecuencia, serían bienes patrimoniales.

No obstante, la utilidad pública que determina su catalogación les confiere un muy peculiar régimen jurídico: enajenabilidad restringida a los supuestos en que lo autorice una ley (art. 2.1 LM/57); régimen atenuado de inembargabilidad (art. 2.2 LM/57); régimen fuertemente protector de la posesión, al constituir el Catálogo título probatorio de aquélla, sin posibilidad de combatir la posesión por medio de interdictos o procedimientos especiales (art. 10 LM/57); exigencia de concesión administrativa para otorgar ocupaciones temporales en montes del Catálogo (art. 21 LM/57). Las evidentes diferencias de régimen de los montes municipales catalogados con el ordinario de los bienes patrimoniales —cuya utilización por los particulares se instrumenta a través de contratos de arrendamiento o cesión de uso de carácter civil—, llevaron a la doctrina a afirmar su carácter específico, como *tertius genus*, en la medida en que no serían incardinables en ninguna de las dos categorías clásicas de los bienes de titularidad pública.

La actual Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (LM/03), a diferencia del régimen anterior, califica expresamente como bienes de dominio público a todos los montes incluidos en el Catálogo de los de Utilidad Pública, sin distinción en cuanto a su titularidad, (art. 12.1, letra a), sometiendo su uso privativo a concesión administrativa (art. 15.4).

¿Afecta a la concesión otorgada bajo el régimen de la Ley del 57 el cambio de calificación del bien, antes patrimonial aunque peculiar, hoy demanial? Entendemos que no, por las siguientes razones:

— Bajo la vigencia de ambos regímenes jurídicos, la ocupación de terrenos en monte catalogado de titularidad municipal exige la oportuna concesión administrativa.

— El régimen de servidumbres y ocupaciones que establecía la Ley del 57 se sustituye en la nueva Ley por el régimen de usos del dominio público y, para dirigir dicho cambio, la Disposición transitoria primera de la LM/03 establece que las Administraciones gestoras de los montes que pasen a integrar el dominio público forestal revisarán, en el plazo de diez años desde la entrada en vigor de la Ley, las servidumbres y otros gravámenes que afecten a estos montes, para garantizar su compatibilidad con su carácter demanial y con los principios que inspiran la referida Ley.

Al margen de que todavía no se ha cumplido el plazo decenal otorgado para la revisión indicada, lo cierto es que la ocupación otorgada mediante el contrato de concesión a que se refiere el presente Dictamen no parece que sea incompatible con la nueva calificación demanial del bien sobre el que opera. Y ello porque la consideración de bien de dominio público incide, fundamentalmente, en el ahora más extenso y garantista régimen de protección del bien, pero en nada afecta a la función social del monte, a su utilidad, cuya consideración había ya determinado su previa catalogación. En este sentido, la STS, Sala 3ª, de 2 de enero de 2003, apunta que “la viabilidad de las ocupaciones temporales se sujeta a que sean compatibles con la utilidad pública, lo que es tanto como decir con las condiciones que fueron determinantes de la inclusión del monte en el Catálogo”.

Por otra parte, la concesión de ocupación temporal del monte, originariamente amparada en el artículo 21 y concordantes de la LM/57, guarda múltiples similitudes con las concesiones demaniales contempladas por el artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL), con carácter general, y por el artículo 15.4 LM/03, de forma específica para el uso privativo de los montes catalogados, en la medida en que a través de ellas se traslada a un particular el aprovechamiento de una porción de dominio público, cuya titularidad retiene la Administración. Como ha tenido ocasión de señalar el Consejo de Estado, en relación a las concesiones demaniales, esta transferencia opera en el marco de los negocios jurídicos de naturaleza bilateral, de tal suerte que requiere una formal concurrencia de ambas voluntades, la de la Administración concedente y la del presupuesto concesionario (Dictamen 1507/1993), constituyendo una “relación inequívocamente contractual, onerosa y recíproca” (STS, de 29 de septiembre de 1980).

Así pues, atendida la legislación forestal aplicable al momento de adjudicarse el contrato y su compatibilidad material con la hoy vigente, aquél tiene por objeto el otorgamiento de una concesión administrativa que permite a un particular la ocupación temporal de un monte catalogado de titularidad municipal para posibilitar una explotación minera en sus terrenos.

El Consejo Jurídico ya tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza de contratos similares al presente en el Dictamen 37/1998, calificándolos como contratos administrativos especiales, naturaleza que expresamente recoge la Cláusula XI PCAP, de conformidad con lo establecido en el artículo 8, en relación con el 5.2, letra b) LCAP.

TERCERA.- Tramitación.

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 -que sigue fielmente en este extremo a su antecedente inmediato, el artículo 26 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP, aplicable al momento de adjudicar la concesión objeto del presente Dictamen-, 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 únicamente acredita el cumplimiento del trámite señalado con la letra a), 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.

Carece, sin embargo, el expediente del obligado informe del “Servicio Jurídico” del Ayuntamiento, trámite del que únicamente cabe prescindir en los supuestos de resolución contemplados en los artículos 41 (falta de acreditación de haber constituido el adjudicatario la garantía definitiva en plazo) y 96 (resolución por demora del contratista) de la LCAP. Su omisión en el procedimiento de resolución contractual puede determinar la invalidez del acto administrativo que le pone fin, como ilustra la STS, Sala 3ª, de 14 de julio de 2003.

B) De conformidad con el artículo 114.5 LCAP, 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) El procedimiento de resolución contractual sometido a consulta carece de acto o acuerdo iniciador del mismo, contraviniendo 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 (LPAC), en cuya virtud, los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, sin que pueda otorgarse dicho carácter a la Providencia de la Alcaldía por la que da un plazo de 10 días a la contratista para que formule alegaciones, *“antes de dictar este Ayuntamiento la propuesta de resolución que proceda”*.

Adviértase que, con tal proceder, se convierte en primer trámite del procedimiento el que debería ser el último de la fase instructora, pues de conformidad con el artículo 84.1 LPAC, el trámite de audiencia tendrá lugar *“una vez instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”*.

D) Si admitimos que la Providencia de la Alcaldía de 27 de mayo de 2008, en tanto que primer trámite del procedimiento administrativo de resolución contractual, es un acto iniciador del mismo, estaríamos en presencia de un procedimiento iniciado de oficio para cuya resolución la LCAP no fija plazo. Sería de aplicación supletoria, pues, lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 42 LPAC, debiendo haberse resuelto el procedimiento en un plazo máximo de tres meses contados a partir del indicado día 27 de mayo.

El transcurso del plazo máximo de tramitación sin que haya recaído resolución expresa y se haya notificado, obliga a considerar los efectos que ello conlleva sobre el presente procedimiento.

El Consejo de Estado, seguido por otros Consejos Consultivos, aboga por la inaplicación, con carácter general, del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC a los procedimientos de resolución contractual. En primer lugar, dice el Consejo de Estado que resulta difícil la incardinación de las potestades resolutorias ejercitadas por la Administración en las sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, pues *“la materia contractual presupone necesariamente un vínculo de esa naturaleza entre las partes (la Administración y la contrata) que excluye la relación general de sujeción en que pueden ejercerse potestades de intervención o de sanción, a la que viene referido expresamente el artículo 44.2 de la Ley 30/1992”* (Dictámenes del Consejo de Estado 277/2002 y 1382/2008, entre otros, y del Consejo Consultivo de Canarias 159/2008). Pero, además, siendo la LPAC de aplicación meramente supletoria en relación con los procedimientos regulados en la LCAP (Disposición Adicional Séptima), el hecho de que los indicados procedimientos de resolución contractual tengan genéricamente atribuido el carácter de urgentes (artículo 157 Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre y, luego, artículo 109.2 RCAP), impone el deber legal de resolverlos en el menor tiempo posible, lo que es difícilmente compatible con una eventual declaración de caducidad y posterior nueva incoación del procedimiento.

En segundo lugar, y en todo caso, no puede olvidarse que el citado artículo 44.2 LPAC tiene una excepción en el 92.4 de la misma Ley, que impide la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general (la invocación del interés público, combinada con razones de economía procesal, como obstáculos a la declaración de caducidad de los procedimientos de resolución contractual también se encuentra presente en la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 342/2008, entre otros). Ahora bien, la utili-

zación de este criterio demanda prudencia, en la medida en que no puede realizarse aquí una interpretación del concepto de “interés general” tan amplia que prive de virtualidad al artículo 44.2 citado, y que el 92.4 debe limitarse a supuestos en los que el interés general sea especialmente relevante.

Precisamente, este criterio del interés general como prisma a través del cual ha de contemplarse el ejercicio de las facultades resolutorias, en el presente supuesto opera con una menor intensidad que en los contratos administrativos típicos que tienen por objeto una determinada actividad prestacional para la Administración. Pues si en ellos la no ejecución del contrato puede incidir de forma decisiva y muy negativa en el servicio público o en el interés cuya satisfacción pretende la Administración contratante, en la concesión estudiada la presencia del interés público ha de buscarse en la función social del dominio público, cuyo aprovechamiento privativo por un particular se posibilita, y en el ingreso económico que para la Administración supone el canon concesional.

Como por otro lado la más reciente doctrina jurisprudencial viene sosteniendo la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008; STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 233/2008, de 11 de marzo), cabe concluir la procedencia de declarar caducado el procedimiento de resolución contractual sometido a consulta, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento al que podrán incorporarse las actuaciones seguidas en el caducado, conforme a un elemental principio de economía procesal. Ello permitirá, a su vez, cumplimentar aquellos trámites cuya ausencia u omisión se ha advertido en el procedimiento sometido a consulta.

CUARTA.- Dos consideraciones adicionales.

Si bien la conclusión alcanzada en la Consideración precedente haría innecesarias más reflexiones acerca del procedimiento sometido a consulta, estima el Consejo Jurídico que, sin entrar en el análisis detallado de la causa de resolución invocada, lo que será objeto de Dictamen cuando el nuevo procedimiento de resolución sea elevado a consulta de este Órgano Consultivo, puede ser útil efectuar las siguientes consideraciones:

1. La extinción del contrato.

La propuesta de resolución considera que el contrato estaría ya resuelto con fecha 28 de mayo de 2008, día de jubilación de la empresaria adjudicataria, argumento que utiliza para desestimar por extemporánea la solicitud de autorización para ceder el contrato a otra empresa.

Debe recordarse que los contratos administrativos únicamente se extinguen por su cumplimiento o por resolución (art. 110 LCAP), y que “*los efectos resolutorios no deben operar «ex tunc», sino «ex nunc», esto es, desde la fecha en que se decreta la resolución administrativa (...) operando, mientras tanto, el sinalagma del contrato, y, por lo tanto, el juego normal de contraprestaciones*” (STS, Sala de lo contencioso-Administrativo, de 11 de noviembre de 1987).

En consecuencia, no basta para entender resuelto el contrato que concurra la causa objetiva de resolución, sino que es precisa una expresa declaración administrativa en tal sentido. Así pues, el contrato, a día de hoy sigue vigente y continúan siendo exigibles los derechos y obligaciones que, como mutuas contraprestaciones, de él derivan.

Así pues, la solicitud de autorización para ceder la concesión no resultó extemporánea, por lo que si la Corporación municipal no estima procedente otorgar dicha autorización, debería fundamentar su decisión con una argumentación diferente.

2. La utilización de supuestos de prohibición para contratar como causas de resolución sobrevenidas.

Yerra también la propuesta de resolución al pretender ampararse en la supuesta concurrencia sobrevenida de una prohibición para contratar: no hallarse la adjudicataria al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad social. Y ello, porque sin entrar en detalle en el desarrollo que de este motivo efectúa la propia propuesta de resolución, debe recordarse que la jurisprudencia tiene establecido que *“No es aceptable tampoco la alegación que la Administración demandada hace respecto a la causa determinante de la resolución del contrato por ella adoptado y aquí impugnado, esto es no haber acreditado hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social; y no es aceptable esta circunstancia que toma como base el acto administrativo impugnado, porque, aun cuando se hubiere acreditado esta circunstancia antes de adoptar la resolución, una cosa es la “incapacidad” sobrevenida del contratista (individual, a que se refiere el artículo 112, a, de la Ley 13/1995) y otra cosa distinta es que, con posterioridad a la celebración del contrato administrativo, sobrevenga alguno de los supuestos de “prohibiciones para contratar” contemplados en el artículo 20 de la misma Ley y, entre ellos, el de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social (apartado f), porque, como ya ha tenido ocasión de dictaminar el Consejo de Estado (en su dictamen número 1084/95), en un caso como el de autos, “dicha circunstancia de impago es una prohibición de contratar, esto es, una limitación de la legitimación del interesado para celebrar un negocio jurídico, pero —añade— que “las prohibiciones, al igual que las incapacidades, impiden contratar a quienes están incursas en ellas, pero, frente a las incapacidades y caso de sobrevenir después de celebrado el negocio jurídico, las prohibiciones no determinan su extinción, salvo que expresamente se haya convenido así”; salvedad que en el presente caso no se da”* (STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 273/2001 de 30 abril).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede declarar caducado el procedimiento de resolución contractual sometido a consulta, sin perjuicio de la posibilidad del Ayuntamiento de incoar uno nuevo, en el que, además de incorporar aquellas actuaciones y trámites ya realizados, habrán de llevarse a efecto los indicados en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 60/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 30/03/09

Extracto de Doctrina

1. *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.*

2. *Ante la ausencia actual de secuelas o lesiones permanentes, lo más adecuado es reconocer el derecho a la reparación sólo de aquellos daños que quepa considerar acreditados y definitivos, dejando la eventual reparación de los causados por y con ocasión del tratamiento reparador para cuando de manera efectiva se hayan producido. Para ello será necesaria una nueva reclamación, extremo éste que habría de indicarse de forma expresa en la resolución que ponga fin al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, como manifestación del derecho de los ciudadanos a que las autoridades y funcionarios les faciliten el ejercicio de sus derechos (art. 35, letra i, LPAC).*

Del mismo modo, en el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, utilizado como referencia orientativa para la cuantificación de las lesiones sufridas por la niña, la evaluación del perjuicio estético ha de realizarse en el momento de la sanidad del lesionado, es decir, en el de estabilización o consolidación de las lesiones, instante que en el supuesto sometido a consulta, como ya se ha dicho, todavía no se ha producido. Debe indicarse, además, que el objetivo de corrección estética se admite por los reclamantes que está presente en todos los tratamientos recomendados, por lo que habrá que esperar a su finalización para determinar si han quedado secuelas estéticas o no.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 9 de febrero de 2005, x, y., en representación de su hija, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS), en solicitud de una indemnización de 90.000 euros, por los daños sufridos por la pequeña como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida de facultativos pertenecientes al indicado servicio público sanitario.

Según el relato fáctico realizado por los reclamantes, la niña, nacida el 19 de julio de 1994, sufrió una caída fortuita el día 18 de marzo de 2001, siendo trasladada al Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez, de Lorca, donde se le diagnosticó:

“Dolor en codo y muñeca derecha. Impotencia funcional. Dolor a la extensión codo en flexión y 1/3 fractura antebrazo. También en muñeca derecha, con deformidad aparente.

RX: Fx en tallo verde de 1/3 medio de cúbito derecho ligeramente angulado.

Se da por válida la angulación dada la edad de la paciente.

- *Inmovilización con yeso braquiopalmar*
- *Mano elevada.*
- *Seguir consejos de hoja adjunta.*
- *Aspirina infantil si dolor cada 6 horas.*
- *Control por traumatólogo de zona en 7 días”.*

Con posterioridad fue revisada periódicamente con el diagnóstico de “Fractura del tercio medio de cúbito derecho”.

En febrero de 2004, la paciente tuvo que acudir a su médico de cabecera al notar una tumoración dolorosa ventral en el antebrazo derecho, cuando efectuaba movimientos, y presión a nivel de la flexura del codo. Tras realizar una radiografía, la doctora apreció una luxación anterior de cabeza de radio, motivo por el que remitió a la niña al traumatólogo de zona. Dicho facultativo emite informe en el que indica que la niña presentaba “*secuela de fractura de cóndilo humeral antigua, codo valgo, subluxación radial*”, aconsejándose “*esperar a fin de crecimiento óseo para intervenir*” así como “*no hacer ejercicios de apoyo/ flexión con brazos*”.

La médica de familia de la paciente consideró conveniente que ésta fuera revisada por un traumatólogo infantil, por lo que la remitió al Hospital “Virgen de la Arrixaca” de Murcia (HUVA), donde fue reconocida el 30 de abril de 2004 por el correspondiente especialista, que informa:

“Paciente de 9 años, que sufrió fractura luxación Monteggia el 18/03/01. Tras la consolidación de la fractura persiste una luxación anterior de la cabeza radial. Se programa en Septiembre para realizar elongación de cúbito y reducción de cabeza radial”.

Posteriormente, la paciente es vista por un especialista en Medicina de la Educación Física y el Deporte, quien afirma que la luxación radial pasó desapercibida en la asistencia inicial en urgencias y en los controles posteriores. Asimismo confirma que el tratamiento indicado por el Servicio de Traumatología Infantil del HUVA (reconstrucción del ligamento anular y osteotomía cubital) es el habitual en este tipo de secuelas. También recomienda “*la espera bajo control de las posibles complicaciones nerviosas hasta el final del crecimiento, para realizar una exéresis de la cabeza radial y una osteotomía varizante a nivel de húmero distal para corrección estética, que presentaría buena funcionalidad, aunque no exenta de posibles complicaciones en dicho tratamiento, como problemas de consolidación o limitación de movilidad por adherencias*”.

Consideran los reclamantes, en definitiva, que esa luxación radial que pasó desapercibida para los facultativos del SMS es la causa de la actual secuela y deformación que sufre la niña en su brazo derecho, que consideran irreversibles, pues el tratamiento quirúrgico propuesto, lo es sólo a efectos de corrección estética, sin que pueda alcanzarse la curación de aquéllas.

La reclamación se acompaña de la siguiente documentación: a) fotocopia del DNI de una persona cuya relación con el supuesto sometido a consulta no se alcanza a comprender, pues no corresponde a ninguno de los reclamantes, ni al Letrado que los representa, ni a nadie que sea citado en la reclamación; b) documentación acreditativa del parentesco entre los reclamantes y la menor; c) documentación clínica acreditativa del proceso asistencial; d) copia del informe del especialista en Medicina de la Educación Física y el Deporte; y

e) fotocopia de escritura pública de poder para pleitos otorgada por los reclamantes a favor del Letrado que interpone la reclamación en su nombre.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del SMS, que procede a comunicar su existencia a la compañía aseguradora del SMS, a través de la correduría de seguros, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, al Director Gerente de la Gerencia de Atención Primaria de Lorca, y a los Directores de los Hospitales “Rafael Méndez” y HUVA, solicitando a estos últimos la remisión de la historia clínica y el informe de los facultativos que atendieron a la menor.

Asimismo, se requiere a los reclamantes para que propongan la prueba de que intenten valerse, a lo que contestan mediante escrito de 14 de marzo de 2005, en el que se solicitan los siguientes medios:

a) Documental, consistente en la aportada junto a la reclamación, la historia clínica de la niña obrante en los diferentes centros en los que fue asistida e informes de los médicos que la atendieron, a los que se pide que se pronuncien acerca de la relación causal existente entre la luxación radial no advertida en su momento y las secuelas que presenta hoy la niña.

b) Testifical, del facultativo privado, especialista en Medicina de la Educación Física y el Deporte, que examinó a la niña y cuyo informe se acompañaba a la reclamación. Por los reclamantes se aporta el interrogatorio de preguntas.

TERCERO.- Por la Gerencia de Atención Primaria de Lorca se remite copia de historia clínica e informe de la Dra. x. y el Dr. y, que son, respectivamente, la actual y el anterior pediatra de la paciente.

El Dr. x. informa que el 20 de marzo de 2001 la niña acudió a su consulta por catarro de vías altas y por una fractura de antebrazo derecho producida dos días antes:

“La niña traía un yeso y no consta que aportara el estudio radiológico de Urgencias. No existía compromiso vasculonervioso por lo que prescribí tratamiento para el dolor y al tratarse de una fractura derivé al especialista de Traumatología”.

Por su parte, la Dra. x. informa:

“Paciente de 10 años que, tras pasar a formar parte de mi cupo, fue vista en consulta el 10-2-2004 por presentar dolor y deformidad tipo tumoración en antebrazo derecho, a nivel de flexura del codo. Interrogada la madre sobre los antecedentes personales de la niña, informa de una fractura “de muñeca” a los 6 años.

Tras estudio radiológico, se apreció una luxación ventral de la cabeza radial derecha, por lo que fue remitida para valoración y tratamiento pertinentes a traumatología de zona, donde fue diagnosticada de “lesión residual de antigua fractura de cóndilo humeral” y, apreciándose buena funcionalidad, se aconseja esperar al final del crecimiento y no hacer ejercicios de apoyo-flexión con los brazos.

Dada la edad de la paciente, y ante la consecuyente y lógica preocupación de la madre, se decidió solicitar a la dirección médica del Hospital Rafael Méndez la remisión para valoración por el Servicio de Traumatología Infantil de la Arrixaca.

El diagnóstico final fue una antigua fractura-luxación de Monteggia con persistencia de luxación anterior de la cabeza radial, programándose para realizar elongación cubital y reducción de cabeza radial.

Tras solicitar otras opiniones médicas se observa cierre prematuro de la metáfisis de la cabeza radial y se aconseja la espera, bajo control de las posibles complicaciones neurológicas, hasta el final del crecimiento para intervención y corrección estética, esperándose resultados parciales”.

CUARTO.- El HUVA remite la historia clínica de la niña, así como informe del Dr. x., del Servicio de Traumatología Infantil:

“Fue vista en esta consulta por secuelas de luxación fractura de Monteggia antebrazo derecho, proponiéndosele intervención quirúrgica mediante osteotomía de cúbito y reducción cabeza radial.

La familia no aceptó esta intervención y prefieren seguir el criterio de los profesionales del Hospital S. Juan de Dios de Barcelona”.

QUINTO.- Por el Hospital de Lorca, inicialmente se envía la historia clínica, siendo necesarios varios requerimientos del órgano instructor para que facilite el informe del traumatólogo que atendió a la niña. Finalmente, informa el Servicio de Traumatología que, tras revisar el historial, *“únicamente aprecio un informe redactado por traumatólogo de guardia con fecha 18-03-01, que coincide con el documento nº 13 que se me adjunta en la petición de informe. En dicho parte de urgencias la paciente, que contaba seis años de edad, fue atendida tras presentar caída casual fortuita con traumatismos en el codo y en la muñeca derecha. Tras estudiarse radiológicamente, se diagnosticó de fractura en tallo verde de tercio medio de cúbito derecho.*

Fue tratada con inmovilización con yeso braquiopalmar.

En el mismo parte de urgencias se indicó que la paciente debía ser controlada por el Traumatólogo de Zona en siete días.

En la historia clínica no aparece ninguna otra información de seguimiento de la paciente”.

SEXTO.- Con fecha 16 de marzo de 2006, el órgano instructor acuerda abrir el período de prueba, estimando pertinentes las propuestas por los reclamantes, excepto la testifical del facultativo privado que reconoció a la niña a instancias de los padres, *“que se reconducirá”* a prueba pericial, que podrán aportar los reclamantes a su costa. Así se notifica tanto a los reclamantes como a la compañía aseguradora.

Por los reclamantes se solicita de la instrucción que se señale día y hora para la práctica de prueba pericial por parte del indicado facultativo, para que emita dictamen pericial y pueda ser interrogado acerca de los extremos que se consideren pertinentes. Contesta el órgano instructor que no se considera necesario que la indicada prueba sea presencial, pudiendo aportar por escrito las respuestas del facultativo a las preguntas que constituían el interrogatorio aportado junto a la proposición de prueba.

SÉPTIMO.- Solicitados los respectivos informes propuestos como prueba documental por los reclamantes, en orden a determinar la causalidad de las secuelas de la niña, se remiten los siguientes informes:

— El del traumatólogo que trató a la niña en el HUVA, para quien *“la fractura luxación de Monteggia puede inicialmente no estar luxada la cabeza radial y después producirse la luxación. Yo no he visto las radiografías iniciales de Urgencias”.*

— El de la doctora de Atención Primaria, que se limita a relatar la evolución clínica de la niña, sin entrar a valorar la posible relación causal entre la no advertencia inicial de la luxación de la cabeza radial y las secuelas padecidas por la paciente.

OCTAVO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, propone estimar en parte la reclamación, alcanzando las siguientes conclusiones:

1. *“No es posible determinar una relación directa entre la luxación de la cabeza radial y su ausencia diagnóstica en la asistencia de urgencias y posteriores controles traumatológicos.*
2. *Parece más probable admitir que se produjo una subluxación que pasó desapercibida, y ha permanecido asintomática hasta su luxación.*
3. *En ambos casos, luxación de cabeza radial postraumática inmediata o luxación diferida, es precisa una intervención quirúrgica, con el control y seguimiento apropiado.*
4. *La demora diagnóstica sí conlleva mayores dificultades en la reducción y un segundo periodo de inmovilización.*
5. *No se ha producido cierre prematuro en la metafisis radial ni detención en el crecimiento a ese nivel, ni ninguna complicación nerviosa.*
6. *La intervención propuesta en el Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” pretende la recuperación anatómica y funcional del codo y no sólo la “corrección estética”.*

NOVENO.- Iniciadas negociaciones entre la compañía de seguros del SMS y los reclamantes, con fecha 5 de febrero de 2008 se comunica a la Administración el fracaso de las mismas.

DÉCIMO.- Solicitada valoración de secuelas a la correduría de seguros, ésta remite informe según el cual la cuantificación económica de las secuelas de la niña, más los días de incapacidad, asciende a 12.369,34 euros.

UNDÉCIMO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, los reclamantes presentan alegaciones en las que, además de ratificarse en su argumentación inicial, en síntesis, muestran su disconformidad con las conclusiones del informe de la Inspección Médica, el cual, al negar la inicial existencia de luxación, contradiría el informe del Servicio de Traumatología-Ortopedia Infantil del HUVA, que expresamente afirma que existió tal luxación en el año 2001. Asimismo, considera que todos los informes obrantes en el expediente evidencian la existencia de la luxación, que *“no era, por tanto, una lesión que no pudiese ser diagnosticada en su inicio, ni tampoco era asintomática”*. Tampoco aceptan la cuantía propuesta como indemnización en la valoración realizada por la correduría de seguros.

DUODÉCIMO.- Consta en el expediente que los reclamantes interpusieron recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de su reclamación. Las actuaciones se siguen ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con el número de Procedimiento Ordinario 451/2005. Según consta en nota interior dirigida por Letrado de la Dirección de los Servicios Jurídicos a la instrucción, de fecha 8 de septiembre de 2008, el proceso estaría en trámite de contestación a la demanda por la compañía aseguradora del SMS.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 15 de octubre de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, al considerar que existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños padecidos por la niña, proponiendo una indemnización por importe de 12.369,34 euros, con su correspondiente actualización.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que fue recibida por el Consejo Jurídico el pasado 17 de noviembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, 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 Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al versar sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La reclamación 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), toda vez que a la fecha de aquélla (9 de febrero de 2005) todavía no había transcurrido un año desde que los reclamantes tuvieron conocimiento de la existencia de las secuelas que padecía la niña y de su eventual conexión causal con la asistencia sanitaria prestada varios años antes, momento que cabe fechar el 10 de febrero de 2004, cuando acuden a la consulta de la médica de familia, con motivo de las molestias que refiere la niña en el brazo derecho.

2. La reclamación ha sido interpuesta por un Letrado, con representación suficientemente acreditada de los padres de la paciente, cuya representación legal corresponde a aquéllos en virtud del artículo 162 del Código Civil. La circunstancia de ser la niña quien sufre en su persona los perjuicios que imputa al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios le confiere legitimación para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del SMS, en su condición de titular del servicio público sanitario a cuyo anormal funcionamiento se pretenden conectar causalmente los daños alegados por la interesada, una vez traspasadas a la Comunidad Autónoma la funciones y servicios que, a la fecha de la asistencia a la que se imputa el daño (18 de marzo de 2001), correspondían al hoy extinto Instituto Nacional de la Salud. En orden a evitar innecesarias reiteraciones, se dan por reproducidas las consideraciones efectuadas al respecto en nuestro Dictamen 65/2002.

3. Tramitación.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido se ajustan sustancialmente a lo establecido 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 de las Administraciones Públicas, si bien con exceso sobre el plazo máximo de resolución allí establecido.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por los reclamantes el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante continuara actuando 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 consta en el expediente que ya viene haciendo.

TERCERA.- Elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.

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

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

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

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

La actuación del personal sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “lex artis ad hoc” o modulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en

consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo jurídico). Por tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

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

Para los reclamantes, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial, cuya declaración pretenden, viene constituido por la ausencia de diagnóstico inicial de la luxación de la cabeza radial que su hija se produjo a la edad de seis años como consecuencia de una caída fortuita. Al no diagnosticársele en la asistencia de urgencias inmediata tras el accidente, que sólo detectó una fractura en tallo verde del cúbito, ni en el seguimiento traumatológico posterior, la lesión no fue inmediatamente tratada, produciéndole, años después, las secuelas por las que ahora reclaman, que obligarán a la niña a someterse a una intervención quirúrgica de resultados inciertos.

La determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano diagnóstico de la lesión y si los médicos valoraron adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, 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 (circunstancia ésta no alegada expresamente por los reclamantes) o de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas (exploración física y radiografías), cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “*lex artis*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones.

Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de*

gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

La valoración de dicha actuación y en qué medida en la asistencia facilitada a la paciente el 18 de marzo de 2001 en el Hospital lorquino podía ya haberse identificado la existencia de la luxación de la cabeza radial, 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.

En el supuesto sobre el que se dictamina, si bien los reclamantes inicialmente proponen prueba testifical del especialista en Medicina de la Educación Física y el Deporte cuyo informe aportan junto a la reclamación, posteriormente, tras el acuerdo de la instrucción que admite la procedencia de practicar dicha prueba, pero no como testifical, sino como pericial, indicando a los interesados que presenten el informe por escrito, los reclamantes no llegan a aportar tal pericia, ni alegan frente a la “reconducción” de la prueba propuesta, con ocasión del trámite de audiencia. En consecuencia, dejan transcurrir el período de prueba sin hacer uso del trámite.

Del informe médico aportado junto a la reclamación, no puede considerarse acreditado que, en atención a los signos y manifestaciones de enfermedad que mostraba la paciente en Urgencias, pudiera detectarse ya la luxación de la cabeza del radio. Así, aunque afirma categóricamente que existió luxación anterior de cabeza del radio, lo hace en el primer párrafo del informe, dedicado a relatar los antecedentes clínicos de la niña, sin detenerse en razonar o motivar qué le lleva a efectuar dicha afirmación. Tampoco se detiene en establecer si el hecho de que la indicada luxación pasara desapercibida inicialmente fue debido a una omisión de pruebas que pudieran resultar necesarias para su diagnóstico o a la inadecuada valoración de las realizadas a la pequeña, pues en realidad, se limita a relatar dos hechos: que la luxación existía inicialmente y que ésta no fue advertida por los doctores que atendieron a la niña.

En este punto del análisis de la actividad probatoria de los reclamantes, es de destacar que éstos no han aportado al procedimiento las radiografías inicialmente realizadas a la niña en las urgencias hospitalarias del “Rafael Méndez”, ni las efectuadas posteriormente durante el seguimiento de la fractura del antebrazo, que están en su poder, como acredita el hecho de que las facilitaran a la médica de familia, cuando acuden a su consulta al comenzar la niña a sufrir molestias. La observación de dichas radiografías permitiría determinar si en ellas es posible observar la luxación de la cabeza radial, lo que podría constituir un elemento de juicio decisivo para establecer la existencia de una actitud contraria a normopraxis. Dada la relevancia de esta prueba documental, debió requerirse a los interesados para que la aportaran al expediente, permitiendo a la Inspección Médica su análisis, lo que no se hizo.

No obstante, y aunque de forma indirecta, queda constancia en el expediente de que en dichas radiografías podía observarse la luxación. Así, al folio 144 del expediente, la médica de Atención Primaria, en informe aportado al procedimiento en el período de prueba, al relatar la asistencia que prestó a la niña en febrero de 2004, cuando acude a su consulta por el dolor que sufría en el antebrazo derecho, afirma: *“la madre aportó (...) radiografías seriadas del traumatismo sufrido a los seis años en los que se aprecia fractura-luxación de Monteggia (fractura cubital en tallo verde más luxación de la cabeza radial) que fue reducida parcialmente, es decir, sólo la fractura, pasando desapercibida la luxación”*.

Este informe, fechado el 10 de julio de 2006, no pudo ser tomado en consideración por la Inspección Médica, cuyo informe fue realizado el 8 de mayo de ese mismo año. En él, la inspectora actuante afirma que la *“fractura de 1/3 medio cubital es un hecho constatado, no así la luxación de la cabeza radial”*. No obstante, y dadas las circunstancias del caso, expone las tres posibilidades que podrían justificar la luxación descubierta en 2004 y considera que la más probable sería la de una subluxación de la cabeza radial producida como consecuencia del traumatismo de 2001, que pasó desapercibida, y que el propio crecimiento a dicho nivel provocara finalmente la luxación. De ahí que en sus conclusiones la Inspección mantenga que no es posible determinar una relación directa entre la luxación de la cabeza radial y su ausencia diagnóstica en la asistencia de urgencias y posteriores controles traumatológicos, considerando más probable admitir la posibilidad de la subluxación.

Ahora bien, de tales consideraciones inspectoras, aunque se desprende una relación causal entre la ausencia de diagnóstico y consiguiente falta de tratamiento de la luxación o subluxación habida en el año 2001 y las secuelas aparecidas en 2004, no queda acreditado que ello se debiera a una infracción de la “lex artis”, por lo que no se alcanza a comprender la propuesta estimatoria que culmina el informe. En efecto, ninguna actuación contraria a la ciencia médica puede descubrirse en el juicio crítico que la Inspección efectúa de la asistencia inmediatamente posterior al traumatismo que produce la lesión braquial, siendo insuficiente para estimar una pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial la mera constatación del nexo causal entre una actuación médica y unas secuelas (por todos, Dictamen 108/2008 y STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2007).

No obstante, el antedicho informe de la médica de Atención Primaria, según el cual las radiografías realizadas tras el traumatismo sufrido por la niña en 2001 permitían apreciar la luxación, pone de manifiesto una inadecuada valoración de las pruebas diagnósticas, pues los facultativos que atendieron a la pequeña en las urgencias hospitalarias y en el seguimiento traumatológico posterior fueron incapaces de advertir y detectar la luxación de la cabeza radial, complicación que, de conformidad con el propio informe de la Inspección Médica, en los niños se asocia frecuentemente a las fracturas diafisarias en tercio medio.

En consecuencia, cabe concluir que la falta de diagnóstico de una lesión que, mostrada por las radiografías seriadas efectuadas tras el accidente de 2001 y siendo, además, esperable por su frecuente aparición junto a la fractura diagnosticada, ha de calificarse como contraria a normopraxis, lo que convierte a los daños derivados de la misma en antijurídicos, al no tener la paciente el deber jurídico de soportarlos.

Acreditada la existencia de secuelas derivadas de una actuación contraria a la *lex artis*, no queda sino declarar el derecho de la paciente a ser resarcida de dichos daños.

QUINTA.- Cuantía de la indemnización.

La doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales, como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de 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).

1. Los daños de carácter permanente o definitivo: secuelas y perjuicio estético.

Para los reclamantes, la pretensión indemnizatoria de 90.000 euros cubre los daños pasados, presentes y futuros, sobre la base, en relación con estos últimos, de que cualquier tratamiento a que pueda someterse la menor tendrá resultados meramente a efectos de corrección estética, sin llegar a la curación de las lesiones que presenta. Consideran que existe una “*pérdida irreversible de la funcionalidad del brazo*”. Se apoyan, para alcanzar esta conclusión, en el informe del especialista en medicina deportiva que aportan junto a la reclamación, para quien el tratamiento indicado consiste en exéresis de la cabeza radial y osteotomía varizante a nivel de húmero distal, y en el informe de la médica de Atención Primaria, que afirma que únicamente se esperan resultados parciales.

Este planteamiento, sin embargo, no se comparte por la Inspección Médica ni por el especialista en Traumatología y Ortopedia Infantil que, tras reconocer a la niña en el HUYA, propuso un tratamiento consistente en osteosíntesis, elongación cubital y reconstrucción

del ligamento anular. Tanto para dicho especialista como para la Inspección Médica este tratamiento ofrece resultados funcionales muy buenos, no meramente parciales.

Al margen de qué tratamiento se realice finalmente, lo cierto es que en las circunstancias actuales pueden alcanzarse dos conclusiones:

a) Todavía no existen secuelas, entendidas éstas en términos médico-legales, es decir, como menoscabos de salud permanentes en la víctima, residuales tras el período medio de curación de las lesiones de las que derivan.

Según ha quedado expuesto, la luxación de la cabeza radial y las consecuencias que para la salud de la niña conlleva y que, de conformidad con el informe de la médica de Atención Primaria obrante al folio 144 del expediente, cabe concretar en *“deformidad en valgo del codo, osificación prematura de la cabeza radial y atresia de la misma”*, siguen progresando, manteniéndose una buena funcionalidad del brazo, aunque limitada en ciertos movimientos por dolor, manteniéndose una actitud expectante, a la espera de que la niña termine su crecimiento para intervenirla.

La existencia de un tratamiento para las lesiones de la niña, que llegó a estar programado por el Servicio de Traumatología y Ortopedia Infantil del HUVA (folio 17, vuelto), del que se esperan resultados de curación y corrección estética, impide considerar como definitivas las dolencias que sufre la niña como consecuencia de la falta de tratamiento inicial de la luxación. Para poder hablar de secuela o incapacidad permanente, ha de estarse al momento de consolidación de la lesión o curación. Y éste, de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, núm. 122/2007, de 6 de febrero, va a ser *“el momento en el cual se consigue la máxima evolución del proceso, el tratamiento ha sido aplicado al máximo y más aplicaciones no se prevén como necesarias si no es que se presenta algún tipo de complicación”*.

b) Los resultados de dicho tratamiento no pueden ser valorados a efectos indemnizatorios ahora, cuando todavía no se han producido. Y ello porque, de hacerlo, se estaría estableciendo una indemnización *pro futuro*, contraria a la norma que exige que el daño indemnizable en el sistema de responsabilidad patrimonial sea real y efectivo, no futuro y meramente posible (art. 139.2 LPAC). Por daño efectivo ha de entenderse el ya producido, con exclusión de los llamados daños eventuales o simplemente posibles, no actuales. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sentencia de 2 de enero de 1990) tiene declarado que *“es indispensable que, entre otros requisitos, el daño que se invoque, además de ser evaluable económicamente, sea real y efectivo, por más que esa realidad o efectividad no sólo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trata de consecuencias lesivas pretéritas o actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero, por supuesto, siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo, y no, por el contrario, cuando se trata de aconteceres autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio”*.

A la vista de la doctrina expuesta, las actuaciones que en el futuro exigirá el tratamiento de la niña y las consecuencias que de ellas se deriven para su salud, no serían incardinables en el concepto de daño efectivo, pues la certeza en el acaecimiento de tales daños no es tan absoluta y fatal que permita anticipar su indemnización, al venir sometida a diversas contingencias (necesidad de transcurso de un período de tiempo considerable, posibles complicaciones en la evolución de las secuelas, etc.).

El carácter meramente potencial de los daños que podrían derivar del futuro tratamiento se percibe claramente en los distintos informes médicos que salpican el expediente. Así, la Inspección Médica recoge en su informe, tras entrevista con el especialista que vio a la niña en el Servicio de Traumatología y Ortopedia Infantil del HUVVA, que “*los resultados funcionales de la intervención, conforme a la literatura y a su experiencia en 3 ó 4 casos recientemente son muy buenos (y no parciales)*”. Ello le lleva a concluir que la intervención propuesta en el HUVVA “*pretende la recuperación anatómica y funcional del codo y no sólo la corrección estética*”, contrariamente a lo apuntado tanto por el especialista privado de la familia como por la médica de Atención Primaria.

Del mismo modo, al intentar efectuar una valoración económica de dichos daños, la correría de seguros parte de la siguiente premisa “*esta cirugía puede llevar consigo complicaciones como...*”, siendo evidente el carácter especulativo del razonamiento, también presente en el informe del especialista privado en Medicina del Deporte, para quien el tratamiento no estaría exento de “*posibles complicaciones*”, como problemas en consolidación o limitación de movilidad por adherencias.

Por ello, y ante la ausencia actual de secuelas o lesiones permanentes, lo más adecuado es reconocer el derecho a la reparación sólo de aquellos daños que quepa considerar acreditados y definitivos, dejando la eventual reparación de los causados por y con ocasión del tratamiento reparador para cuando de manera efectiva se hayan producido. Para ello será necesaria una nueva reclamación, extremo éste que habría de indicarse de forma expresa en la resolución que ponga fin al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, como manifestación del derecho de los ciudadanos a que las autoridades y funcionarios les faciliten el ejercicio de sus derechos (art. 35, letra i, LPAC).

Del mismo modo, en el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, utilizado como referencia orientativa para la cuantificación de las lesiones sufridas por la niña, la evaluación del perjuicio estético ha de realizarse en el momento de la sanidad del lesionado, es decir, en el de estabilización o consolidación de las lesiones, instante que en el supuesto sometido a consulta, como ya se ha dicho, todavía no se ha producido. Debe indicarse, además, que el objetivo de corrección estética se admite por los reclamantes que está presente en todos los tratamientos recomendados, por lo que habrá que esperar a su finalización para determinar si han quedado secuelas estéticas o no.

2. Lesiones no permanentes.

Si las lesiones no son permanentes, procede considerarlas como de carácter temporal. A tal efecto, el cómputo de los días de incapacidad temporal habría de comenzar cuando la niña acude a la consulta de la médica de Atención Primaria, el 10 de febrero de 2004, pues sólo entonces aparecen signos de patología traumatológica. Con anterioridad a dicha fecha, no consta que la niña sufriera complicaciones o molestias derivadas de la caída sufrida en el año 2001, pues las diversas atenciones sanitarias que solicita del servicio público de salud están relacionadas con otras patologías.

Tras la aparición del dolor en el brazo en febrero de 2004, todos los informes médicos, incluido el unido por los reclamantes al procedimiento, coinciden en señalar la buena funcionalidad del codo, con buena flexoextensión y pronosupinación, y únicamente se le señala, por el traumatólogo de zona, la conveniencia de no hacer ejercicios de apoyo/flexión con brazos. Con esta única limitación, y dada la buena funcionalidad de la articulación, no cabe

considerar que la niña quedara impedida para realizar sus tareas habituales, pudiendo realizar una vida prácticamente normal. En este sentido, no se ha alegado por los interesados que la niña sufriera una disminución del rendimiento escolar ni que las dolencias por las que se reclama le impidieran jugar o relacionarse con otros niños de su edad. En consecuencia, si bien las lesiones son, a los solos efectos de aplicación del sistema de valoración de daños sufridos por las personas como consecuencia de accidentes de circulación, constitutivas de una incapacidad temporal, los días a considerar han de estimarse como no improductivos.

En cuanto al *dies ad quem* del período de incapacidad, coincidiría con el de curación de las lesiones o su consolidación como secuelas. Ahora bien, como ya se indicó, dicho momento todavía no había llegado al tiempo de presentar la reclamación de responsabilidad patrimonial, ni existen datos en el expediente que permitan considerar que tales circunstancias se hayan dado con posterioridad. No obstante, consta en el expediente que el Servicio de Traumatología y Ortopedia Infantil del HUVA, el 30 de abril de 2004, llegó a programar la intervención quirúrgica tendente a la resolución de las dolencias de la niña para el mes de septiembre de ese mismo año (folio 17, vuelto). Sin embargo, dicha operación no consta que llegara a efectuarse, pues, según informa el traumatólogo que vio a la niña, “*la familia no aceptó esta intervención y prefieren seguir el criterio de los profesionales del Hospital “San Juan de Dios” de Barcelona*”. El expediente no ofrece el dato de cuándo se produjo tal rechazo (el informe aludido es de 18 de marzo de 2005). Tampoco especifica qué día de septiembre era el elegido para la intervención.

Ante dichas circunstancias, y a los solos efectos de poder concretar el final del período de incapacidad temporal, habría que estar a los siguientes criterios:

— Todos los informes médicos coinciden en señalar la necesidad de tratamiento quirúrgico para la corrección de las dolencias y deformidades que presenta la niña en su brazo derecho. Cabe considerar, por tanto, dicho acaecimiento como cierto.

— Como no se conoce el día exacto en que estaba programada la operación, estimaremos que lo estaba para el último día del mes, el 30 de septiembre de 2004.

— Tras la operación, y de conformidad con el informe de la correduría de seguros, se abriría un período de 70 días improductivos (pues el tiempo medio de curación de la luxación de codo es de 45 días, más otros 25 por la cirugía) y 60 no improductivos, para rehabilitación.

De conformidad con la valoración que a los días no improductivos otorga el baremo de referencia aplicable en 2004 (cuantías actualizadas para dicho año por la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 9 de marzo), año en que la lesión efectivamente se manifiesta, la indemnización en concepto de incapacidad temporal se desglosa en las siguientes cantidades:

— Por el período de incapacidad comprendido entre el 10 de febrero y el 30 de septiembre de 2004, más los 60 días de rehabilitación, un total de 262 días no improductivos, que, a razón de 24,671873 euros/día, arrojan un resultado de 7.204,19 euros.

— Por los 70 días improductivos tras la cirugía, a razón de 45,813548 euros diarios, suman 3.206,95 euros.

Sumadas ambas cantidades arrojan una indemnización total de 10.411,14 euros, cantidad que habrá de actualizarse conforme a lo establecido en el artículo indicado artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, en la medida en que advierte la presencia de todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

SEGUNDA.- Se informa desfavorablemente el montante indemnizatorio contemplado por la propuesta de resolución, al estimar más ajustado a la naturaleza de los daños acreditados en el expediente la cuantía indicada en la Consideración Quinta de este Dictamen. Y, como se expresa en la misma, en la resolución definitiva deberá constar la advertencia a los reclamantes de que la indemnización de los daños que ocasione el tratamiento reparador requerirá una nueva reclamación.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 61/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación del CEIP x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios educativos.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 30/03/09

Extracto de Doctrina

Aún insistiendo en que la responsabilidad por anulación de actos administrativos tiene igualmente carácter objetivo, la jurisprudencia no deja de indicar que la concurrencia de los requisitos determinantes de su nacimiento, ha de ser examinada, si se quiere, “con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo” (entre estas sentencias del TS pueden citarse las de 16 de septiembre de 1999, 13 de enero de 2000, 18 de diciembre de 2000 y 12 de julio de 2001).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 7 de junio de 2007, la Dirección General de Enseñanzas Escolares remite al Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante escrito presentado por x., Administradora de la empresa --,SLL, entidad titular del centro privado “x”, mediante el que solicita el resarcimiento de los gastos ocasionados como consecuencia de la contratación de unas profesoras, a lo que se vio obligada para cumplir la Orden de la Consejería de Educación de 15 de enero de 2003, por la que se consideraba que la titula-

ción que poseía la profesora x. no la habilitaba para impartir clases de Educación infantil, Orden que fue anulada por Sentencia núm. 657/2006, de 9 de octubre de 2006, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por la que se reconoce a la recurrente, x., su derecho a impartir Educación Infantil por poseer título adecuado para ello.

La indemnización solicitada por la titularidad del Centro asciende a 92.207,42 euros, desglosados del siguiente modo:

- Gastos del curso 2002-2003: 19.195,88 euros.
- Gastos del curso 2003-2004: 23.776,47 euros.
- Gastos del curso 2004-2005: 24.261,01 euros.
- Gastos del curso 2005-2006: 24.974,07 euros.

La citada Dirección General de Enseñanzas Escolares solicita informe jurídico sobre la reclamación, incorporando una propuesta motivada en el sentido de desestimarla.

SEGUNDO.- En su escrito la reclamante, en síntesis, expone los hechos originadores de los perjuicios que alega del siguiente modo:

1º. El 8 de octubre de 2002 la Administración educativa comunica al centro que algunos profesores incluidos en el Documento de Organización del Centro (DOC) correspondiente al curso 2002/2003 no reunían los requisitos exigidos para impartir las disciplinas que se le asignaban. Más concretamente, se señalaba que x., licenciada en Filosofía y Letras con especialidad en Arte y en posesión de certificado de haber participado en un curso de habilitación para impartir Educación Infantil, no poseía titulación adecuada para hacerse cargo de la enseñanza correspondiente a ese nivel educativo, por lo que requirió al Centro para que presentara un nuevo listado de profesores para impartir dichas enseñanzas con las titulaciones exigidas de acuerdo al artículo 17.2 del Real Decreto 332/1992, de 3 de abril, sobre autorización de establecimiento y funcionamiento de los centros escolares de titularidad privada para impartir enseñanzas de régimen general.

2º. En el curso 2001/2002 la citada profesora ejerció como tutora de Infantil de cinco años, y formó parte de la plantilla del centro en nómina de pago delegado.

3º. El 18 de noviembre de 2002 la Consejería de Educación, en contestación a un escrito del Centro fechado el 29 de octubre de 2002, le indica a éste la ratificación administrativa en cuanto al hecho de que *“... una licenciada no puede adquirir los requisitos de titulación exigidos para impartir educación Infantil, realizando un curso de habilitación homologado por la Administración educativa competente...En cuanto a los posibles perjuicios que puedan causarse a la citada profesora y al resto del profesorado que se encuentra en parecidas circunstancias, vendrán dados por su contratación indebida al no tener en cuenta esa titularidad la normativa aplicable en cada caso”*.

Tal resolución administrativa se traslada por el centro a la x., indicándole que a partir del día 9 de diciembre de 2002 será sustituida como tutora del grupo de cuatro años, a lo que la interesada contesta que, aconsejada por sus abogados, permanecerá en su puesto de trabajo y que recurrirá la resolución de la Consejería de Educación.

4º. Con base en los anteriores hechos el Centro se vio en la necesidad de contratar a un profesor con la especialidad de Educación Infantil, con el fin de no incumplir la ley, al tiempo que mantenía en nómina a la x., para no causarle más perjuicio y porque, a su juicio, *“se encontraba con la capacitación suficiente para poder impartir las clases en Educación*

Infantil”; circunstancias que pudo comprobar la inspección educativa en el Documento de Organización del Centro correspondiente a cada curso (2002/2003, 2003/2004, 2004/2005 y 2005/2006).

5°. Afirma la reclamante que durante los citados cursos escolares el Centro tuvo que soportar unos gastos de salarios y seguridad social extras para cubrir un mismo puesto de trabajo, dado que la x. se encontraba permanentemente en su puesto de trabajo y, además, hubo que contratar a personal con los requisitos de titulación requeridos por la Administración Educativa, para que ejerciera la tutoría junto con la x.

6°. Mediante Sentencia núm. 657/2006, dictada el 9 de octubre de 2006, la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia estimó el recurso presentado por x. contra la Orden de 15 de enero de 2003 de la Consejería de Educación y Cultura, declarando nula dicha Orden y reconociendo el derecho de la recurrente a impartir Educación Infantil.

7°. La reclamante imputa el daño sufrido a la Administración educativa, ya que considera que tanto la Resolución de la Dirección General de Centros, Ordenación e Inspección Educativa de fecha 7 de noviembre de 2002, como la Orden de la Consejería de Educación y Cultura de 15 de enero de 2003, por la que se ratificaba la anterior, obligaron al Centro a realizar unas contrataciones innecesarias pues, tal como se ha declarado en la Sentencia antes indicada, la x. posee la titulación necesaria para impartir enseñanza en el nivel de Educación Infantil, al haber realizado un curso de especialización que le habilitaba para ello y, por tanto, su contratación no fue indebida.

8°. Las contrataciones complementarias que se realizaron se concretaron en los períodos y con las personas que se señalan a continuación:

- Desde noviembre de 2002 hasta agosto de 2003, se contrató a x.
- De septiembre de 2003 hasta agosto de 2004, se contrató a x.
- Desde septiembre de 2004 hasta agosto de 2005 y de septiembre de 2005 hasta agosto de 2006, se contrató a x.

Dichas contrataciones supusieron un gasto total de 92.207,42 euros, importe en el que se incluyen salarios y seguridad social.

Adjunta a su escrito la siguiente documentación:

1. Copia de la Sentencia de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, cuyo fallo estima el recurso presentado por x., por la que se declara la nulidad de la Orden de 15 de enero de 2003 de la Consejería de Educación y Cultura, y se reconoce el derecho de la recurrente a impartir Educación Infantil.

2. Escrito, fechado el 22 de noviembre de 2002, por el que la dirección del Colegio “x” comunica a x. su sustitución, con efectos de 18 de noviembre de 2002, como titular del nivel concertado de infantil.

3. Declaraciones de x, y, z., sobre el hecho de que compartieron “permanentemente” las clases en Educación Infantil con x.

4. Copias de las vidas laborales de las tres profesoras sustitutas.

5. Copias de documentos de organización del Centro en los que se contiene el “Cuadro general de profesorado de Educación Infantil y Primaria”, de fechas 20 de noviembre de

2002 (curso 2002-2003); 30 de septiembre de 2003 (curso 2003-2004); de 1 de septiembre de 2004 (curso 2004-2005); y de 1 de septiembre de 2005 (curso 2005-2006).

TERCERO.- A la reclamación se une un informe de la Dirección General de Enseñanzas Escolares, en el que se recogen las siguientes consideraciones:

“En la Sentencia nº 657/2006, de 9 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sección Primera), figura como parte demandante x, y como parte demandada la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia -Consejería de Educación y Cultura-. Y en la misma no figura otro interesado.

Como se ha citado en el punto anterior en el citado expediente no figura como parte interesada en el mismo la presentadora del escrito de fecha 2 de mayo de 2007: x., como representante de la titularidad de los centros privados ‘x’. Además, debe añadirse que tampoco figuraba como reclamante o interesada en el recurso de alzada presentado contra la Resolución de 7 de noviembre de 2002 de la Dirección General de Centros, Ordenación e Inspección educativa.

La pretensión de la parte demandante, según figura en el texto de la Sentencia, era la siguiente: ‘Sentencia por la que se declare nula la Orden de 15 de enero de 2003 de la Consejería de Educación y Cultura, en la cual manifiesta que la demandante no puede impartir Educación Infantil en el centro Antonio de Nebrija de Cabezo de Torres, por entender que la misma no posee la titulación requerida en la normativa vigente, declarándose el derecho de la actora a impartir Educación Infantil en el mentado centro, por tener la titulación necesaria’.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la demandante solicita la anulación de las ya citadas disposiciones y, consiguientemente, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada: poder impartir Educación Infantil. Sin embargo no solicita que se adopten otras medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, ni solicita indemnización por daños y perjuicios, que en su caso hubiera podido existir.

Por tanto, en la Sentencia no se recoge ningún pronunciamiento sobre cuantía del recurso, ni sobre costas”.

CUARTO.- Por Resolución del Secretario General de la indicada Consejería, de fecha 28 de junio de 2008, se acuerda admitir a trámite la reclamación formulada y designar instructora del expediente, circunstancia que se notifica a la interesada a efectos de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho a recusación que le asiste.

En el mismo escrito se le requiere para que acredite documentalmente la representación que dice ostentar de la empresa titular del centro docente, así como vida laboral de x. e información sobre su participación en la empresa.

QUINTO.- La reclamante atiende el requerimiento que se le efectúa incorporando al expediente la documentación e información que a continuación se indica:

— Copia de la escritura de transformación de la empresa “--, S.L.L.” de Sociedad Anónima Laboral en Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral, en la que aparece como Administradora única por tiempo indefinido x.

— Copia de la vida laboral de x., en la que se refleja la mantenida con la empresa --, S.L.L., realizando su trabajo como profesora de Educación Infantil desde el inicio de su relación laboral.

— Señala que la x. es en la actualidad socia trabajadora de la citada empresa, siendo titular de 16 participaciones sociales y acompaña escritura en la que se eleva a público el acuerdo social en el que aparece la x. como titular de dichas participaciones.

SEXTO.- Seguidamente se concedió trámite de audiencia a la interesada, dándole traslado del escrito emitido por la Dirección General de Centros, como único documento desconocido para ella.

El día 27 de febrero de 2008 la x. presenta alegaciones por las que muestra su disconformidad con el informe del citado Centro Directivo, en el siguiente sentido:

a) La Dirección General de Centros estaría incurriendo en un error al confundir los sujetos del expediente administrativo y proceso judicial al que afecta la Sentencia de referencia con el de la presente reclamación. Señala así que *“la sentencia pone de manifiesto la antijuridicidad del daño por el que ahora se reclama, en la medida en que viene a revelar la anomalía del funcionamiento del servicio público prestado por el indicado centro directivo que, con su actuación de errónea interpretación del ordenamiento jurídico priva a una trabajadora del ejercicio de su derecho a impartir educación infantil, obligando a la empresa a la contratación de personal adicional para el desempeño de las labores que dicha profesora venía ejerciendo en el centro educativo, con los consiguientes costes laborales, a cuya reparación se contrae el presente procedimiento”*.

b) Con base en los artículos 106.1 de la Constitución y 139.1 y 141.1 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), la empresa que representa tendría derecho a ser indemnizada por el funcionamiento de la Administración pública y, así, el artículo 142.4 LPAC establece que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional de los actos administrativo no presupone derecho a indemnización. Acreditada la anulación del acto administrativo como presupuesto inicial del derecho a la indemnización, de lo que se trata es de determinar si la producción de dicho acto ilegal constituye un supuesto de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

c) Por otra parte, continua afirmando la reclamante, no haber sido parte en el procedimiento contencioso no puede privar a la empresa que representa del derecho a ser indemnizada por los daños sufridos, pues la legitimación activa en el expediente de responsabilidad patrimonial deriva de su condición de particular que sufre una lesión en sus bienes o derechos (art. 139.1 LPAC), *“condición que esta parte tiene acreditada en el presente procedimiento con la documentación aportada en el mismo”*. Las sustanciales diferencias existentes entre la reclamación que da origen a este procedimiento indemnizatorio y el procedimiento contencioso, impiden vincularlos hasta el punto de convertir la participación en uno de ellos en requisito de procedibilidad del otro.

SÉPTIMO.- Con fecha 9 de abril de 2008 la instructora del expediente acordó solicitar a la Dirección General de Centros informe sobre los siguientes extremos:

- a) Fecha del concierto educativo con el referido centro escolar y copia del mismo
- b) Unidades de infantil concertadas en los cursos 2003/2004 al 2005/2006.
- c) Si las profesoras titulares que se indican en la reclamación lo eran de los cursos de cuatro años en las fechas consideradas.
- d) Pagos delegados en virtud del concierto a las referidas profesoras en función de lo expuesto en la reclamación.
- e) Pago delegado, si lo hay, a favor de la x. y en qué concepto.
- f) Cualquier otro dato que ayude a la resolución justa del expediente.

OCTAVO.- Con esa misma fecha se solicitó al Jefe de Inspección de Educación informe sobre las siguientes cuestiones:

- a) Fecha del concierto con el centro educativo al que representa la reclamante.
- b) Unidades de infantil concertadas en los cursos escolares que se indican en la reclamación.
- c) Si las profesoras titulares que se relacionan en la reclamación lo eran de los cursos de cuatro años.
- d) Comprobación de que las funciones que figuran en los contratos laborales de las profesoras que aparecen como titulares, son las apropiadas por categoría y si su carácter o tipología era de interinidad, sustitución, etc.).
- e) Legalidad de la permanencia de una persona ajena al aula que carecía de titulación, en principio, tal como era la situación de x., a partir de la notificación de la Orden de la Consejería de Educación y Cultura.
- f) Calidad del contrato laboral de la x. en ese período.
- g) Sanciones o expedientes incoados al Centro por irregularidades en este período.
- h) Situación laboral actual de x.
- i) Consideración jurídica de un curso de especialización de 500 horas impartido por la UNED como titulación válida para impartir educación según la normativa vigente, LOE.
- j) Conclusiones según su conocimiento y experiencia.

NOVENO.- Mediante comunicación interior fechada el día 28 de abril de 2008, la Directora General de Centros remite la siguiente documentación:

- a) Convenios y Addendas de concierto de unidades de Infantil.
- b) Resolución de la citada Dirección General de 2 de octubre de 2002.
- c) Alta en nómina, contrato y titulación de la reclamante.
- d) Informe del Servicio de Centros de 23 de febrero de 2005.
- e) Sentencia 657/2006 del TSJ de Murcia recaído en el recurso 959/2003.

Asimismo adjunta informe con el siguiente contenido literal:

“1. Fecha del concierto educativo con el Centro Concertado Colegio Antonio de Nebrija y copia del mismo, así como unidades de infantil concertadas en las fechas consideradas.

Con respecto a este punto señalar que la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, entonces Consejería de Educación y Universidades, formalizó Convenio para la suscripción de conciertos educativos con diversos centros docentes privados autorizados para impartir las enseñanzas de educación infantil, entre los que se encontraba el Centro Antonio de Nebrija. Por lo que respecta al concierto del ciclo de infantil la fecha de suscripción fue 31 de agosto de 2000 (doc 1), iniciándose el mismo con dos unidades de tercer curso de educación infantil tal como se recoge en la Cláusula primera del Convenio. Estas dos unidades comenzaron a funcionar en el curso 2000/2001.

Con posterioridad se suscribió con fecha 30 de agosto de 2001 Convenio tipo para la formalización de la renovación de los conciertos educativos, (doc 2) por medio del cual se acordó incrementar el concierto en 3 unidades de educación infantil para el curso 2001/2002, quedando configurado el centro con 5 unidades en este ciclo educativo.

Los referidos textos constituyen el inicio del concierto de educación infantil en el centro concertado Antonio de Nebrija si bien, dado que la demanda se centra en los cursos 2002 en adelante señalamos que, como Addenda al Convenio de fecha 30 de agosto de 2001 en

el párrafo anterior citado, se acordó que el número de unidades escolares objeto de la renovación del concierto a partir del comienzo del curso 2002/2003 fuera de 8 de educación infantil (doc 3).

Finalmente, para el curso 2003/2004, mediante una nueva Addenda de fecha 29 de agosto de 2003 se incrementa el concierto en 1 unidad más para el ciclo de educación infantil. No habiéndose producido más incremento de unidades concertadas desde entonces, el centro se configura en la actualidad con un total de 9 unidades de educación infantil de segundo ciclo.(doc 4)

2. Si las profesoras titulares que relaciona la reclamación lo eran de los cursos de cuatro años en las fechas consideradas.

En virtud de la normativa aplicable al régimen de conciertos educativos, los centros que accedan al concierto deben remitir la titulación del profesorado que proponen para impartir las materias a fin de que la Administración educativa compruebe las mismas y emita Resolución autorizando la impartición de la enseñanza.

En el caso del centro que nos ocupa, una vez comprobadas las titulaciones que se remitieron para impartir la docencia en el ciclo de educación infantil, el Director General de Centros, Ordenación e Inspección Educativa emitió Resolución en la que, además de referirse a la titulación de otra serie de profesores, declara que x. no dispone de la titulación exigida para impartir la Educación Infantil (doc 5).

En la misma Resolución se le advierte al Centro de la obligación de disponer del profesorado con las titulaciones mínimas establecidas en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo y, como consecuencia de ello, se le otorga un plazo de un mes para subsanar las irregularidades indicadas en cuanto a las titulaciones del profesorado, debiendo proponer nuevo profesorado que imparta las enseñanzas asignadas y que habrá de disponer de las titulaciones exigidas en cada caso.

Ante la falta de remisión de las titulaciones adecuadas por parte del Centro se le remitió nuevo escrito con fecha 7 de noviembre de 2002 reiterándose la obligación de facilitar a la Administración educativa las titulaciones del profesorado que en ese curso 2002/2003 estaba impartiendo educación infantil.(Doc 6).

No obstante las comunicaciones realizadas el centro no remitió titulación alguna, ni la correcta con respecto a x. que la habilitase para impartir el ciclo de infantil ni otro profesorado que cumpliera los requisitos.

Por tanto, contestando a la cuestión planteada, este Servicio no tiene conocimiento alguno de la contratación de las profesoras que se relacionan como sustitutas de x. al no haberse remitido titulación alguna de las mismas.

3. Pagos delegados en virtud del concierto a las referidas profesoras en función de lo expuesto en la reclamación.

Por lo que respecta a x. figura como profesora de educación infantil en el centro Antonio de Nebrija desde el 1 de septiembre de 2001, sin que en ningún momento haya causado baja en nómina, esto es, la citada profesora ha recibido un salario que asciende actualmente a 1.505,08 €, correspondiente a 25 horas lectivas en la etapa educativa de infantil desde entonces y hasta la fecha de hoy, ininterrumpidamente. Se adjunta alta, contrato y documentación remitida en su día por el titular del centro así como la nómina del mes de abril del presente año (doc 7)".

DÉCIMO.- Con fecha 10 de junio de 2008 se evacua informe por la Inspección de Educación sobre los extremos solicitados por la instructora, en el que, tras resumir los hechos e indicar los fundamentos jurídicos que considera aplicable, señala las siguientes conclusiones:

Primera.- La apertura y funcionamiento de los centros privados de Educación Infantil de Educación Primaria “Antonio de Nebrija” de Cabezo de Torres es autorizada mediante Orden de 6 de febrero de 1998 (BOE de 17 de marzo). Dicha autorización se realiza sobre dos centros diferentes: un Centro de Educación Infantil, con tres unidades de primer ciclo y seis de segundo ciclo y un segundo Centro de Educación Primaria, con doce unidades. Ambos centros tienen una misma denominación específica (Antonio de Nebrija) y una misma persona o entidad titular (x).

Segunda.- Esta entidad titular es una Sociedad Anónima Laboral, lo que implica que, al menos, el 51% del capital social pertenece a los trabajadores que prestan en ella sus servicios de forma retribuida, personal, directa, por tiempo indefinido y en jornada completa.

Tercera.- X., es Licenciada en Filosofía y Letras desde 1990 (Geografía e Historia).

Cuarta.- El primer curso en el que funciona el Centro de Educación Infantil oficialmente es el curso 1998/1999. X. no está incluida en la relación que este centro presenta a la entonces Dirección Provincial de Educación (Anexo I).

Quinta.- Dicha profesora es contratada en septiembre de 1998, con una jornada de trabajo de 9 horas semanales (Anexo II). Estas horas se imparten en Educación Secundaria Obligatoria, en la materia de Inglés, siendo Jefe del Departamento didáctico de Idiomas (Anexos III, IV y V). Asimismo, en la página 19 del D.O.C. X. está incluida como acompañante de transporte escolar —de 8 a 9 de la mañana— y comedor —de 13 h a 14:30—. (Anexo VI)

Sexta.- X. no es docente durante el curso 1999/2000. En el DOC de ese curso aparece como Personal no docente (Anexo X). Sin embargo, la interesada cuando presenta el recurso contra la decisión de la Consejería, presenta un nuevo contrato con fecha 13 de septiembre de 1999, con efectos desde el 1 de septiembre, entre x. y la mencionada x., como Educadora Infantil, siendo la jornada laboral de 25 horas semanales. (Anexo IX)

Séptima.- Durante el curso 2000/2001, x., está incluida en la relación del profesorado del DOC de ese curso. Hay que destacar que hay dos relaciones diferentes, una firmada por la Directora (Anexo XI) y otra firmada por x. —Por orden— (Anexo XII).

La relación de profesores que está firmada por la Directora, que parece la relación ‘oficial’ x., con el n° de orden 42, tiene la anotación en la titulación de ‘Lcda Historia del arte, Monitora Ed. Ambiental’. En la firmada por x. —en hoja aparte que da la sensación de que no forma parte de un conjunto, sino que se ha elaborado ‘ad hoc’, con el n° de orden 32, está x. con la anotación en la titulación de ‘Lda Historia. Hab Infantil’. En todo caso, la relación del profesorado (tal y como se lee a pie de página de este documento) debe comenzar en primer lugar con el profesorado de Educación Infantil, siguiendo con el de Primaria y la ESO, relacionándose a continuación el profesorado de Educación Especial y otros programas. X. está al final de la relación lo que es un indicio de que probablemente esta profesora no estaba este curso impartiendo clase en Educación Infantil.

Octava.- Durante ese curso, 2000/2001, x. es admitida indebidamente en el curso que organizó la UNED para habilitación en Educación Infantil, cuyas características se

recogen en anexo XIII. x. no debió poder acceder a realizar este curso de habilitación en Educación Infantil que organizó la UNED, al no reunir ninguno de los requisitos de acceso del Anexo II de la Orden de 11 de enero de 1996 (...).

Novena.- El curso de habilitación de la UNED, en lo que a x. se refiere, no debió ser homologado por el Ministerio de Educación y Ciencia, al no reunir los requisitos establecidos en la Orden citada.

Décima.- El acceso de x. a la realización del curso y la homologación realizada por el Ministerio, podrían tener la consideración de actos administrativos susceptibles de ser declarados nulos de pleno derecho o anulables. En el segundo supuesto, transcurridos ya más de cuatro años desde que fueron dictados, no pueden ser anulados, tal y como señala el artículo 103.2 de la Ley 30/1992. No obstante, el Servicio Jurídico debe valorar la procedencia de que por parte de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación se inste al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, a iniciar la declaración de nulidad de los actos mencionados, al poder estar encuadrados, como actos nulos de pleno derecho, en el artículo 62.1 letras e y f de la Ley 30/1992.

Undécima.- Si esta profesora no reunía los requisitos para acceder al curso de habilitación en educación infantil y tampoco para que el curso fuese homologado por el Ministerio de Educación, ¿Cómo es posible que fallaran los controles que la UNED tiene establecidos? ¿El Ministerio de Educación no supervisa la documentación que le envía la entidad organizadora del curso? ¿Puede haberse inducido por parte de la interesada o por parte de la titularidad a error a la UNED o al propio Ministerio mediante la presentación de documentación falsa?

Moviéndonos en el terreno de la hipótesis creemos que es posible que se haya podido producir este último supuesto. Veamos por qué.

X., cuando en noviembre de 2002 presenta reclamación contra la decisión de la Administración, recoge un párrafo para apoyar su pretensión -el tercero- de la Orden de octubre de 1994 ‘... Podrán continuar impartiendo educación infantil en el mismo centro en el que se encuentre trabajando... los Profesores que posean un título que sancione enseñanzas universitarias de una duración igual o superior a la de Maestro, que estuviesen impartiendo educación preescolar en un centro autorizado para este nivel educativo, en la fecha de implantación de la educación infantil en el que se trate’, y aporta tres documentos (los que ella numera como núm. tres, cuatro y cinco) mediante los cuales pretende acreditar ‘la impartición de educación infantil en el centro en la fecha del concierto, cumpliendo con ello, con todos los requisitos legales que se establecen para hacer efectiva la homologación y poder impartir la docencia en el citado ciclo educativo’. Pues bien, el documento que ella numera como 3 (Anexo VIII) a nuestro juicio es una falsificación. Este documento no ha tenido entrada en esta Consejería hasta que la propia interesada lo presenta junto a este recurso. Obsérvese que lleva como fecha el 15 de febrero de 1999, la misma fecha que lleva el documento verdadero y oficial que en este informe figura como Anexo III y que es complementado con los anexos II, IV y V. La interesada pretende demostrar que al ser Licenciada —título de duración superior a la de maestro— y ‘estar impartiendo educación preescolar en un centro privado autorizado en la fecha de implantación de la educación infantil en el centro —Antonio de Nebrija—’ reunía los requisitos para acceder al curso y que éste sea homologado. Este razonamiento es falso, ya que x. no estaba impartiendo educación preescolar en un centro privado autorizado para este nivel educativo en el curso 1994/1995, fecha de la implantación generalizada de la educación infantil y menos aún en

el centro privado de educación infantil “Antonio de Nebrija” de Cabezo de Torres, cuatro años antes de que comenzara su funcionamiento, pero sin duda ha podido confundir a la UNED a la hora de solicitar la homologación del curso.

Cuando en enero de 2005 se amplía la demanda contencioso-administrativa, se afirma, en su apartado primero, ‘que mi representada comenzó a prestar servicios para el Centro —Antonio de Nebrija— en el curso 98-99 como profesora y educadora infantil. Para posteriormente, y a partir del curso 99-00 comenzar a prestar servicios exclusivamente como Educadora Infantil, manteniéndose en dicha situación hasta la actualidad...’. Afirmación falsa, como ha quedado demostrado anteriormente en la conclusión sexta. Su representada comenzó en el curso 98/99 a impartir Educación Secundaria y en el 99/00 firma un contrato como Educadora Infantil pero no imparte clase.

En el punto tercero de la demanda añade ‘... si atendemos al anexo III del expediente administrativo, en su documento n° 3 y doc n° 4, se acredita que mi representada desde el mismo momento de la publicación de la orden de 6 de febrero de 1998, estuvo trabajando en Educación Infantil en —Antonio de Nebrija— obteniendo la homologación del título, según el doc. N° 2 del anexo mencionado durante el curso 2000-2001...’. Afirmación falsa de nuevo. Su representada comenzó en el curso 98/99 a impartir Educación Secundaria y en el 99/00 firma un contrato como Educadora Infantil pero no imparte clase.

Duodécima.- Con esta posible falsificación documental se habría incurrido en el delito tipificado en el artículo 392 del Código Penal, al haber simulado un documento público u oficial para inducir a error. No obstante, este posible delito habría prescrito al haber transcurrido más de tres años desde su comisión.

Decimotercera.- En el DOC del curso 2001/2002, x., aparece como tutora de 5 años C. En la relación del profesorado fotocopiada el día de la visita de Inspección (19 de mayo de 2008), se le asigna el aula de 2 años, aunque posteriormente está tachada y sobreescrita con un 5 encima (Anexo XV). Por último, en el acta del Consejo Escolar (Anexo XVI) de 9 de abril de 2002, en el punto 5 de “Ruegos y preguntas”, se puede leer ‘x., tutora de 3 años causa baja voluntariamente por problemas personales. Será sustituida en su clase por x’. ¿Cómo es posible que si x. es tutora de un aula de 5 años pueda sustituir a la tutora de 3 años cuando ésta causa baja definitiva en el centro? La única conclusión a la que podemos llegar es que una vez más se demuestra que el documento oficial dice una cosa y la realidad en este centro es otra diferente.

Decimocuarta.- La actuación de esta Consejería cuando comunica a la titularidad del Centro de Educación Infantil ‘Antonio de Nebrija’ que x. no cuenta con titulación adecuada para impartir la Educación Infantil y en los informes que realiza la Dirección General de Centros... Y el servicio Jurídico, ante el recurso de alzada primero y el contencioso-administrativo después, es correcta. Sin embargo hay que destacar también que después de comunicar al centro esta circunstancia, se continuó abonando por parte de esta Administración educativa el salario a esta profesora y que en su momento podía haberse instado la anulación de los actos administrativos que se señalan en la conclusión décima.

Decimoquinta.- A partir del curso 2002-2003, en el DOC de cada uno de los cursos, la titularidad envía siempre dos horarios de profesores (uno de ellos de x.) atendiendo al mismo grupo de alumnos de Infantil. No obstante, el día que se presenta la Inspección de Educación en el centro, que origina informe con fecha 3 de febrero de 2003, x. no está en el aula. Al Inspector, tanto la Directora como la Jefa de Estudios y la maestra tutora contra-

tada, le manifiestan que siempre está en el aula, pero casualmente ese día estaba enferma. No es muy creíble que la titularidad mantuviera dos profesoras con el mismo grupo, más bien es posible que en la documentación figurasen ambas pero que x. estuviese realizando otras tareas que la hiciesen rentable para el centro.

Decimosexta.- La titularidad del centro debió cesar en su momento a la citada profesora una vez que la Administración le comunicó que ésta no disponía de la titulación exigida legalmente. En el anexo XVIII, la titularidad comunica a la interesada que ‘nos vemos obligados a transmitirte que la única solución que se nos brinda es la de que no sigas como tutora de infantil en ningún nivel concertado...’ y que ‘...a partir del 9 de diciembre, seas sustituida como tutora de cuatro años por otra persona que reúna los requisitos de titulación requeridos por la Administración Educativa...’. Obsérvese que no le comunica el cese, sino su sustitución como tutora en cuatro años. Si tenemos en cuenta que x. puede formar parte de la Sociedad Anónima Laboral (hecho que habría que comprobar), lo más probable es que esta ‘socio’ permaneciera en la empresa durante estos años haciendo otras tareas. No parece lógico pensar que esta profesora estaba como segunda profesora en un aula de infantil, ya que teniendo en cuenta las contradicciones existentes en la documentación que se anexa y comenta no se le puede dar credibilidad”.

UNDÉCIMO.- Mediante comunicación interior fechada el 20 de julio de 2008, la instructora traslada a la Dirección General de Centros el informe emitido por la Inspección de Educación, al tiempo que solicita información sobre si el Centro al que representa la reclamante ha sido objeto de sanción por la Consejería de Educación en relación con su funcionamiento o se encuentra en curso la tramitación de algún procedimiento de estas características.

El requerimiento es atendido con fecha 27 de junio de 2008, indicando la Jefa del Servicio de Centros que, a dicha fecha, el Colegio Antonio Nebrija no ha sido formalmente sancionado por actuaciones relacionadas con su funcionamiento, si bien cabe hacer referencia a que, actualmente, se encuentra en marcha un expediente sancionador por el cobro de cantidades indebidas a los padres. Asimismo se han producido incidentes relativos al incumplimiento de las normas de admisión en centros sostenidos con fondos públicos, supuesto trato discriminatorio a una alumna... Cuestiones estas últimas que aún no han sido resueltas.

DUODÉCIMO.- El 18 de junio de 2008 la instructora acuerda otorgar a la reclamante nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, presentando el 14 de julio de 2008 un escrito en el que, en síntesis, manifiesta lo siguiente:

a) Sobre la idoneidad del título de x. para impartir docencia Infantil, afirma que no cabe en este momento intentar reabrir un debate de las cuestiones discutidas y sancionadas por Sentencia, firme, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que declaran la nulidad de la Orden de 15 de enero de 2003 y el derecho de aquella a impartir Educación Infantil, la cual debe ser acatada y ejecutada por la Administración.

b) Respecto al daño alegado y su valoración económica, reitera lo manifestado acerca de que la empresa se vio obligada, como consecuencia de la Resolución de la Dirección General de Centros de 7 de noviembre de 2002 y de la Orden de la Consejería de Educación de 15 de enero de 2003, por la que se ratificaba la anterior y que fue, posteriormente, recurrida y anulada en vía jurisdiccional, “...a contratar a una maestra tutora para impartir la Educación Infantil en una clase que la x. ya no puede dirigir. No obstante esta profesora continúa colaborando con la maestra tutora contratada... (lo que) se acredita con el reconocimiento de la propia Administración, implícito en el abono de las retribuciones...”.

c) Sobre la visita del Inspector al centro el 3 de febrero 2003 y la constancia en acta de que no encuentra a la profesora en el aula, con los comentarios que se recogen al respecto en el informe de la Inspección que obra en el presente expediente, se alega que *“No puede otorgarse valor probatorio a lo que no son sino meras conjeturas del Inspector acerca de lo que resulta creíble o no. Adviértase que el único hecho que constata el Inspector es que en el momento en que visita el aula de Infantil, la x. no está allí. Atendida la excusa que a dicha ausencia ofrece la Directora del Centro, que no es otra que razones de enfermedad, una mínima diligencia del Inspector hubiera permitido contrastar la veracidad de la misma. Sin embargo, lejos de practicar ulteriores actuaciones de comprobación y con el endeble argumento de que la antedicha no está en clase, el Inspector se forma un juicio...que desprecia tanto la declaración de tres testigos...como la documentación oficial del centro...”*

Finaliza la interesada sus alegaciones indicando que a la vista de la documentación obrante en el expediente *“...no se desprenden hechos o circunstancias diferentes a las expuestas en el escrito de reclamación inicial que impidan el reconocimiento del derecho”* que asiste al Centro que representa a ser indemnizado en la cantidad reclamada.

DECIMOTERCERO.- El 22 de abril de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la que la instructora, con fundamento en las consideraciones jurídicas que en aquélla se contienen, afirma no haber quedado probada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños alegados, pues la contratación de las profesoras por cuyos salarios y cotización a la seguridad social se solicita indemnización, fue un acto voluntario del Centro, sin que de la sentencia anulatoria de la Orden de la Consejería de Educación de 15 de enero de 2003 se derive una situación individualizada para la empresa reclamante que ésta no tenga la obligación jurídica de soportar.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 28 de abril de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, 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, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (en adelante 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.

Entre estos requisitos debe examinarse, en primer lugar, si la reclamación de responsabilidad patrimonial ha sido formulada dentro del plazo legalmente establecido. Al respecto el artículo 142.4 LPAC establece que si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva. Por otro lado el artículo 4.2 RRP señala que el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme. La posible antinomia entre ambas disposiciones que, en virtud del principio de jerarquía normativa, debería resolverse a favor de lo establecido en el texto legal, ha sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo que mediante sentencia de fecha 18 de abril de 2000, ha venido a sentar el criterio según el cual la compatibilidad entre dichos preceptos es evidente ya que el Reglamento se ha limitado a precisar el *dies a quo* del plazo establecido por la Ley.

Partiendo de esta premisa —inicio del plazo en la fecha de la firmeza—, en el asunto objeto del presente Dictamen (teniendo en cuenta que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia que anulaba la Orden de la Consejería de Educación de 15 de enero de 2003 fue dictada el día 9 de octubre de 2006 y, como contra ella no cabía recurso alguno, adquirió firmeza en esa misma fecha), la reclamación por responsabilidad patrimonial interpuesta el día 20 de junio de 2007, fue presentada antes de que expirara el plazo preclusivo.

La legitimación activa la tendría la sociedad “--, SLL”, titular del centro educativo privado Antonio Nebrija, debidamente representada, tal como ha quedado acreditado en el expediente, por su Administradora x., en tanto que dicho centro escolar habría sufrido en su patrimonio el daño consecuencia de la contratación de las profesoras sustitutas de x.

En lo que se refiere a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la actual Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional que tiene atribuidas las competencias en materia de educación, estando residenciadas dichas funciones en la citada Consejería.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

El instituto de la responsabilidad patrimonial nace con la finalidad de compensar a los particulares por los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos y, traduciéndose frecuentemente el quehacer de las administraciones en la emisión de actos administrativos, una parte de los supuestos de responsabilidad patrimonial planteados tendrá su causa en la adopción de actos de tal naturaleza que posteriormente sean anulados por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico. La LPAC da respuesta a este supuesto de hecho regulándolo de modo específico. Así en el artículo 102.4 (incardinado en el título VII donde se regula revisión de los actos administrativos) establece: “*Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma*”. Por su parte el artículo 142.4 del título X de dicho texto legal destinado a regular la responsabilidad patrimonial dispone: “*La anulación en vía administrativa o por el Orden*

jurisdiccional Contencioso-Administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”. El RRP también se refiere a esta modalidad de responsabilidad patrimonial, estableciendo en el artículo 4 que *“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente”.*

Estos preceptos, según reiterada jurisprudencia y doctrina, deben interpretarse en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente para que surja el derecho a indemnización. La procedencia de la indemnización se determinará una vez constatada la existencia del daño o lesión patrimonial, y la concurrencia de los requisitos que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad patrimonial establecen como necesarios para que éstos puedan imputarse a la Administración, lo que exigirá verificar lo siguiente:

a) Que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de un servicio público o, con otras palabras, de una actuación u omisión de la Administración.

b) Que el daño producido sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado o individualizable respecto de una persona o grupo de personas, y que sea antijurídico, es decir, que no exista la obligación de soportarlo.

c) Que haya un nexo causal adecuado, inmediato, exclusivo y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo producido.

Cabe, además señalar, que aún insistiendo en que la responsabilidad por anulación de actos administrativos tiene igualmente carácter objetivo, la jurisprudencia no deja de indicar que la concurrencia de los requisitos determinantes de su nacimiento, ha de ser examinada, si se quiere, *“con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo”* (entre estas sentencias del TS pueden citarse las de 16 de septiembre de 1999, 13 de enero de 2000, 18 de diciembre de 2000 y 12 de julio de 2001).

Por ello, no es posible establecer soluciones apriorísticas, ni tampoco debe perderse de vista la naturaleza del acto anulado, pues la jurisprudencia no ha dejado de apelar al denominado margen de apreciación, que en cada caso será mayor o menor dependiendo de los conceptos jurídicos aplicados. Esto ha llevado a reconocer que tanto en el ejercicio de potestades discrecionales, dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, como en aquellos casos en que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indetermina-

dos decisivos del sentido de la resolución, es necesario “reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración” (sentencias del TS de 5 de febrero de 1996, 29 de octubre de 1998, 11 de marzo de 1999, 16 de septiembre de 1999, 13 de enero de 2000, 12 de julio de 2001).

Poniendo en conexión la doctrina expuesta con la reclamación sobre la que versa el expediente objeto de dictamen, hay que señalar que, en principio, podría considerarse la posibilidad de que la entidad reclamante hubiera sufrido un daño de contenido patrimonial, ya que, durante el tiempo que media entre la Orden de la Consejería de Ecuación de 15 de enero de 2003, por la que se declara que x. no posee título habilitante para impartir Ecuación Infantil y la sentencia que anula dicha resolución administrativa, se vio obligada a contratar otro profesorado que realizase las funciones que eran desempeñadas por la citada profesora x.

Sin embargo, el principal problema que suscita el expediente se refiere a la determinación de la antijuridicidad de la lesión indemnizable o, lo que es lo mismo, a la ausencia del deber jurídico de la reclamante de soportar el daño producido.

La interesada centra sus alegaciones en el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 9 de octubre de 2006, la cual resuelve estimatoriamente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por x. Concretamente la x. basa su reclamación en el hecho de que dicha sentencia reconoce a la recurrente el derecho a impartir Educación Infantil, cuya negación en vía administrativa provocó la necesidad de efectuar unas contrataciones, que ahora se han revelado innecesarias, pero que le ocasionaron unos gastos cuyo importe justifica en el expediente.

Pues bien, del análisis de la documentación que integra el expediente no puede deducirse que el daño alegado se debiera a la actuación de la Administración educativa. En efecto, tal como acertadamente se indica en la propuesta de resolución, la Orden de la Consejería de Educación de 15 de enero de 2003 solamente obligaba al Colegio a sustituir a la x. por otro profesional con titulación adecuada al nivel de enseñanza que se iba a impartir, pero, en ningún caso, a que se duplicara la contratación para la realización de las mismas funciones. En este sentido pareció entenderlo el Centro al comunicar a la profesora que, con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la Consejería, se iba a proceder a su sustitución “*como tutora de cuarto por otra persona que reúna los requisitos de titulación requeridos por la Administración educativa*”. Sin embargo, por razones cuya determinación resulta irrelevante a los efectos que aquí nos ocupa, el Centro decide finalmente mantener en su puesto a la x. —a quien la Consejería de Educación sigue abonando por pago delegado su nómina— y, al mismo tiempo, contratar, para el desempeño de idénticas funciones, a otras profesoras a quienes paga su salario directamente. Nadie impulsó al Colegio esta doble contratación, sino que fue una decisión voluntaria y conscientemente llevada a cabo y, por tanto, sus consecuencias deben ser asumidas por quien la adoptó, sin que para ello constituya óbice alguno el resto de cuestiones que se suscitan en el expediente las cuales resultan totalmente irrelevantes en relación con la cuestión principal que no es otra que determinar la existencia o no de nexo causal entre la actuación administrativa y el daño que se alega.

Por todo lo expuesto, a juicio de este Consejo Jurídico no concurren los requisitos necesarios para poder estimar en el caso examinado la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, pues no se ha acreditado la antijuridicidad ni la relación causal de la que pudiera derivar tal responsabilidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 62/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 30/03/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 63/09.- Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 02/04/09

Extracto de Doctrina

Los trámites dirigidos a verificar que la creación de un Colegio profesional es solicitada por la mayoría de los profesionales interesados tienen como fin el de asegurar, antes de tramitar el procedimiento de elaboración del correspondiente anteproyecto de ley, que existe una voluntad mayoritaria de los profesionales afectados (los que agruparía el pretendido Colegio Profesional) en organizarse corporativamente, pues es de suyo lógico que no puede imponerse tal clase de autoorganización en contra de dicho colectivo, ya que un Colegio Profesional así creado abocaría al fracaso de sus fines de autorregulación de la actividad profesional en cuestión.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 23 de febrero de 2005, la Presidenta de la Asociación Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia (APTOMU) presentó un escrito, dirigido a la Administración regional, en el que, de conformidad con el acuerdo adoptado en la Asamblea Ordinaria de la Asociación celebrada el 12 de febrero de 2005, cuya certificación adjuntaba, solicitaba la iniciación de los trámites necesarios para la creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado el 6 de junio de 2005, la Presidenta de APTOMU adjuntó diversos documentos:

— Copia del acta de la Asamblea Extraordinaria celebrada el 28 de mayo de 2005 por dicha Asociación, en la que se hace constar que ésta ha publicado anuncios en prensa convocando a todos los terapeutas ocupacionales domiciliados en la Región de Murcia para que acudan a dicha Asamblea, a fin de realizar el censo de los correspondientes profesionales y solicitar, si procede, la creación del Colegio Profesional. También se hace referencia en dicha acta al censo elaborado al efecto, señalando que constan 25 profesionales acreditados, y que todos ellos apoyan la creación del citado Colegio.

— Listado de los referidos profesionales (que denominan “*censo de terapeutas ocupacionales de la Región de Murcia*”).

— Escritos de apoyo a la creación del Colegio, formulados por diversas entidades: Universidad Católica “*San Antonio*”, Ibermutuamur, Sociedad Murciana de Enfermería Geriátrica y Gerontológica, Unidad de Geriátrica del Hospital “*Santa María del Rosell*” de Cartagena, Muvale, Unidad de Demencias de Cartagena perteneciente al Servicio Murciano de Salud, Asido Cartagena, Asociación de Minusválidos Físicos Unidos de Cartagena y su Comarca, y Servifam.

Asimismo, se remiten 25 escritos de personas físicas en los que solicitan la creación del citado Colegio Profesional. Vienen acompañados por la correspondiente fotocopia del DNI del firmante y del documento acreditativo de su título profesional en materia de terapia ocupacional (diploma universitario, titulación homologada o documentación acreditativa de estar en disposición legal de obtener el primero).

TERCERO.- El 22 de septiembre de 2005, el Director General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria de la Consejería de Sanidad propone a la Consejera el inicio del procedimiento de elaboración del Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia.

CUARTO.- Solicitado por la Consejería de Sanidad a la de Presidencia la emisión del informe preceptivo establecido en el artículo 3.3 del Decreto 83/01, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 6/99, de 4 de noviembre, de los Colegios Profesionales y de Consejos de Colegios de la Región de Murcia (LCPMU), fue emitido el 17 de octubre de 2005, en el que, entre otras consideraciones, y sobre la titulación oficial existente en materia de terapia ocupacional, señaló que “*fue el Real Decreto 1420/1990, de 26 de octubre, el que estableció el título universitario oficial de Diplomado en Terapia Ocupacional y las Directrices Generales propias de los Planes de Estudio conducentes a la obtención de aquél. Así, su artículo único reza como sigue: “Se establece el título universitario de Diplomado en Terapia Ocupacional, que tendrá carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, así como las correspondientes directrices generales propias de los planes de estudios que deben cursarse para su obtención y homologación y que se contienen en el anexo”.*

QUINTO.- Mediante oficios de 18 de enero de 2006, el Secretario General de la Consejería de Sanidad acordó un trámite de audiencia, por plazo de 15 días, para formular alegaciones a un primer borrador de Anteproyecto de Ley, que se dirigió a los Colegios Profesionales de ATS y Diplomados en Enfermería, de Psicólogos, de Médicos, de Fisioterapeutas y de Logopedas de la Región de Murcia, sin que conste la presentación de alegaciones.

SEXTO.- El 23 de junio de 2006 se formula un denominado “*estudio económico*” del citado Anteproyecto, en el que se expresa que de éste no se desprenden compromisos económicos o costes que pudieran tener repercusión en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma. El 26 siguiente se emite el informe de necesidad y oportunidad de la norma, el de impacto por razón de género y la memoria de motivación técnico-jurídica, de la que se destaca lo siguiente:

“EL TERAPEUTA OCUPACIONAL COMO PROFESIONAL SANITARIO

La Terapia Ocupacional es considerada profesión sanitaria tanto en la legislación estatal como en la autonómica:

A nivel estatal:

— *El art. 2.2 b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de 2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, estructura a la profesión, para cuyo ejercicio habilita el título de Diplomado en Terapia Ocupacional como profesión sanitaria de nivel Diplomado.*

— *Asimismo, el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre de 2003, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, configura la terapia ocupacional como la “unidad asistencial en la que, bajo la responsabilidad de un terapeuta ocupacional, se utilizan con fines terapéuticos las actividades de autocuidado, trabajo y ocio para que los pacientes adquieran el conocimiento, las destrezas y actitudes necesarias para desarrollar las tareas cotidianas requeridas y consigan el máximo de autonomía e integración”.*

A nivel regional:

— *El Decreto nº 119/2002, de 4 de octubre, por el que se configuran las opciones correspondientes a las categorías de personal estatutario del SMS (BORM de 15/10/02), enumera, en su Anexo I, cuáles (son) las opciones estatutarias y titulación exigidas para el acceso, figurando la Terapia Ocupacional y Diplomado en Terapia Ocupacional, respectivamente, y en el Anexo II dedicado a las descripciones de las funciones más relevantes de cada una de las opciones estatutarias figura la Terapia Ocupacional como “La participación en el proceso de rehabilitación, utilizando para ello actividades creativas, recreativas, sociales y educativas.”*

— *Asimismo, el Decreto regional 73/2004, de 2 de julio, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de los centros, establecimientos y servicios sanitarios y el registro de recursos sanitarios regionales, establece la terapia ocupacional como uno de los servicios sanitarios integrados en la oferta asistencial de los Centros sanitarios*

LA TERAPIA OCUPACIONAL COMO PROFESIÓN RESERVADA

Existe una clara diferencia entre que una profesión está reservada a uno o varios títulos y la simple aprobación, mediante Real Decreto, de un título, siendo puesta ampliamente de manifiesto tanto por el Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de mayo de 1998, Sala 3ª, entre otras), como por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia (Dictamen 13/01 y 14/01), de

forma que la existencia de un título académico no supone, por sí mismo, que una determinada profesión esté restringida a quien ostenta dicho título.

El condicionamiento o reserva de una profesión a la posesión de un título académico superior, esto es, universitario (STC 111/93), corresponde en exclusiva al Estado por el artículo 149.1.30° CE. En todos los casos, el principio de legalidad material que se proyecta sobre toda limitación postconstitucional al libre ejercicio profesional, hace que esa reserva de actividad deba efectuarse por norma con rango de ley.

En el caso de la Terapia Ocupacional, sólo una norma con rango de Ley hace referencia a su titulación: la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

La LOPS señala en su art. 2.1, que son profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable, añadiendo en su apartado 2.b que las profesiones para cuyo ejercicio habilita el título de Diplomado en Terapia ocupacional es una profesión sanitaria de nivel Diplomado (sic).

Por su parte, el artículo 4.2 de la LOPS señala que “El ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, requerirá la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello, y se atenderá, en su caso, a la previsto en ésta, en las demás leyes aplicables y en las normas reguladoras de los colegios profesionales”.

Por último, la propia Exposición de Motivos de la LOPS indica que “El título preliminar y el título I se dirigen a determinar los aspectos esenciales del ejercicio de las profesiones sanitarias, estableciendo, de forma expresa, cuáles son tales profesiones, reservando a los correspondientes titulados el ejercicio de las mismas, determinando los ámbitos funcionales propios de cada una de ellas, y enumerando los derechos de los usuarios de su servicios profesionales”.

Del examen conjunto de los preceptos anteriores se deduce que la profesión de terapeuta ocupacional es una profesión titulada y reservada, es decir, cuyo ejercicio está limitado a quienes están en posesión del título de Diplomado en Terapia Ocupacional.

Ello nos llevaría a la posibilidad de crear un Colegio Oficial de Terapeutas Ocupacionales de adscripción obligatoria, es decir, un Colegio Profesional clásico”.

Por lo que se refiere al requisito establecido en el artículo 4 LCPMU, atinente a la petición de creación del Colegio por la “mayoría de los profesionales interesados”, el reseñado informe expresa que “dichas solicitudes (se refiere a las consignadas en el Antecedente Segundo), en aplicación de la Consideración Segunda, a) del Dictamen 04/02 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, bastan para apreciar cumplido el requisito de la petición mayoritaria de los profesionales afectados”.

Asimismo, el informe considera que existe el interés público necesario que justifica la organización de la citada profesión en un Colegio Profesional, por los beneficios que a los usuarios de estos servicios sanitarios puede comportar la autorregulación y el control de la citada actividad profesional por un órgano colegial “ad hoc”, por lo que estima procedente la aprobación del citado borrador de Anteproyecto de Ley, previos los informes preceptivos del Consejo de Salud de la Región de Murcia, de la Vicesecretaría de la Consejería y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SÉPTIMO.- Elevada al Consejo de Gobierno la oportuna propuesta sobre solicitud de informes y otras consultas, en su sesión de 14 de julio de 2006, aquél acordó someter el citado borrador de Anteproyecto de Ley a los informes preceptivos de los reseñados órganos.

OCTAVO.- El 9 de enero de 2007, el Consejo de Salud de la Región de Murcia acordó informar favorablemente el borrador, al igual que el Vicesecretario de la Consejería en sus informes de 26 y 27 de septiembre de 2007, asumiendo esencialmente lo expresado en la memoria de motivación técnico-jurídica antes reseñada.

NOVENO.- Obra en el expediente remitido a este Consejo Jurídico, en solicitud de su preceptivo Dictamen, una copia autorizada de Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia (f. 149 a 152), sobre el que versa el presente Dictamen.

DÉCIMO.- En el Dictamen nº 74/2008, de 21 de abril, este Consejo Jurídico formuló las siguientes conclusiones:

*“**PRIMERA.-** A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, no puede considerarse acreditado el requisito establecido en el artículo 4 LPCMU, relativo a la petición mayoritaria de los profesionales interesados, que es condicionante del ejercicio de la iniciativa legislativa de la Administración regional para la creación del Colegio Profesional de referencia, por las razones expresadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.*

***SEGUNDA.-** Por lo anterior, la Consejería consultante debe realizar las actuaciones instructoras complementarias reseñadas en la Consideración Tercera, obrando después en consecuencia, conforme con lo expresado en la misma.”*

UNDÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 29 de enero de 2009, el Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo, por delegación de la Consejera, remitió expediente comprensivo de las actuaciones instructoras complementarias dirigidas a cumplimentar lo indicado en el reseñado Dictamen, solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen. Entre ellas, y además de las actuaciones referidas a los profesionales interesados, de posterior referencia, destaca el preceptivo informe final del Vicesecretario de la Consejería, de 27 de enero de 2009, y la ratificación del texto de Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia remitido en su día.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un Anteproyecto de Ley tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación para promover la iniciativa legislativa. Procedimiento.

I. El artículo 4 LCPMU establece que “*para el caso del ejercicio de la iniciativa legislativa por el Consejo de Gobierno, el correspondiente anteproyecto de ley de creación de*

un nuevo colegio profesional se elaborará por la Consejería cuyas competencias guarden relación directa con la profesión respectiva, a petición mayoritaria de los profesionales interesados, y previa audiencia de los colegios profesionales existentes que puedan verse afectados”.

Por su parte, el artículo 3.2 del Decreto regional nº 83/2001, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la LCPMU y se regula el Registro de Colegios Profesionales y de Consejos de Colegios de la Región de Murcia, establece, en desarrollo del reseñado precepto legal, que *“la correspondiente Consejería competente por razón de la materia comprobará el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la creación del Colegio Profesional, incluida la existencia de interés público, y tras el cumplimiento de los trámites a los que se refiere el artículo 4 de la Ley 6/1999, podrá iniciar el trámite de elaboración del Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional”.*

Los reseñados preceptos permiten afirmar que la normativa regional en materia de colegios profesionales establece unos trámites de preceptiva observancia, con carácter previo a la iniciación del procedimiento de elaboración de un anteproyecto de ley de creación de un colegio profesional; trámites que constituyen una especialidad frente a la regla general establecida en el artículo 46.2 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Dichas actuaciones previas son de diferente naturaleza, pues distintos son los fines a que se encaminan:

a) Los trámites dirigidos a verificar que la creación de un Colegio profesional es solicitada por la mayoría de los profesionales interesados tienen como fin el de asegurar, antes de tramitar el procedimiento de elaboración del correspondiente anteproyecto de ley, que existe una voluntad mayoritaria de los profesionales afectados (los que agruparía el pretendido Colegio Profesional) en organizarse corporativamente, pues es de suyo lógico que no puede imponerse tal clase de autoorganización en contra de dicho colectivo, ya que un Colegio Profesional así creado abocaría al fracaso de sus fines de autorregulación de la actividad profesional en cuestión.

b) Por lo que se refiere a la audiencia preliminar de los colegios *“afectados”* por la creación de un colegio profesional, debe entenderse que en este especial trámite no se incluye cualquier colegio que pueda considerarse *“interesado”* en el asunto, sino, más específicamente, los que pudieran verse afectados por la pretendida creación de un colegio de igual profesión a uno ya existente (supuesto previsto —y proscrito— por el artículo 3.3 de la Ley), aquellos que pudieran verse afectados por procesos de fusión o segregación (artículos 12 y 13 de la Ley), o casos análogos. En estos supuestos, dada la especial incidencia del pretendido Colegio, puede explicarse la conveniencia de que se haya previsto esta audiencia en un momento anterior a la misma iniciación del procedimiento de elaboración de la ley. Ello se entiende sin perjuicio de que, si luego se iniciase éste, en el mismo se deba dar audiencia a los colegios interesados, entendido este concepto con un carácter más general, ya en el seno del trámite de consultas previsto con carácter general en el artículo 46.4 de la citada Ley 6/2004.

II. Descartado en el presente caso que exista un colegio profesional *“afectado”* por la hipotética creación de un Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de ámbito regional, la cuestión esencial que se plantea a la vista del expediente inicialmente remitido por la Consejería era si, como señalaban entonces algunos de los informes emitidos en el

procedimiento de referencia, con la presentación de la solicitud de la Asociación Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia y los escritos comprensivos de las firmas en apoyo de la creación del Colegio Profesional y su documentación anexa, podía considerarse cumplido el requisito atinente a la petición mayoritaria de profesionales interesados exigido por el artículo 4 LCPMU.

Y, a tal efecto nos remitimos a nuestro Dictamen 74/2008.

III. A la vista de la documentación integrante del expediente complementariamente remitido, puede afirmarse ahora que la Consejería ha realizado las actuaciones necesarias para determinar, en la medida de sus posibilidades, que concurre el requisito legal atinente a la petición mayoritaria de los profesionales interesados.

En este sentido, es expresivo lo señalado en la diligencia extendida por el instructor con fecha 15 de enero de 2009, en la que se indica lo siguiente:

“En virtud del Dictamen n° 74/2008, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, por esta Consejería se procedió a realizar una instrucción complementaria del expediente de iniciativa legislativa relativo a Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia.

Dicha instrucción complementaria ha consistido en:

1- Requerir del Registro de Recursos Sanitarios Regionales de esta Consejería y de los Registros de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud, relación de terapeutas ocupacionales con título suficiente con ejercicio profesional en la Región, resultando acreditado que en la Región de Murcia ejercen profesionalmente 36 Terapeutas ocupacionales con título adecuado.

2.- Requerir individualmente de todos los terapeutas ocupacionales con ejercicio profesional en la Región de Murcia, su manifestación sobre la creación del Colegio profesional, con la advertencia de la obligatoriedad de su incorporación al mismo, en el caso de que se creara, salvo en el caso previsto en el apartado 4 del artículo 6 de la Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de los Colegios Profesionales de la Región de Murcia, es decir, el del ejercicio de dicha actividad profesional exclusivamente al servicio de las administraciones públicas de la Región de Murcia.

3.- Verificar, una vez efectuado el requerimiento individual anteriormente referido, que 27 de los terapeutas ocupacionales con ejercicio profesional en la Región de Murcia, un 75%, han prestado su conformidad a la creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia en los términos referidos.

4.- Verificar que se cumple ampliamente el requisito de la petición mayoritaria de los profesionales afectados exigido en el artículo 4 de la Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de los Colegios Profesionales de la Región de Murcia”.

Ello ha de entenderse, además, sin perjuicio de advertir que, de la documentación inicialmente remitida, contrastada con la integrante de las actuaciones instructoras complementarias, se desprende que hay otras seis personas que, con título profesional suficiente, solicitaron la creación del pretendido Colegio Profesional. En este punto, es conveniente apuntar que el hecho de que dichas personas no consten trabajando como terapeutas ocupacionales en establecimientos sanitarios públicos o privados en la fecha de la instrucción realizada no les privaría de su derecho a ser solicitantes del Colegio (salvo, obviamente, en caso de inhabilitación o incapacidad profesional), y deberían ser considerados como

profesionales “*interesados*” en la creación del Colegio a los efectos que interesan siempre que, al menos, acreditasen tener su domicilio oficial en la Región de Murcia. En el presente caso, no resulta necesario practicar diligencia alguna en relación con dichas personas pues, aun sin considerarlas en este procedimiento (de hacerlo, y en el caso de que acreditaran la antedicha circunstancia, incrementarían, obviamente, el número de peticionarios), ya se cumple el requisito de la solicitud mayoritaria de profesionales interesados en la creación del Colegio Profesional de que se trata.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

A partir de la reconocida competencia estatutaria de esta Comunidad Autónoma en materia de colegios profesionales, ya ejercida en ocasiones anteriores similares a la presente, en las que se ha procedido a la creación de Colegios Profesionales de ámbito autonómico como el que ahora se pretende, ningún reparo ha de hacerse al Anteproyecto que nos ocupa, cuyo articulado sigue la línea de lo establecido en las precedentes leyes regionales de creación de dichos Colegios (Dictámenes 14/2001 y 26/2002, entre otros).

En el presente caso, al agrupar a titulados de una profesión sanitaria legalmente regulada (vid. Antecedente Sexto, al que nos remitimos), los profesionales con domicilio profesional único o principal en la Región de Murcia tendrán el deber de colegiarse en la Corporación que se crea, conforme con lo establecido en el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, en la redacción dada por la Ley 7/1997, de 14 de abril, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6.2 LCPMU. Sería conveniente que dicha precisión se incluyera en la Exposición de Motivos y en el articulado del texto legal, para evitar dudas al respecto.

CUARTA.- Otras observaciones.

Deben corregirse las siguientes erratas:

— Exposición de Motivos.

Tercer párrafo: “*profesionales interesados*”.

Cuarto párrafo: suprimir la referencia “(RCL 2003/2724)”.

Séptimo párrafo: “*la Escuela Nacional...*”.

— Artículo 2.

“*de la Región...*”.

— Artículo 3.

“*diploma o título de...*”.

— Disposición Transitoria Primera.

“*deberán ser aprobados por...*”.

— Disposición Transitoria Segunda.

“*nombrar a los nuevos...*”.

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 como Proyecto de ley el Anteproyecto objeto del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Para la mejora técnica del texto, deberían introducirse en el mismo las modificaciones y correcciones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 64/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 02/04/09

Extracto de Doctrina

La excesiva tardanza en la prestación del servicio equivale, en este supuesto y atendidas las circunstancias del caso, a una efectiva inasistencia. El daño patrimonial sufrido, además, es de carácter antijurídico, pues de conformidad con el ordenamiento, la interesada no viene obligada a soportarlo, toda vez que deriva de la falta de asistencia adecuada y conforme al estándar de calidad que es exigible a los servicios sanitarios de titularidad pública.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de agosto de 2006, x. presenta, ante la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones del Servicio Murciano de Salud (SMS), una solicitud de reintegro “*de los gastos de ambulancia ocasionados por la falta de servicio de x., el pasado 26 de junio de 2006, por lo que necesité contratar los servicios de una privada*”.

Acompaña a la solicitud la siguiente documentación:

— Hoja de reclamación dirigida al Hospital “Los Arcos” de Santiago de la Ribera, de fecha 27 de junio de 2006. En ella expone la interesada que, sobre las 10.30 horas del 26 de junio, le dan el alta después de haber estado ingresada en el indicado centro por una luxación de prótesis de cadera. Sobre las 17 horas, y tras reiteradas quejas al Hospital por la falta de ambulancia para que la traslade a su domicilio, se ve en la necesidad de contratar una ambulancia privada, que le cobró 70 euros.

— Factura de la mercantil “--, S.L.”, por importe de 70 euros, expedida a nombre de la interesada, en concepto de traslado desde el Hospital “Los Arcos” a su domicilio, a las 17,15 horas del 26 de junio de 2006.

— Contestación dada por el Director Gerente del Hospital a la reclamación, en la que hace constar que el hospital no tiene ambulancias en propiedad, sino que el servicio lo presta una mercantil, “x”, concertada por el SMS. Afirma que se avisó a la referida empresa cuando el traumatólogo le dio el alta. En cuanto a la reclamación de los gastos originados por el traslado, se le comunica a la interesada que debe solicitar su reembolso a la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones.

SEGUNDO.- El 14 de agosto de 2006, la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones traslada la solicitud de la interesada, que califica de reclamación de responsabilidad patrimonial, al Secretario General Técnico del SMS.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del SMS de 16 de noviembre de 2006, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar su presentación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la compañía de seguros del SMS, a través de la correduría, al Director Gerente del Hospital “los Arcos”, a quien insta a remitir la historia clínica de la reclamante, y a la empresa “x”, a la que otorga un plazo de diez días para que se hagan cargo de la reclamación o, en su defecto, que formulen alegaciones y aporten las justificaciones y documentos que estimen pertinentes.

CUARTO.- El 12 de febrero de 2007 se remite copia de la historia clínica solicitada. En el informe clínico de alta, de fecha 26 de junio de 2006, consta que fue intervenida de una luxación de prótesis total de cadera derecha, siendo dada de alta por mejoría clínica.

El último documento obrante en la historia es la hoja de solicitud de transporte sanitario, en la cual las casillas correspondientes a fecha de traslado, hora de petición de la ambulancia y horas de llegada y salida de la misma están en blanco, como también otros diversos apartados de la misma. A pesar de la deficiente calidad de la copia remitida a este Consejo Jurídico, se pueden leer las siguientes anotaciones manuscritas: “ANULADA...(ilegible)... SE DESPLAZA...(ilegible)...ULAR POR RETRASO. PUESTA RECLAMA... (ilegible)”.

QUINTO.- Solicitado informe al Director Gerente del Hospital “Los Arcos” para que *“haga constar la hora en que se solicitó la ambulancia y el tiempo que trascurrió hasta que la reclamante solicitó los servicios de una ambulancia privada indicando, en su caso, si el retraso se encuentra dentro de los parámetros normales”*, se contesta por el Hospital que *“no tenemos ningún registro de la hora de petición de la ambulancia del concierto, ni tampoco del tiempo transcurrido hasta que la reclamante solicitó los servicios de una ambulancia privada”*.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la empresa “--, S.L.”, contesta la mercantil en los siguientes términos:

“Esta empresa tiene concertada para la zona de San Javier-H. Arcos, una ambulancia de tipo no asistencial de permanencia de 24 horas, (adjunto fotocopia de la relación de vehículos concertados para el Área II, según pliego de prescripciones técnicas de nuestro contrato).

Esta empresa, con los vehículos concertados para el Hospital Arcos, no puede prestar mejor servicio del que hasta ahora ha venido prestando, ya que con un solo vehículo es imposible, lamentando por nuestra parte el no haber podido prestar el servicio como la paciente se merece y como así nosotros hubiésemos querido, debido a que tuvimos que atender tanto las entradas como salidas de consultas, servicios de urgencias del hospital a otros hospitales y a domicilios.

Se envió una ambulancia para la recogida del servicio de x., a las 18.10 horas, persnándose el conductor en la planta del hospital a las 18.40 horas, comunicándonos que la paciente se había marchado por su cuenta.

Por lo expuesto anteriormente nos vemos en la imposibilidad de prestar el servicio merecido por todos y cada uno de los pacientes”.

SÉPTIMO.- El 4 de junio de 2007, el Coordinador de Transporte Sanitario de la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones del SMS solicita a la instructora del procedimiento copia del expediente, documentación que se le envía el día 7 del mismo mes.

OCTAVO.- También el 4 de junio se solicita a “--, S.L.” informe en el que se haga constar la hora en que se pidió la ambulancia para trasladar a la paciente y el tiempo que trascurrió hasta que el vehículo acudió al Hospital.

El 13 de junio se remite dicho informe, indicando que *“según nuestra base de datos, el día 26-6-2006, se recibe en nuestro centro coordinador, a las 11,52 horas llamada telefónica desde el H. Arcos, comunicándonos la solicitud de ambulancia para realizar un alta de la habitación 302/A, a la paciente x., desde dicho hospital a Santiago de la Ribera.*

Se envió una ambulancia para la recogida del servicio de x., a las 18.10 horas, personalmente el conductor en la planta del hospital a las 18.40 horas, comunicándonos que la paciente se había marchado por su cuenta.

El motivo de esta demora es el que le indicamos en nuestro anterior escrito de fecha 31 de mayo del presente”.

NOVENO.- Por la correduría de seguros se comunica que no se ha dado traslado del expediente a la aseguradora, al encontrarse excluido de la póliza por estar bajo franquicia, habiendo procedido al cierre del siniestro.

DÉCIMO.- El 23 de enero de 2008 se solicita por la instructora a “--, S.L.” que *“remita relación de asistencias realizadas por la ambulancia concertada con el Hospital Los Arcos, desde las 11:52h hasta las 18:10 h del día 26-6-2006”.*

Contesta la empresa el 24 de marzo, remitiendo la relación solicitada. Desde las 11:50 hasta las 18:10 horas, constan un total de ocho servicios (con detalle de hora de inicio y fin) antes de acudir a la llamada de la reclamante (folio 68).

UNDÉCIMO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a la mercantil y a la reclamante, no hacen uso del mismo, al dejar transcurrir el plazo concedido al efecto sin presentar nuevas alegaciones ni justificaciones.

DUODÉCIMO.- Con fecha 11 de noviembre de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre la base de no haber quedado acreditado en el expediente el daño por el que se reclama ni el mal funcionamiento del servicio público, toda vez que la empresa concertada para el transporte sanitario estuvo realizando durante el día 26 de junio de 2006 servicios más urgentes que el de la interesada, cuya situación no revestía urgencia vital, no siendo necesario contratar una ambulancia privada para realizar un servicio que estaba previsto que realizara la concertada.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de noviembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, 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 Real Decreto 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), al solicitarse en el seno de uno de tales procedimientos, y sin perjuicio de lo que en la Consideración Segunda se dirá acerca de la idoneidad de tal forma de proceder para resolver la solicitud formulada por la interesada.

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La solicitud 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 marzo, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), toda vez que, a la fecha de aquélla (8 de agosto de 2006), apenas había transcurrido un mes desde el evento dañoso.

2. La reclamación ha sido interpuesta por la misma paciente que sufre en su patrimonio el perjuicio consistente en abonar el precio de un servicio de transporte sanitario que, a su juicio, debió serle prestado por el sistema público de salud, sin coste alguno para ella. Dicha circunstancia, acreditada en el expediente con la aportación de copia de la factura expedida a su nombre por la empresa de ambulancias, le confiere legitimación activa para solicitar su resarcimiento, de conformidad con el artículo 139.1, en relación con el 31.1, ambos de la LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del SMS, en su condición de titular del servicio público sanitario a cuyo anormal funcionamiento se pretende conectar causalmente el daño alegado por la interesada. No es óbice para ello que el servicio se preste de manera efectiva por una empresa privada, pues el concierto que instrumenta la relación entre la mercantil y el SMS permite vincular la actuación de aquélla con el servicio asistencial público, asignado por la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia al referido Ente Público (artículos 23 y 24).

3. En cuanto al procedimiento seguido para la tramitación de la reclamación formulada por la interesada, debe indicarse que por la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones se yerra al calificar la solicitud de reintegro de los gastos de transporte sanitario como reclamación de responsabilidad patrimonial, error que, al no ser corregido, ha determinado que la instrucción del procedimiento se haya llevado a efecto por los trámites de la responsabilidad patrimonial y no por los más idóneos, en tanto que específicos, del reintegro de gastos sanitarios contemplado por el artículo 5 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, todavía vigente el día de formular la solicitud.

En efecto, la interesada solicita *“el reintegro de los gastos de ambulancia ocasionados por la falta de servicio de ambulancias x., el pasado 26 de junio de 2006, por lo que necesité contratar los servicios de una privada”*. De conformidad con el artículo 2 del RD 63/95, constituyen prestaciones sanitarias, facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la Sanidad, las relacionadas en el Anexo I del Real Decreto. En el Anexo indicado, apartado 4, 2º, se regula como prestación complementaria el transporte sanitario,

que comprende el transporte especial de enfermos o accidentados cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

“a) Una situación de urgencia que implique riesgo vital o daño irreparable para la salud del interesado y así lo ordene o determine el facultativo correspondiente.

b) Imposibilidad física del interesado u otras causas médicas que, a juicio del facultativo, le impidan o incapaciten para la utilización de transporte ordinario para desplazarse a un centro sanitario o a su domicilio tras recibir la atención sanitaria correspondiente.

La evaluación de la necesidad de la prestación de transporte sanitario corresponderá al facultativo que presta la asistencia y su indicación obedecerá únicamente a causas médicas que hagan imposible el desplazamiento en medios ordinarios de transporte”.

Tratándose de una prestación sanitaria ofrecida por la sanidad pública que resulta, sin embargo, atendida por medios privados, el artículo 5.3 RD 63/95 prevé la posibilidad del reembolso de los gastos originados, si bien lo somete a ciertas condiciones.

Independientemente de que se den o no las circunstancias que la indicada norma constituye en requisitos necesarios para tener derecho al reembolso de los gastos habidos en la sanidad privada, lo cierto es que la solicitud de la interesada de reintegro de los gastos de ambulancia debió tramitarse por sus normas específicas, no por las que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. De hecho, así se le indicó, de forma correcta, por el Director Gerente del Hospital a la interesada, en contestación a su queja inicial (folio 3 del expediente).

En cualquier caso, en orden a evitar una mayor dilación en la resolución de la solicitud formulada y toda vez que la interesada se ha aquietado respecto de la calificación jurídica otorgada a su pretensión, procede el Consejo Jurídico a dictaminar sobre el fondo.

No obstante, no puede este Órgano Consultivo dejar de advertir acerca de la necesidad de extremar el rigor en la determinación de la verdadera naturaleza de las solicitudes de los ciudadanos, pues aunque la existencia de una pretensión de contenido económico es común a los procedimientos de responsabilidad patrimonial y a los de reembolso de gastos sanitarios privados —lo que a menudo hace que en una misma reclamación se integren pretensiones indemnizatorias con las de reintegro—, cuando éstas últimas se ejerciten de forma autónoma, debe seguirse el procedimiento específico establecido por las normas sobre prestaciones del sistema sanitario público, lo que además redundará en una mayor agilidad en la resolución, al no ser preceptivo en tales supuestos el Dictamen de este Consejo Jurídico.

Además, de tramitar las solicitudes de reintegro como reclamaciones de responsabilidad patrimonial, podría ocurrir que, a través de este instituto jurídico, pudiera llegar a incumplirse la regulación legal específica de los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede o no abonar los gastos en la sanidad privada.

En cualquier caso, enfrentados ahora a un procedimiento de responsabilidad patrimonial, en cuyo seno se ha de emitir este Dictamen, solicitado como preceptivo, la determinación de si cabe o no estimar la pretensión de reintegro de los gastos de ambulancia ha de ajustarse a las normas de la responsabilidad patrimonial y no a las específicas del resarcimiento de los gastos sanitarios generados fuera del Sistema Nacional de Salud.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

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.

El daño y sus características de efectivo, evaluable económicamente e individualizado queda acreditado en el expediente mediante la aportación de copia de la factura de la ambulancia, expedida a nombre de la interesada y por importe coincidente con el de su pretensión de reembolso.

La determinación del nexo causal entre dicho daño y el funcionamiento de los servicios públicos y su carácter antijurídico, son objeto de la Consideración siguiente.

CUARTA.- El nexo causal y la antijuridicidad del daño: existencia.

Para la interesada, la relación causa-efecto entre el funcionamiento de los servicios sanitarios y el daño padecido, cabe entender que estribaría en el excesivo tiempo de demora existente entre el momento en que recibe el alta hospitalaria y se pide una ambulancia para trasladarla a su domicilio y aquél en que el vehículo llega al Hospital para prestar el servicio.

Según la queja formulada por la interesada ante la Dirección Gerencia del Hospital “Los Arcos”, fue dada de alta sobre las 10.30 horas. Esta hora no queda acreditada por la documentación obrante en el expediente, toda vez que ni el informe clínico de alta, ni el resto de la historia clínica hacen constar dicho dato.

Tampoco consta la hora a la que se cursó la petición del servicio de transporte sanitario por el hospital, dado que el parte correspondiente (folio 49 del expediente) no está cumplimentado en dicho extremo. No obstante, según información facilitada por la empresa de ambulancias (folio 63), la petición del centro sanitario se cursó a las 11.52 horas. Este mismo documento señala que la ambulancia llegó al hospital, para realizar el servicio a las 18.40 horas.

Cabe considerar acreditado, en consecuencia, que se produjo una demora en prestar el servicio cercana a las 7 horas.

La parquedad de la reclamación formulada -coherente con la naturaleza de la solicitud de reintegro de gastos-, en la que no se especifica un título de imputación concreto del daño a la Administración sanitaria, obliga a entender que la conexión entre el daño patrimonial sufrido y el funcionamiento del servicio sanitario público derivaría de su falta de ajuste a los estándares de calidad exigible, en el sentido de que sería la mala organización o la insuficiencia de medios de transporte sanitario la causa directa de su decisión de contratar una ambulancia privada para su traslado.

Según consta en el expediente, durante el período en que se desarrollan los hechos (entre las 11:52 en que se pide la ambulancia y las 18:10 en que se moviliza ésta para recoger a la interesada), la única ambulancia asignada al ámbito territorial en que aquélla se encuentra (San Javier-Los Arcos) estuvo realizando traslados y servicios con origen o destino en servicios de urgencias. Sólo respecto de dos de los siete traslados realizados entre las 11:52 y las 18:10 horas no hay datos para considerar que fueran urgentes, si bien tampoco consta que la interesada hubiera de tener preferencia sobre ellos, pues su atención no revestía urgencia, en la medida en que acababa de obtener el alta hospitalaria y el traslado lo era a su domicilio.

En cuanto a la suficiencia de los medios de transporte sanitarios existentes a disposición de la interesada, cuestión que no ha sido objeto de prueba en el procedimiento, lo cierto es que, según la información aportada por la mercantil que presta el servicio de ambulancias (folio 61), sólo existe una ambulancia concertada para cubrir la zona denominada “San Javier-Los Arcos”. Si se compara esta dotación de medios con la que en el mismo documento consta que corresponde al resto de hospitales públicos de la Región, se advierte que todos ellos tienen asignadas, al menos, dos ambulancias no asistenciales disponibles durante 24 horas, además de otras concertadas durante 12 u 8 horas diarias. Si, por añadidura, los hechos tienen lugar un 26 de junio, dentro ya del período estival en el que es esperable un importante incremento de la población que debe ser atendida por el hospital marmenorense, parece que la dotación de una sola ambulancia no asistencial es insuficiente para prestar el servicio con arreglo a un estándar de calidad socialmente exigible.

Si a ello se une que la interesada, según criterio facultativo, debía ser trasladada a su domicilio en un medio de transporte sanitario, como cabe deducir de la existencia de la petición del servicio de ambulancia por el Hospital y de la regulación que de tal prestación se contiene en el RD 63/1995, y que no consta en el expediente que se le informara adecuadamente de en qué momento se iba a poder efectuar el traslado, dada la existencia de una única ambulancia, no puede considerarse que una espera de 7 horas sea admisible como estándar medio de calidad. Es significativo, además, que la paciente esperó varias horas, hasta las 17, antes de contratar los servicios de una ambulancia privada.

En tales circunstancias (necesidad de la prestación y ausencia de información acerca de cuándo sería posible prestar el servicio), cabe equiparar el excesivo retraso en la prestación del servicio con una indebida denegación de asistencia.

Recordar también que, como reiteradamente señala la jurisprudencia, no existe un derecho al reembolso de los gastos derivados de la atención sanitaria privada en todo caso, cuando es resultado de una opción libremente adoptada por los interesados, aunque sí cuando median circunstancias que implican una inadecuada asistencia en la sanidad

pública. También el Consejo de Estado, en su Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), entre otros, 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 consecuencia, cabe apreciar la existencia de vínculo causal entre el inadecuado funcionamiento del servicio sanitario público y el desembolso económico efectuado por la interesada para ser trasladada a su domicilio tras recibir el alta hospitalaria, en la medida en que la excesiva tardanza en la prestación del servicio equivale, en este supuesto y atendidas las circunstancias del caso, a una efectiva inasistencia. El daño patrimonial sufrido, además, es de carácter antijurídico, pues de conformidad con el ordenamiento, la interesada no viene obligada a soportarlo, toda vez que deriva de la falta de asistencia adecuada y conforme al estándar de calidad que es exigible a los servicios sanitarios de titularidad pública.

QUINTA.- La cuantía de la indemnización.

Acreditado por la interesada el importe del desembolso económico realizado, mediante la unión al expediente de copia de la factura expedida a su nombre por la empresa de ambulancias, y no habiendo sido discutido por el órgano instructor, el *quantum* de la indemnización ha de coincidir con aquél (70 euros). Esta cantidad habrá de ser convenientemente actualizada, 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 que no advierte en la solicitud formulada la presencia de los elementos determinantes del nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 65/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 02/04/09

Extracto de Doctrina

Respecto a las infecciones hospitalarias y las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante las Administraciones Públicas sanitarias, conviene extraer tres considera-

ciones en las que se centra la jurisprudencia, incorporadas ya a la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 121/08):

1ª) La mera constancia de una infección en el contexto hospitalario no es título de imputación suficiente de responsabilidad (...) debiendo concurrir el resto de presupuestos (...) de la LPAC para el surgimiento de la obligación de indemnizar.

2ª) Ha de atenderse al carácter evitable o no de la infección, es decir, si se adoptaron por la Administración sanitaria o, en este caso, por el centro concertado al que se derivó el paciente, todas las medidas posibles para evitar la infección, lo que nos conecta, inevitablemente, con el criterio de la “lex artis” (...) Consecuencia de lo anterior es que si el daño alegado pudo evitarse, cabe afirmar su antijuridicidad, es decir, que el paciente no está obligado a soportarlo (artículo 141.1 LPAC).

3ª) También ha de atenderse en estos casos a aquellos principios generales de la prueba que pueden modular la distribución de su carga, tomando en consideración tanto el principio de disponibilidad y facilidad probatoria hoy consagrado en el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como la imposibilidad de probar un hecho negativo. En aplicación de tales criterios, correspondería a la Administración sanitaria acreditar qué medidas se adoptaron en orden a evitar el contagio, pues pretender que fuera el reclamante quien hubiera de probar que aquéllas no se adoptaron le abocaría a una verdadera probatio diabolica.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- X. presentó el 23 de marzo de 2006 escrito de reclamación patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) por los siguientes hechos, según describe:

El 21-12-05 fue intervenido en el Hospital Mesa del Castillo (Hospital concertado del SMS), de una rotura de menisco interna de rodilla derecha, y le practicaron una meniscectomía artroscópica mediante raquianestesia. Tras dicha intervención fue dado de alta por no presentar complicación alguna.

Ya en su domicilio, unas horas más tarde comenzó a sufrir dolores de cabeza, vómitos, escalofríos, sensibilidad a la luz y fiebre, por lo que ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer al día siguiente en estado de semi-inconsciencia, siendo diagnosticado de meningitis bacteriana aguda iatrogénica, pasando el 23-12-2005 a la planta de la Unidad de Enfermedades Infecciosas.

Estuvo ingresado durante 8 días con el tratamiento de fuertes antibióticos, continuando de baja laboral hasta el 9-2-06, quedando como secuelas cefalea, mareos y cansancio fácil.

Por todo ello, solicita la cantidad de 16.590,39 euros, desglosada en las siguientes partidas:

1. Días de hospitalización: 8 días multiplicado por 58,19 euros = 465,52 euros.
2. Días improductivos por incapacidad temporal: 40 días multiplicado por 49,03 euros = 1.961,02 euros.
3. Factor de corrección del 10% por los días de incapacidad temporal: 242 euros.

4. 15 puntos de secuela por cefalea periorbitaria, mareos y cansancio fácil: 15 puntos multiplicado por 928,08 euros = 13.921,20 euros.

Finalmente, acompaña documentación consistente en los informes de alta de las Unidades de Cuidados Intensivos y de Enfermedades Infecciosas del Hospital Morales Meseguer, y de revisión en consultas externas de 18 de enero de 2006, los partes de baja y alta de la incapacidad laboral transitoria, un informe de un facultativo sobre valoración del daño, así como copia de la noticia de prensa publicada en un diario regional sobre pacientes que contrajeron meningitis, tras ser operados en el Hospital Mesa del Castillo (folio 21).

SEGUNDO.- Con fecha 29 de marzo de 2006, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación presentada, la cual fue notificada a las partes interesadas, entre ellas, a la correduría de seguros para su traslado a la aseguradora del ente público.

Asimismo se solicitó la historia clínica, e informes de los facultativos que atendieron al paciente a los Hospitales Mesa del Castillo y Morales Meseguer.

TERCERO.- Desde el Hospital Mesa del Castillo se remitió la documentación solicitada, acompañada de los siguientes informes:

1. El evacuado por el cirujano que le intervino, que manifiesta lo siguiente (folio 34):

“Paciente con rotura meniscal (menisco interno de rodilla derecha) que se intervino quirúrgicamente el día 21.12.05, practicándole meniscectomía artroscópica bajo anestesia raquídea.

El acto quirúrgico realizado trascurrió sin complicaciones de ningún tipo, tanto en la anestesia como en la cirugía. Desde el punto de vista de la asepsia se tomaron las medidas de precaución habituales en este tipo de patología.”

2. El emitido por el médico anestesista (folios 35 a 39):

“La anestesia practicada al paciente fue una raquianestesia, tipo de anestesia que se realiza en la gran mayoría de los pacientes que van a ser sometidos a este tipo de intervenciones; anestesia que es elegida por la mayoría de los anestelistas por sus buenos resultados y por la menor morbilidad que presenta frente a otras técnicas anestésicas.

Técnicamente, recuerdo que fue una punción rápida y sencilla realizada con una aguja espinal de 27 Gauge punta de lápiz, esto significa la utilización de una aguja, de finísimo calibre con punta atraumática utilizada para raquianestesia de pacientes jóvenes; se elige así para prevenir un síndrome meníngeo que aparece con frecuencia baja en los pacientes menores de cuarenta años, llamado cefalea postpunción de duramadre (CPPD).

Pese a la utilización de agujas de pequeño calibre con puntas diseñadas para evitar la CPPD, entre un 3 a un 8% de los pacientes sigue presentando este síndrome dependiendo de susceptibilidades personales.

El síndrome de CPPD es muy fácil de confundir con una meningitis si no es valorada por un anestesta y sobre todo por la similitud de síntomas entre una meningitis y la CPPD. Alertado por el síndrome meníngeo lo más común es que este tipo de pacientes terminen con la realización de una punción lumbar con agujas raquídeas de gran calibre, para la obtención de líquido cefalorraquídeo (LCR), para su estudio de células, bioquímica y cultivo. Con ello se persigue obtener un diagnóstico de certeza. Si bien, es cierto, que en

la mayoría de este tipo de pacientes se suele encontrar un LCR anómalo pero los cultivos suelen ser negativos, no pudiéndose evidenciar ni confirmar el diagnóstico de certeza de meningitis bacteriana.

El anestésico local utilizado fue la ropivacaína en dosis de 12 mg y al 0,5 % de concentración. Este es uno de los tres anestésicos de los que disponemos en nuestro hospital para la realización de raquianestias, los otros dos son la lidocaína y la bupivacaína. Fue elegida la ropivacaína, porque según nuestra experiencia es un anestésico muy adecuado para intervenciones de duración menores a dos horas, por la rápida y buena respuesta que presenta. En raras ocasiones existe un cuadro llamado meningitis reactiva que está relacionado con los excipientes del anestésico local, con la entrada de células epidérmicas en el LCR o con el arrastre de las soluciones yodadas que empleamos para desinfectar la piel.

El cuadro de meningitis reactiva se desarrolla entre las 12 y 18 horas siguientes a la entrada en el LCR cualquiera de los agentes citados, es un cuadro con una sintomatología muy parecida a una meningitis infecciosa, con la cual tenemos que hacer un diagnóstico diferencial; en cualquier caso el cultivo nos dará el diagnóstico definitivo.

Las meningitis bacterianas son una infección del sistema nervioso central que pueden estar causadas por una gran variedad de bacterias. El agente patógeno sigue un patrón de distribución según edad, inmunodeficiencias, intervenciones quirúrgicas, etc. Lo cual significa que no es necesario una raquianestesia para producir una meningitis bacteriana.

Las meningitis de origen infeccioso son muy poco frecuentes con la técnica de punción lumbar para raquianestesia.

En mis años de anestesista he realizado más de 10.000 raquianestias y no he tenido ninguna meningitis bacteriana, sin embargo sí he tenido varias CPPD y una meningitis reactiva; la mayoría de los pacientes han sido tratados por mis compañeros anestesistas o por mi mismo, y todos ellos han tenido una recuperación total que ha ido entre varios días a dos semanas, con el tratamiento habitual de cafeína, abundantes líquidos, corticoides y analgésicos anti inflamatorios, no precisando antibióticos.

Lo cierto es que estos cuadros meníngeos son muy floridos en sintomatología impresionando de gravedad, pero todos ellos tienen una rápida recuperación del paciente; siendo las secuelas muy raras.

Fui informado por el cirujano de lo sucedido a x., varios días después. Me puse en contacto mediante llamada telefónica con el intensivista del Morales Meseguer el Dr. x., que fue el encargado del caso durante su ingreso en la UCI. Me comentó que la evolución del paciente fue muy rápida y satisfactoria cuando se introdujo en el tratamiento corticoides y nolotil, asimismo se mantuvo el antibiótico por prudencia, ya que en un primer momento fue catalogado de meningitis bacteriana por lo sugerente del LCR, pero por la buena y rápida recuperación también se planteó el diagnóstico diferencial con meningitis reactiva.

Según he podido saber posteriormente el cultivo bacteriológico del LCR fue negativo, y el paciente evolucionó satisfactoriamente. “

3. También consta el parecer de la dirección médica del Hospital Mesa del Castillo, que señala:

“El paciente x. fue intervenido para la realización de meniscectomía por Traumatología de este Centro mediante raquianestesia (practicada por el Servicio de Anestesia) el día 21

de diciembre de 2005. Durante su estancia y posterior evolución en Reanimación y Planta no se observaron incidencias dignas de mención y fue dado de alta por parte de Traumatología el día 21 de Diciembre de 2005.

Dos días más tarde fuimos informados de que el paciente había sido ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Morales Meseguer. Al conocer la noticia y dado de que se trataba de uno de nuestros pacientes nos pusimos en contacto con la Dirección Médica del citado Servicio (Dr. x.) y con uno de los médicos adjunto (Dr. x) que le habían atendido para interesarnos por su situación. En esa conversación ambos médicos manifestaron que el cuadro clínico había evolucionado favorablemente, que la reacción meníngea estaba en estudio y que podría tratarse tanto de una reacción meníngea de origen químico, como de un proceso infeccioso. La evolución clínica y los cultivos practicados darían el diagnóstico definitivo. Posteriormente, nos pusimos en contacto con el Dr. x. (Medicina Interna), médico encargado en planta del citado paciente, para conocer su situación. También nos expuso sus dudas sobre el cuadro clínico.

En este Hospital la Anestesia raquídea o raquianestesia se realiza siguiendo los más estrictos controles y según el protocolo habitual que impone la Lex Artis, siendo uno de los procedimientos anestésicos más frecuentes.

En la reclamación existen afirmaciones totalmente falsas:

a) “la infección de 5 pacientes, entre los que me encontraba yo mismo, en el Hospital Mesa del Castillo de Murcia, todos intervenidos en el mismo quirófano entre los días 21 y 22-12-06, y todos habiendo contraído meningitis”.

b) “que éramos nosotros, los 5 pacientes, los portadores de los estafilococos causantes de la enfermedad”.

c) el quirófano afectado fue cerrado por las autoridades sanitarias.

Por tanto, no aceptamos el conjunto de la reclamación y todavía menos que se diga en ella que el personal no cumplía las medidas de higiene mínimas y que ello sea causa directa de una infección bacteriana causando meningitis aguda a través de la punción lumbar realizada para administrar anestesia.

Finalmente, con la información de la cual disponemos sobre la evolución clínica del paciente, y por el hecho, sí conocido por nosotros, de la buena evolución del mismo, con cultivos de LCR negativos, creemos que podríamos estar ante un cuadro clínico de Cefalea postpunción o una Meningitis Química secundaria al procedimiento de raquianestesia.

Esta complicación es posible y relativamente frecuente dentro de la práctica normal de la técnica y en absoluto es consecuencia de una mala práctica clínica”.

CUARTO.- El reclamante presenta escrito de proposición de prueba consistente en la documental, que acompaña al escrito de reclamación, así como el historial médico completo, al tiempo que solicita que se requiera al Hospital Mesa del Castillo a que informe sobre las siguientes cuestiones:

a) Si el día 21 de diciembre del 2005 fue intervenido de menissectomía artroscópica mediante raquianestesia.

b) Si le consta al Hospital que el 21 de diciembre de 2005 se produjo algún caso de meningitis bacteriana a pacientes intervenidos.

c) Si en la citada fecha o en fecha posterior fue cerrado algún quirófano y el motivo.

También que se aporte al expediente informe del Inspector de Sanidad sobre los casos de meningitis bacteriana detectados en el citado Hospital, y que se requiera al Morales Meseguer la remisión de su historial médico tras el ingreso del 22 de diciembre de 2005.

Por último, solicita como pericial la ratificación por el Dr. x., si procede, de su informe de 13 de febrero de 2006.

QUINTO. Por el órgano instructor se solicitó al Hospital Mesa del Castillo respuesta a las siguientes cuestiones:

1.- Si le consta al citado Hospital que el día 21-12-05 se produjo algún caso de meningitis bacteriana a pacientes que fueron intervenidos.

2.- Si en la citada fecha o en otra inmediatamente posterior fue cerrado algún quirófano y por qué motivo.

En su contestación, se recibe un oficio del citado Hospital en el que se expresa lo siguiente:

“1.- No consta en este Hospital que ni el día 21-12-05 ni en fechas posteriores se haya producido caso alguno de meningitis bacteriana.

2.- No hemos recibido ninguna notificación de cierre de nuestros quirófanos, por lo que ni en la fecha citada ni en fechas posteriores ha sido cerrado ningún quirófano en este Hospital”.

SEXTO.- Consta en el expediente el informe del Inspector de Sanidad x., de 29 de diciembre de 2005, relativo a la visita de inspección realizada el 26 de diciembre anterior al Hospital Mesa del Castillo (folios 65 a 66 del expediente), cuyas conclusiones son, entre otras, las siguientes:

“- Meningitis bacterianas originadas por práctica inadecuada de las técnicas de asepsia y antisepsia necesarias para realización de raquianestesia.

— Posible foco infeccioso en portador que previsiblemente es un enfermero o un celador auxiliar. “

SÉPTIMO.- También se remite por el Hospital Morales Meseguer el historial médico del paciente (folios 81 a 146), e informe del Dr. x., que reitera sus informes en dicho historial, precisando que con posterioridad al 18 de enero de 2006 no ha vuelto a ver al paciente (folio 95).

OCTAVO.- Previa solicitud de información por parte del reclamante sobre el estado en que se encuentra el expediente, el órgano instructor le comunica que se encuentra pendiente del informe de la Inspección Médica, figurando tres comparecencias del interesado para retirar documentación del mismo (folios 148, 150 y 155).

NOVENO.- Solicitado informe a la Inspección Médica el 26 de junio de 2006, es evacuado el 19 de mayo de 2008, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1.- Resumen historia clínica: Varón de 32 años que es intervenido en el HMC de meniscectomía derecha por artroscopia mediante el procedimiento de raquianestesia. Requiere nuevo ingreso a las 17 horas de la intervención en el HUMM por meningitis aguda. No antecedentes de toma previa de AINES y sí de antibióticos (cefuroxima). Requiere

ingreso en UCI donde al alta se emite el diagnóstico de “Meningitis bacteriana aguda iatrógena”, pasa a cargo del Servicio de Enfermedades Infecciosas siendo alta con el diagnóstico de “Meningitis aguda: bacteriana o medicamentosa en probable relación con raquianestesia”.

2.- El reclamante es el cuarto caso perteneciente a un brote epidémico de 5 casos de meningitis post-raquianestesia detectado por el Servicio de Epidemiología de la Consejería de Sanidad en un hospital concertado por el SMS (HMC), en un intervalo de tiempo de 10 meses (del 19/02/2005 al 23/12/2005). La coincidencia de los casos en un mismo hospital, en un único servicio, en un corto intervalo de tiempo hizo sospechar una posible violación de las técnicas de asepsia relacionadas con la raquianestesia.

3.- Todos los casos presentaron clínica y perfil de LCR compatibles con etiología bacteriana. Esta etiología se fundamenta en los siguientes hechos:

a) Informe de la Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios de no cumplimiento de las medidas de asepsia/antisepsia en parte del personal sanitario de quirófano (no uso de mascarillas, ni guantes, ni lavado de manos por parte del celador/auxiliar y enfermero instrumentista). Se comprobó coincidencias de profesionales en los 4 últimos casos.

b) Corto intervalo de tiempo entre uno y otro caso. Los casos 2 y 3 fueron intervenidos el mismo día. Los casos 5 y 6 fueron consecutivos (día 22/12/2005 y 23/12/2005) y en este último el cultivo del LCR y hemocultivo fueron positivos. El corto intervalo de tiempo entre los casos, podría ser una indicación clara de fuente común de contaminación.

c) La tasa de ataque (indicador de incidencia) era muy alta: 2,6 casos por 1.000 pacientes. La alta tasa de ataque en relación con la incidencia habitual (0,045-0,07 casos por 1.000 intervenidos) para esta práctica anestésica, es un indicador claro de brote epidémico con un probable denominador común.

d) El perfil del LCR era característico de meningitis bacteriana con líquido turbio y consumo importante de glucosa con proteínas altas, al que se añadía la elevación de un reactante de fase aguda, como es la PCR en sangre periférica, que caracteriza los procesos infecciosos bacterianos.

e) La toma previa de antibióticos, independientemente de la duración del tratamiento, pudo negativizar los cultivos del LCR (entre las 2 y 4 horas de iniciada una antibioticoterapia parenteral el LCR puede alcanzar la completa esterilización). Sólo el último caso, que no recibió antibioticoterapia previa, según historia clínica y datos del HMC, se obtuvo crecimiento en el LCR y en el hemocultivo (*Streptococcus viridans*).

f) Este microorganismo es el más frecuentemente aislado en meningitis bacterianas post-raquianestesia y tiene baja afinidad por las meninges causando sólo el 0.3-2.4 % de todos los casos de meningitis purulentas, por lo que se entiende que es necesario un procedimiento invasivo para llegar a meninges.

4.- Las meningitis bacterianas post-raquianestesia aunque están incluidas dentro de las meningitis nosocomiales, éstas presentan características propias, siendo los gérmenes causantes distintos de los habituales. Son *Estafilococos* y *Estreptococos* los más frecuentemente involucrados en cuadros donde se plantea una contaminación exógena desde la orofaringe del operador que no usa mascarilla, que realiza una inadecuada desinfección del paciente o debido a la contaminación de las soluciones de desinfección.

5.- *En el caso particular de x. apoyan esta etiología, además de los datos expuestos en el apartado nº 3, los siguientes datos clínicos: 1) no antecedentes de toma previa de AINES, 2) la toma previa de un antibiótico que pudo negativizar los cultivos, 3) la alteración de las pruebas de coagulación del paciente al ingreso, 5) la relación de proximidad en el tiempo (un día antes) con el último caso en el que se aisló en el LCR y hemocultivos Streptococcus viridans y 6) las cifras marcadamente altas de proteínas que sirve para diferenciar entre meningitis bacteriana y aséptica.*

6.- *La no existencia de una relación temporal con un fármaco desencadenante (principalmente AINES) o la aparición de mejoría tras la retirada de este y la evidencia de la violación de las medidas de asepsia y antisepsia en el procedimiento de raquianestesia, excluye con una alta probabilidad la etiología medicamentosa como causa desencadenante de la meningitis.*

7.- *Se descarta la cefalea post-punción dural, por las características del LCR y un hemograma con leucocitosis y marcada desviación a la izquierda compatible con meningitis bacteriana, además de la aparición de fiebre (no habitual en la CPPD) y el uso de una aguja de punción de punta de lápiz que reduce la frecuencia de aparición de esta complicación.*

8.- *En el caso de x. existe una clara relación causa-efecto entre la violación de las medidas de asepsia en el quirófano y la producción de una meningitis bacteriana iatrógena post-raquianestesia. El paciente requirió ingreso hospitalario durante 8 días y tras curación del episodio de meningitis aguda, presentó cefalea periorbitaria que le obligó a permanecer en situación de incapacidad laboral durante 38 días sin otras secuelas. “*

Se acompaña, como documentación, el informe sobre el brote epidémico, elaborado por el Servicio de Epidemiología el 20 de abril de 2006 (folios 183 a 196).

DÉCIMO.- Por el órgano instructor se comunicó al Hospital Mesa del Castillo su condición de parte interesada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, acompañando copia de la reclamación de responsabilidad patrimonial, e indicando que debía dar parte del mismo a su compañía aseguradora (folio 198).

UNDÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas (folio 202 y ss.), no consta que formularan alegaciones, si bien comparece un representante del reclamante para retirar documentación del expediente (folio 210).

DUODÉCIMO.- La División Médica de la correduría de seguros x. realiza un informe sobre valoración del daño el 8 de septiembre de 2008, que concluye en una cantidad indemnizable de 6.445,42 euros, siendo trasladado al interesado para que pueda formular alegaciones, presentando el reclamante las siguientes (folios 216 a 219):

Inicialmente muestra su conformidad con las secuelas determinadas y con la duración de la incapacidad temporal que le corresponde. Por el contrario, muestra su disconformidad con las cuantías indemnizatorias establecidas para los días de ingreso hospitalario e impeditivos, pues entiende que no debe ser aplicable el baremo de accidentes de tráfico del año 2005, manifestando que la jurisprudencia utiliza un criterio discrecional, evaluando los días impeditivos a razón de 60 euros por día y los hospitalarios a 80 euros por día. Discute, igualmente, que la valoración de la secuela (síndrome postconmocional) se establezca en el mínimo (5 puntos), y sostiene que ha de valorarse en su grado máximo, teniendo en cuenta

las graves secuelas que se le han producido (cefaleas, vértigos, alteraciones del sueño, del carácter y de la libido), según reconoce el informe pericial que aporta.

DECIMOTERCERO.- La propuesta de resolución, de 5 de noviembre de 2008, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía de 6.445,42 euros, más la actualización que corresponda en los términos del artículo 141.3 LPAC, por existir un daño antijurídico causado por la actuación de los servicios públicos sanitarios. También establece que corresponde al centro concertado (Hospital Mesa del Castillo) la obligación de indemnizar los daños producidos, debiendo abonar al reclamante la citada cantidad.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 25 de noviembre de 2008 se ha recabado del 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.

1. En cuanto a la legitimación activa, la condición de interesado del reclamante para ejercitar la acción de reclamación frente a la Administración regional, viene dada por la condición de usuario de un centro sanitario público, o de un centro privado concertado por derivación de la sanidad pública, como concurre en el presente supuesto, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Respecto a la legitimación pasiva, el reclamante atribuye la infección bacteriana a la intervención que se le practicó en el Hospital Mesa del Castillo el 21 de diciembre de 2005, por rotura de menisco interno de rodilla derecha, siendo éste un centro de titularidad privada concertado con la Consejería de Sanidad, y por esta vinculación con el sistema regional de salud ejercita la acción de reclamación frente al Servicio Murciano de Salud.

A este respecto conviene traer a colación nuestra doctrina en relación con los centros concertados de la sanidad pública, reproduciendo el siguiente párrafo del Dictamen núm. 136/2003:

“Esta circunstancia no altera el hecho de que el servicio que se presta es público y la titularidad del mismo la ostenta la Administración, con independencia de que se gestione por un tercero; por ello, sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General

de Sanidad). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen n.º 85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: “el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”.

Como plasmación de lo expuesto, la Disposición Adicional Duodécima de la LPAC, introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece: “ La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo”.

En el presente supuesto, aun cuando no se documenta en el expediente la derivación del paciente al centro concertado por la sanidad pública, sí consta la factura remitida por éste al Servicio Murciano de Salud (folio 55), en donde se especifica como servicio responsable el de Traumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca y, como cobertura, la lista de espera. En todo caso, aunque la asistencia haya sido prestada por derivación de la sanidad pública, dicho centro asistencial debe asumir la indemnización de daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño se haya producido por causas imputables a la Administración.

2. También se cumple el requisito temporal, en cuanto que la reclamación se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

3. Por último, analizada la tramitación del procedimiento, se advierte que se ha seguido, en líneas generales, lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones, salvo el tiempo máximo para resolver que ha rebasado ampliamente el previsto en el artículo 13.3 del citado Reglamento, al demorarse, en exceso, el informe de la Inspección Médica; no obstante, se han salvaguardado escrupulosamente las garantías de audiencia a los interesados, entre ellas las del centro sanitario concertado.

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 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 sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Especialmente, respecto a las infecciones hospitalarias y las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante las Administraciones Públicas sanitarias, conviene extraer tres consideraciones en las que se centra la jurisprudencia, incorporadas ya a la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 121/08):

1ª) La mera constancia de una infección en el contexto hospitalario no es título de imputación suficiente de responsabilidad. Ello conllevaría una radical objetivación de la responsabilidad, contraria a aquella doctrina jurisprudencial, común a todos los casos en que se pretende la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de la asistencia sanitaria, que propugna que *“...frente al principio de responsabilidad objetiva que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y curativo de todas la dolencias, ha de recordarse el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria es la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero no garantizador de resultado, en el sentido de que es exigible de la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, pero en modo alguno puede determinar la existencia de una responsabilidad una actuación médica que se haya acomodado a la lex artis, es decir, al estado de la ciencia existente en aquel momento, puesto que no cabe entender que el principio de responsabilidad objetiva instaurado en el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común conduce a la consecuencia que parece estimar la recurrente de hacer responsable a la Administración de cualquier circunstancia afectante al paciente con independencia de una correcta actuación y prestación de los servicios sanitarios médicos, pues apreciarlo así convertiría a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007).

Esta doctrina, por tanto, no encuentra excepción en el ámbito de las infecciones hospitalarias, debiendo concurrir el resto de presupuestos citados con anterioridad de la LPAC para el surgimiento de la obligación de indemnizar.

2ª) Ha de atenderse al carácter evitable o no de la infección, es decir, si se adoptaron por la Administración sanitaria o, en este caso, por el centro concertado al que se derivó al paciente, todas las medidas posibles para evitar la infección, lo que nos conecta, inevitablemente, con el criterio de la *“lex artis”*, que actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001). En este sentido, 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 exige, en su aplicación al presente supuesto, la adopción por parte del servicio responsable de la adaptación de unas medidas adecuadas para evitar la contaminación.

Consecuencia de lo anterior es que si el daño alegado pudo evitarse, cabe afirmar su antijuridicidad, es decir, que el paciente no está obligado a soportarlo (artículo 141.1 LPAC).

3ª) También ha de atenderse en estos casos a aquellos principios generales de la prueba que pueden modular la distribución de su carga, tomando en consideración tanto el principio de disponibilidad y facilidad probatoria hoy consagrado en el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como la imposibilidad de probar un hecho negativo. En aplicación de tales criterios, correspondería a la Administración sanitaria acreditar qué medidas se adoptaron en orden a evitar el contagio, pues pretender que fuera el reclamante quien hubiera de probar que aquéllas no se adoptaron le abocaría a una verdadera *probatio diabolica*.

Aplicada las anteriores consideraciones al presente supuesto, se alcanzan las siguientes conclusiones:

1ª) Es evidente la existencia de un daño, pues el paciente requirió ingreso hospitalario durante 8 días por un episodio de meningitis aguda, que le obligó a permanecer en situación de incapacidad laboral durante 40 días por presentar cefalea periorbitaria, reuniendo, en consecuencia, las características exigidas por el ordenamiento como requisito para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial (individualizado, efectivo y evaluable económicamente), si bien su extensión, conceptos y cuantía reclamada serán objeto de consideración posteriormente.

2ª) También se desprende de las actuaciones que la infección se produjo en el ámbito hospitalario, pues así se recoge en los informes de los Inspectores Sanitarios (Antecedentes Sexto y Noveno), que recogen la existencia de un brote epidémico de 5 casos de meningitis post-raquianestesia, detectado por el Servicio de Epidemiología de la Consejería de Sanidad en el centro concertado donde se intervino al paciente, en un intervalo de tiempo de 10 meses.

3ª) La meningitis declarada es de etiología bacteriana, originada, según las consideraciones médicas de los Inspectores Sanitarios a cuyas conclusiones nos remitimos, por la práctica inadecuada de las técnicas de asepsia y antisepsia necesarias para la realización de raquianestesia, con un posible foco infeccioso en portador que previsiblemente es un enfermero o un celador-auxiliar.

4ª) Se reconoce por la Inspección Médica en el supuesto enjuiciado, que existe una clara relación causa-efecto entre la violación de las medidas de asepsia en el quirófano y la producción de la meningitis bacteriana iatrógena postraquianestesia.

5ª) Por último, cabe afirmar la antijuricidad del daño, en tanto el centro concertado está compelido a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance, debiendo aplicar todas las medidas preventivas posibles para evitar la infección.

En consecuencia, determinada la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, ha de determinarse, en última instancia, a quien corresponde asumir la responsabilidad, conforme a nuestra doctrina, citada en la propuesta de resolución, coincidiendo el Consejo Jurídico que corresponde al centro concertado la obligación de indemnizar los daños producidos al reclamante, en la cuantía establecida seguidamente.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

El reclamante solicita una cuantía indemnizatoria de 16.590,39 euros, por los conceptos que posteriormente se relacionan.

La propuesta de resolución reduce la citada cuantía indemnizatoria a 6.445,42 euros, al entender excesiva la valoración propuesta por el interesado, fundándose para ello en el informe de valoración de la correduría de la aseguradora del ente público.

No obstante, antes de entrar a considerar el *quantum* indemnizatorio, sí conviene especificar, por incurrir en ciertas contradicciones la parte reclamante, lo siguiente:

1º. 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); por ello, cualquiera que sea el criterio valorativo que se acoja, ha de referirse a la fecha en que la lesión efectivamente se produjo (intervención realizada el 21 de diciembre de 2005), sin perjuicio de su actualización, como recoge la propuesta de resolución.

2º. Efectivamente, como sostiene el 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, si bien ha sido el propio interesado el que ha introducido la aplicación del citado baremo, en atención a las cantidades solicitadas, aunque utilizando años distintos del baremo, incurriendo en manifiesta contradicción al solicitar unas cuantías para los días de ingreso hospitalario e improductivos en el escrito de reclamación, y otras distintas en el escrito posterior de alegaciones.

Entrando a considerar la cantidad reclamada, desglosada en los distintos conceptos, se realizan las siguientes consideraciones:

1. Por los días de estancia hospitalaria.

En aplicación del sistema para valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de tráfico durante el año 2005 (Resolución de 7 de febrero de 2005 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), resulta una cantidad diaria de 58,19 euros (coincidente con los solicitado por el interesado en el escrito de reclamación), que multiplicados por 8 días se obtendría la cantidad de 465,52 euros, como propone el órgano instructor.

2. Por los días improductivos.

El reclamante propone 40 días que se encuentran justificados, sin que hayan sido discutidos por el órgano instructor, siendo la cuantía diaria por este concepto de 47,28 euros diarios, según la resolución indicada, por lo que conforme a la propuesta de resolución resulta la cantidad de 1.891,20 euros.

3. Secuela.

El reclamante solicita por la cefalea periorbitaria, mareos y cansancio fácil 15 puntos de secuela. Añade en el escrito de alegaciones, tras conocer el informe de valoración de la correduría de seguros, que tiene alteraciones del sueño, de la memoria, del carácter y de la libido, todo ello orientado a justificar la aplicación del grado máximo del síndrome postconmocional, aunque ha de señalarse que tales secuelas no están justificadas documentalmente,

ni se recogen en la pericial aportada por él, que se contrae a señalar, sin mayor detalle, que le ha quedado como secuela una cefalea periorbitaria (folio 20).

Por el contrario, el órgano instructor propone 5 puntos por secuela cefalea, conforme al criterio utilizado por el perito de la correduría de seguros que, en este caso, conviene precisar, no defiende posiciones de la aseguradora en tanto se trata de daños imputables a un centro concertado, no cubiertos, presumiblemente, por la póliza del Servicio Murciano de Salud.

El Consejo Jurídico considera, sobre los datos que figuran en el expediente, que resulta justificada la propuesta de resolución que evalúa dicha secuela en 5 puntos, por las siguientes razones:

1º) Si nos atenemos al informe de la Inspección Médica, además de los días de incapacidad laboral, se señala en sus conclusiones que “*sin otras secuelas*”.

2º) El informe pericial de la parte reclamante se limita a señalar que le ha quedado como secuela una cefalea periorbitaria, lo que motiva la siguiente reflexión del perito de la correduría de seguros:

“Existe una cefalea post-infecciosa que corresponde a la que tiene acreditada el reclamante, pero pudiendo aceptar por analogía el síndrome postconmocional, como secuela, nos parece excesivo valorarlo en 15 puntos ya que este síndrome tiene una horquilla de valoración entre 5 y 15 puntos, consistiendo el mismo en cefalea, vértigo, alteraciones del sueño, de la memoria, del carácter, de la libido, al tener sólo la cefalea consideramos más correcto valorarlo en 5 puntos”.

3º) Resulta determinante en este aspecto acudir a la historia clínica del paciente, que viene a confirmar la valoración contenida en la propuesta de resolución. Así, en la revisión de 18 de enero de 2006 en el Hospital Morales Meseguer (cuando se encuentra de baja por incapacidad laboral), se anota que el paciente se encuentra bien y que sólo se queja de cefalea periorbitaria cuando usa el ordenador más de una hora (folios 54 y 84). El 28 de enero siguiente, en el parte de consulta se escribe “*se le firma el parte de alta con fecha 9/2/06 en ese momento y hasta la fecha el paciente puede realizar su trabajo habitual, pero presenta aún cefalea, mareo y cansancio fácil, lo que pongo en conocimiento a todos los efectos*”.

Por lo expuesto, en modo alguno se ha probado en el historial el vértigo, las alteraciones del sueño, de la memoria, del carácter y de la libido para poder aplicar el síndrome postconmocional en su grado máximo como se reclama. Tampoco se documenta en el expediente posteriores revisiones que puedan acreditar tales extremos, pues el Dr. x. de la Unidad de Enfermedades Infecciosas manifiesta en su informe de 29 de mayo de 2006 (folio 82), que con posterioridad al 18 de enero de 2006 (revisión en consultas externas) no ha vuelto a ver al paciente.

En atención a lo expuesto, cada uno de los 5 puntos habrá de valorarse a 700,55 euros, resultando por este concepto la cantidad de 3.502,75 euros.

4. Factor de corrección.

A la suma de los conceptos anteriores habría que añadir el 10% de factor de corrección, solicitado por el reclamante al encontrarse en edad laboral, conforme al citado baremo (585,94 euros).

De todo lo anterior resulta la cuantía propuesta por el órgano instructor (6.445,42 euros), que habrá de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial (artículo 141.3 LPAC).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante la Administración regional, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen.

SEGUNDA.- Procede, en la misma resolución, que se declare que corresponde al Hospital concertado la obligación de indemnizar los daños producidos al reclamante.

TERCERA.- Se dictamina favorablemente la indemnización a satisfacer, con la pertinente actualización, conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 66/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 02/04/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 43.

DICTAMEN 67/09.- Consulta facultativa sobre la interpretación del artículo 42.1 LPAC en responsabilidad sanitaria. Simultaneidad de procedimiento administrativo y proceso contencioso sobre una misma pretensión. Simultaneidad de resoluciones.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 07/04/09

Extracto de Doctrina

1. La Administración ha de dictar resolución expresa sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial siempre que se produzca antes del dictado de la sentencia que

hubiere de recaer en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la correspondiente reclamación.

2. Por lo que se refiere a la eventualidad de que la Administración resuelva expresamente la reclamación de responsabilidad después de dictarse sentencia declarativa a virtud de la impugnación de la desestimación presunta de aquélla, debe decirse que ello no resulta jurídicamente correcto, y si se produce, podrá reaccionarse contra dicha resolución por los medios previstos en el ordenamiento jurídico, según sea la situación planteada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de septiembre de 2006, x. presentó reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería consultante, por los daños sufridos el día 2 de diciembre de 2005, cuando al finalizar su jornada laboral como auxiliar de enfermería en el Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” (en lo sucesivo, HUVA), sufrió una caída en los pasillos del Servicio de Urgencias Pediátricas del citado Hospital, debido a que aquéllos se encontraban mojados por haber sido recientemente fregados, sin que existiera señal alguna que advirtiese de dicha circunstancia. Debido a la caída sufrió diversas lesiones de las que fue atendida en el servicio de urgencias del HUVA. Posteriormente acudió para evaluación, tratamiento y vigilancia de las lesiones a la Dra. x., que le prescribió 45 sesiones de rehabilitación.

A su escrito de reclamación acompañaba la interesada la siguiente documentación:

- a) Informe del Servicio de Urgencias del HUVA.
- b) Comunicación de accidente de trabajo.
- c) Informes sobre resonancias magnéticas.
- d) Informe médico, en el que se concluye que, una vez finalizado el tratamiento a la paciente —en el que se han incluido 25 sesiones de RHB—, le queda secuela consistente en “*gonalgia mecánica bilateral inespecífica ocasional*”, que valora en cuatro puntos.
- e) Factura de la Clínica de Fisioterapia Quirón, por importe de 945 euros, correspondientes a 45 sesiones de RHB.
- f) Factura por honorarios médicos de la Dra. x., por importe de 750 euros.

Consideraba la reclamante que los daños sufridos eran directamente imputables a la omisión por parte de la Administración del cuidado necesario de los centros públicos de asistencia sanitaria, por lo que considera que se le debe indemnizar, en concepto de responsabilidad patrimonial, la cantidad de 7.154,76 euros, que desglosa del siguiente modo:

— 30 días impositivos x 47,28 euros/día.....	1.418,40 euros
— 60 días no impositivos x 25,46 euros/día...	1.527,60 euros
— 4 puntos de secuela.....	2.513,76 euros
— Gastos rehabilitación.....	945,00 euros
— Gastos médicos.....	750,00 euros

Proponía como medios de prueba la documental, consistente en dar por reproducidos los documentos que acompañaba a la reclamación, y la testifical del Dr. x. y de la enfermera x.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de febrero de 2007 se dictó Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) admitiendo a trámite la reclamación, lo que se notificó a las partes interesadas, esto es, a la reclamante, a la entidad aseguradora del SMS y a --, S.A., empresa contratista del servicio de limpieza del citado hospital, la cual compareció en el procedimiento, en donde se le notificaron las actuaciones oportunas y formuló alegaciones en el trámite de audiencia otorgado al efecto, oponiéndose a la estimación de la reclamación en su conjunto, por falta de acreditación de los hechos en que se basa y, subsidiariamente, solicitó que no se le imputara a ella la responsabilidad que eventualmente se declarase. Tramitado el procedimiento, el Consejo Jurídico emitió el Dictamen nº 170/08, de 27 de octubre, en el que consideró procedente estimar parcialmente la reclamación y reconocer una indemnización de 4.419,41 euros, en concepto de secuelas e incapacidad temporal impositiva, a la vista de la historia clínica de la reclamante y el informe pericial aportado por la misma.

TERCERO.- Interpuesto en su día por la reclamante un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, fue resuelto por sentencia nº 657, de 11 de noviembre de 2008, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia, recaída en los autos nº 811/2007, en la que estima parcialmente dicho recurso, reconociendo el derecho de la recurrente a percibir una indemnización de 851,04 euros, en concepto de incapacidad temporal impositiva, más los intereses legales, condenando a tal efecto solidariamente a la Administración regional y a su aseguradora, únicas demandadas en dicho recurso.

En la sentencia se indica que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

CUARTO.- El 12 de noviembre de 2008, es decir, un día después de dictarse la referida sentencia, el Director Gerente del SMS, por delegación de la Consejera de Sanidad y Consumo, dictó Orden, de acuerdo con el previo Dictamen de este Consejo Jurídico, por la que estimaba parcialmente la reclamación, reconociendo a la reclamante una indemnización de 4.419,41 euros, por los mismos hechos. Asimismo, la Orden declara que *“corresponde a la empresa contratista --, S.A. abonar la indemnización indicada a la perjudicada x., y si ésta (sic, aquélla) no satisficiera voluntaria y directamente el pago, será esta Administración la obligada a hacer frente a la indemnización sin perjuicio de posteriormente ejercitar por la vía de repetición contra el contratista, en ejecución de esta resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad abonada”*.

Dicha Orden fue notificada a las partes interesadas en el procedimiento.

QUINTO.- El 23 de diciembre de 2008, --, S.A interpone en tiempo y forma recurso potestativo de reposición contra la referida Orden, basado, esencialmente, en dos motivos:

a) Contradicción de la Orden con lo establecido en la sentencia citada, debiendo prevalecer lo dispuesto en ésta por tratarse de cosa juzgada por la misma.

b) Falta de acreditación de que el accidente se hubiere debido a negligencia o inobservancia en las operaciones que requiere la ejecución del contrato administrativo de limpieza del hospital.

En conclusión, la contratista solicita que se anule la resolución recurrida y, subsidiariamente, que se modifique la misma y se establezca como indemnización máxima procedente la cantidad de 851,04 euros; en este punto, y a la vista de sus previas alegaciones, que se analizarán en la Consideración Tercera, II, de este Dictamen, parece

que también solicita que no le sea imputada la responsabilidad final y, por tanto, dicha indemnización.

Acompaña a su escrito de recurso copia simple de la reseñada sentencia.

SEXTO.- Consta en el expediente remitido una copia del justificante del ingreso en cuentas de consignaciones judiciales, realizado por la aseguradora del SMS, de la cantidad de 949,01 euros, en concepto de “*principal más intereses*”, en cumplimiento, según se deduce, de la referida sentencia.

SÉPTIMO.- El 3 de febrero de 2009, la Jefa del Servicio Jurídico del SMS emite informe del que se destaca lo siguiente:

“Desde este Servicio Jurídico y mediante el presente informe, ponemos en su conocimiento y, para que si lo considera procedente, sea objeto de consulta al Consejo Jurídico, la situación de inseguridad jurídica que ha generado, una interpretación rigorista (en opinión de este Servicio Jurídico) del art. 42 de la Ley 30/92, artículo conforme al cual según ese Consejo Jurídico, “la circunstancia de que se haya interpuesto... un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por parte de los reclamantes, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (art. 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración lo resuelva durante su sustanciación, siempre que no se haya dictado la correspondiente sentencia por parte del Tribunal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso administrativo a la resolución expresa”. (Dictámenes 72/2006, 148/2006, 3/2008, 70/2008 y 124/2008, entre otros). (...)

Expuestos sucintamente los hechos, este Servicio Jurídico, se encuentra actualmente ante la paradoja de tener que cumplir dos resoluciones contradictorias y ante un vacío normativo sobre las consecuencias que se podían derivar de la instrucción paralela del procedimiento administrativo y judicial, que por infortunio han finalizado al mismo tiempo, sin posibilidad material de comunicación entre ambos Ordenes y aún más, ante el previsible nuevo recurso contencioso administrativo contra la expresada Orden.

En el supuesto analizado, objeto de consulta, este Servicio Jurídico considera la prevalencia del cumplimiento de la Orden, al tratarse de un acto dispositivo de reconocimiento de derechos a la reclamante, sin que el fallo de la sentencia (anterior en el tiempo) suponga un obstáculo para el cumplimiento de dicha Resolución, sin incurrir en la vulneración del principio de los actos propios. (...)

Aun cuando la literalidad del art. 42 de la Ley 30/92, nos lleve a interpretar que la obligación de resolver “en todo caso” es siempre, incluido cuando el reclamante interpone recurso contencioso, si las consecuencias de dicha interpretación son ilógicas e indeseables, otorgando competencias paralelas a dos órganos distintos, creando duplicidad de procedimientos, quebrando, como hemos dicho, el principio de eficacia y dando lugar a dos resoluciones contradictorias, la finalidad del precepto debe ser distinta, según las reglas de la sana crítica.(...)

Por todo lo expuesto, este Servicio Jurídico, considera ajustada a derecho la no continuación del procedimiento administrativo, tras la interposición del recurso contencioso, sobre la base de los siguientes argumentos:

— *La doctrina y la jurisprudencia utilizan siempre los términos “podrá optar”, expresión que conlleva una elección, por lo tanto excluyente una de otra.*

— *La finalidad última del artículo 42 es hacer desaparecer la obligación del ciudadano de recurrir contra el silencio administrativo.*

— *Mientras no se dicte resolución expresa, no existe limitación de plazo para recurrir.*

Expuestos estos hechos, este Servicio Jurídico considera conveniente someter a consulta del Consejo Jurídico lo siguiente:

1º Con carácter general si se debe o no continuar con la tramitación administrativa una vez interpuesto recurso administrativo, si es así actuaciones a llevar a cabo por esta administración para evitar dualidad de resoluciones.

2º Actuación a seguir en el caso concreto que se plantea, habida cuenta que el contratista x., ha interpuesto recurso potestativo contra la Orden de la Consejera de Sanidad y Consumo en el que solicita: la nulidad de la misma, por considerar que existe una sentencia firme que nada le imputa y subsidiariamente el pago de 851'04 euros.”

OCTAVO.- Mediante oficio registrado el 27 de febrero de 2009, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de informe facultativo sobre las dos cuestiones finalmente planteadas en el informe antes citado, acompañando el expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter facultativo, al no concurrir ninguno de los supuestos que determinan la preceptividad de nuestro Dictamen, conforme con lo establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Sobre la obligación de la Administración de resolver expresamente una reclamación de responsabilidad patrimonial existiendo un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de aquélla.

I. El artículo 42.1, primer párrafo, LPAC, establece que “*la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación*”. En el mismo sentido, el artículo 43.1 LPAC establece que “*en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo*” (en el que se establece, entre otros aspectos, que, en caso de desestimación presunta, la resolución expresa posterior no estará predeterminada por el sentido del silencio, a diferencia de lo que sucede en los casos de estimación presunta).

Por otra parte, el artículo 89.1 LPAC determina el alcance de la resolución del procedimiento al establecer que *“la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”*.

Este marco jurídico establecido por la normativa específicamente reguladora de la actuación de la Administración Pública debe completarse, en lo que atañe a las cuestiones objeto de análisis, con lo dispuesto en diversos preceptos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en concreto, con lo previsto en su artículo 36.4, que establece que *“será, asimismo, aplicable lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo (es decir, que el recurrente pueda solicitar, antes de dictarse la sentencia, la ampliación del recurso a un acto distinto del inicialmente impugnado) cuando en los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos presuntos la Administración dictare durante su tramitación resolución expresa respecto de la pretensión inicialmente deducida. En tal caso podrá el recurrente desistir del recurso interpuesto con fundamento en la aceptación de la resolución expresa que se hubiere dictado o solicitar la ampliación a la resolución expresa. Una vez producido el desistimiento del recurso inicialmente interpuesto, el plazo para recurrir la resolución expresa, que será de dos meses, se contará desde el día siguiente al de la notificación de la misma”*.

Por su parte, el artículo 76.1 de dicha Ley contempla uno de los supuestos posibles de entre los previstos en el transcrito artículo 36.4, en concreto, cuando *“interpuesto recurso contencioso-administrativo la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante”* (lo que puede hacer, y será lo frecuente, con el dictado de una resolución expresa estimatoria de la solicitud deducida en vía administrativa), cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Tribunal para que éste proceda conforme a lo establecido en el número 2 de dicho artículo 76.

II. De la conjunción de los transcritos preceptos de la LPAC y LJCA se concluye sin dificultad que la Administración ha de dictar resolución expresa sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial siempre que se produzca **antes** del dictado de la sentencia que hubiere de recaer en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la correspondiente reclamación. Y ello porque, en tal momento, su deber de resolver expresamente tales reclamaciones (posibilitando con ello al reclamante el conocimiento de los motivos de la resolución así adoptada, lo que le permite defender sus derechos con mayor conocimiento de causa, por las vías jurídicas que en cada caso procedan), no encuentra obstáculo legal alguno; antes al contrario, es, como se ha visto, una circunstancia prevista en las normas procesales de referencia. Por consiguiente, es plenamente correcta la doctrina de este Consejo Jurídico plasmada en los Dictámenes reseñados en el informe jurídico de la Consejería consultante (Antecedente Séptimo).

Deben añadirse a lo dicho algunas observaciones que pueden resultar útiles para completar el análisis de este supuesto. Así, de entre las diversas situaciones posibles, se destaca que si, dictada y notificada al recurrente la resolución expresa, éste decide (es potestativo para el mismo, según la LJCA) solicitar la ampliación del recurso a dicha resolución expresa y no hay obstáculo procesal para acordarla, dicha resolución será enjuiciada en el seno del recurso pendiente. Si existe obstáculo procesal al respecto (como puede ser, paradigmáticamente, que para entonces el recurso haya terminado por auto o sentencia, en cuanto que el recurrente dispone, en principio, de un plazo de dos meses, contado desde la notificación de la resolución expresa, para solicitar la ampliación del recurso), se darán varias posibilidades: a) si la resolución expresa es totalmente desestimatoria de la recla-

mación, es decir, si tiene el mismo sentido que el acto presunto denegatorio recurrido, el recurrente no necesitará impugnarla nuevamente en vía contencioso-administrativa, según reiterada jurisprudencia (STS, Sala 3ª, de 24-6-92 y 23-2-04, entre otras), de modo que los efectos de dicha resolución expresa se dilucidarán, en su caso, en el proceso interpuesto contra la desestimación presunta; b) si la resolución expresa tiene un contenido distinto a la desestimación total de la pretensión indemnizatoria, la jurisprudencia viene reiterando que, si el particular no está conforme con lo resuelto, debe impugnar tal acto porque, como dice la STS, Sala 3ª, de 27-2-97, “*si así no fuera, los actos expresos llegarían a ser firmes y consentidos, quedando sustraídos a la jurisdicción sin que, por consiguiente, la sentencia que se dicte con respecto a los actos inicialmente combatidos pudieran alcanzarse en sus consecuencias* (sic, quiere decirse, según aclara algún autor, que no podría la sentencia alcanzar a las consecuencias o efectos de dichos actos expresos firmes) (*Sentencia del Tribunal Constitucional número 98/1988, de 31 de mayo*)”.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de las posibilidades de revisión de oficio de la Administración Pública respecto de una resolución expresa suya, de contenido distinto a la desestimación presunta de la reclamación indemnizatoria, adoptada aquélla antes de dictarse sentencia pero no impugnada después por los particulares ante la jurisdicción contenciosa, y que resulte contradictoria con lo establecido en la sentencia posteriormente dictada; en tal caso, si la Administración considera contraria a Derecho y lesiva para el interés público dicha resolución expresa, habrá de estar, en su caso, a lo establecido en el Capítulo I del Título VII LPAC (artículos 102 a 106).

III. Por lo que se refiere a la eventualidad de que la Administración resuelva expresamente la reclamación de responsabilidad **después** de dictarse sentencia declarativa a virtud de la impugnación de la desestimación presunta de aquélla, debe decirse que ello no resulta jurídicamente correcto, y si se produce, podrá reaccionarse contra dicha resolución por los medios previstos en el ordenamiento jurídico, según sea la situación planteada.

En efecto, la resolución expresa de una reclamación de responsabilidad patrimonial, adoptada en fecha posterior a la de la sentencia declarativa recaída a virtud de la impugnación de su desestimación por silencio administrativo, es contraria a Derecho, entre otras razones, porque, como dice la STS, Sala 3ª, “*el mandato constitucional del artículo 118 CE, que proclama la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, rige también para las Administraciones Públicas*”, de forma que, dictada la sentencia, lo que corresponde a la Administración es una actuación de cumplimiento y ejecución de la misma en sus propios términos. “*A sensu contrario*” ello significa que, en lo no juzgado por la sentencia, la Administración Pública conserva sus potestades, como podría ser (así sucede, como veremos, en el caso que motiva la consulta) en lo atinente a una eventual resolución declaratoria de la responsabilidad final del contratista (cuyo fundamento, como se sabe, es la vía de regreso que a aquélla le puede corresponder frente a éste), siempre, claro está, que dicha cuestión no haya sido también decidida por la sentencia, pues en tal caso el mismo respeto a esta última le sería exigible a la Administración Pública.

El fundamento técnico de dicho respeto administrativo a lo resuelto en una sentencia judicial y la improcedencia jurídica de que en estos casos se resuelva expresamente la reclamación (concibiéndose la resolución en el sentido y con el alcance a que se refiere el ya transcrito artículo 89.1 LPAC), no residiría estrictamente, como pone de relieve algún autor, en el principio de respeto a la cosa juzgada, pues éste se proyecta exclusivamente sobre un nuevo proceso judicial (artículo 222 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil),

sino en el efecto propio de una sentencia judicial declarativa entre las partes, que es, para las mismas, dar firmeza a la relación jurídica litigiosa en los términos que aquella establece (sin perjuicio de los efectos “*erga omnes*” que, en ocasiones, también tengan las sentencias). Sentencias que, en el ámbito que ahora concretamente nos ocupa, tienen como objeto, como se sabe, el reconocimiento o no de una situación jurídica individualizada de carácter indemnizatorio a título de responsabilidad patrimonial administrativa por unos determinados hechos imputables, en su caso, al funcionamiento de los servicios públicos; y se trata de una situación jurídica individualizada fijada por la sentencia que constituye el pronunciamiento jurídico definitivo al respecto, prevalente sobre cualquier otro que las partes (aquí, singularmente, la Administración), pudieran establecer con fundamento en el indicado título jurídico. De ello se sigue lo establecido en el artículo 103.2 LJCA en el sentido de que “*las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que se determinen*”.

Por todo lo anterior, y como este Consejo Jurídico viene advirtiendo reiteradamente en Dictámenes como los citados en el informe emitido por el órgano consultante, cuando en el procedimiento administrativo de responsabilidad se tenga constancia de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la correspondiente reclamación, el instructor debe desplegar una especial actividad de coordinación con el Letrado de la Administración en el recurso pertinente, y de éste con la oficina judicial. Y ello, entre otros aspectos, para evitar que la Administración dicte resolución expresa cuando ya se haya dictado sentencia en dicho recurso. Si, aun con lo anterior, se produjera tal situación, existen remedios jurídicos para corregir, en su caso, la situación planteada, pero ello en modo alguno puede justificar una paralización del procedimiento administrativo y negar el deber que tiene la Administración, de principio, de dar respuesta expresa a las reclamaciones presentadas.

En este sentido, y sin ánimo de agotar las actuaciones que deben realizarse para evitar situaciones como la planteada en el caso objeto de consulta, parece lógico que, como primer punto de partida, la Administración deba considerar como elemento clave a la hora de plantearse la procedencia de dictar la resolución expresa de la reclamación la diligencia judicial declaratoria de que el proceso ha quedado concluso para sentencia y el señalamiento de día para votación y fallo, a que se refieren los artículos 64.3 y 4 LJCA. Sin embargo, la práctica judicial demuestra que, en ocasiones, esta actuación de trámite se notifica a las partes muy poco tiempo antes o simultáneamente a la misma sentencia, en cuyo caso la Administración podría verse “*sorprendida*” por la existencia de una sentencia de cuyo dictado podía no tener previsible conocimiento, por lo que las actuaciones tendentes a la averiguación del estado del proceso podrían tener que ir más allá de la existencia y examen de dicha diligencia de votación y fallo y tener que realizar las oportunas averiguaciones ante la oficina judicial.

No obstante lo anterior sí, por las razones que fuesen, después de dictada la correspondiente sentencia la Administración resolviera expresamente la reclamación de responsabilidad, dicha resolución estaría incurso en invalidez en la medida en que contradijera lo establecido en la sentencia, en los términos antes razonados.

A partir de ello, las partes legitimadas dispondrán de los medios jurídicos establecidos por el ordenamiento jurídico para reaccionar contra dicha resolución en la medida en que ello convenga a sus intereses. Así, los particulares podrán interponer recurso potestativo de reposición contra la correspondiente Orden resolutoria, como en el caso que da origen a la

consulta ha hecho una de las partes en el procedimiento (la empresa contratista), además de poder recurrirla directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

No parece, sin embargo, que dicha Orden pueda ser dejada sin efecto en el proceso de ejecución de la sentencia, pues, fuera del supuesto excepcional al que se refiere el artículo 103.4 y 5 LJCA (actos administrativos dictados con la finalidad de eludir pronunciamientos judiciales, lo que no es el caso si el órgano competente para resolver no conocía en aquel momento la sentencia en cuestión), dicha Orden está sujeta al régimen general de impugnación de los actos administrativos.

En lo que atañe a la actuación de oficio de la Administración, y de igual modo que para el caso analizado en el punto anterior, habrá de estarse a lo dispuesto, en su caso, en el Capítulo I del Título VII LPAC (artículos 102 a 106).

TERCERA.- El caso concreto planteado. Actuaciones a seguir: la tramitación y resolución del recurso de reposición interpuesto contra la Orden de 12 de noviembre de 2008, por la que se resuelve expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial de referencia.

Las precedentes consideraciones generales permiten resolver el caso concreto que da origen a la presente consulta.

I. Así, de los Antecedentes expuestos se desprende: a) que la Orden de 12 de noviembre de 2008 resolvió expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada; b) que lo hizo en fecha posterior –en un día- a la sentencia nº 657, de 11 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia; c) que aquélla contradice a ésta en lo que atañe a la cuantía de la indemnización a reconocer a la reclamante; d) que dicha resolución no contradice a la sentencia en lo que atañe a la posible responsabilidad final del contratista prestador del servicio público que motivó la reclamación, pues la sentencia no juzga tal cuestión, limitándose a declarar la responsabilidad patrimonial solidaria de la Administración regional y su aseguradora, “*sin que proceda extenderla a la interesada comparecida (la citada contratista) al no dirigirse demanda alguna contra ella y ello sin perjuicio de la posible derivación de responsabilidad que efectúe la Administración en su caso*”; y e) que la contratista interpuso en tiempo y forma recurso potestativo de reposición en el que impugna la citada Orden, por ser contraria a la citada sentencia, solicitando su anulación y, subsidiariamente, que se declare que la indemnización procedente asciende a 851,04 euros. Como dijimos en el Antecedente Quinto, de sus alegaciones se deduce que solicita también que no se le impute a ella la responsabilidad final por dicha indemnización.

A partir de lo anterior, procede la tramitación del citado recurso, en el que, como primera actuación, debe incorporarse al procedimiento el oportuno testimonio judicial acreditativo de la firmeza de la sentencia, para después emplazar a los interesados conforme con lo dispuesto en el artículo 112 LPAC, previamente a la formulación de la correspondiente propuesta de resolución.

II. Por lo que se refiere a la resolución de dicho recurso, y sin perjuicio de las alegaciones que posteriormente pudieran realizar las partes, parece claro, no obstante, que, conforme con lo razonado en la Consideración precedente, habría de ser estimado en parte, en cuanto que deberá declarar que la indemnización que procede reconocer a la reclamante, conforme con la sentencia en cuestión, es de 851,04 euros, más los intereses legales calculados de la forma establecida en la misma.

Y se dice que habría de ser estimado sólo en parte porque no procede modificar el pronunciamiento de dicha Orden relativo a la declaración de la responsabilidad final de la empresa contratista, pues, en contra de lo que ésta afirma en su recurso, la apreciación probatoria que realiza la sentencia sobre los hechos en cuestión no proviene, sin más, de la realizada por la Administración en el seno del procedimiento administrativo. Como revela la mera lectura de dicha sentencia, ésta llega a la convicción de la realidad de los hechos por valoración propia de la prueba testifical practicada.

Así, en su fundamento jurídico tercero declara lo siguiente:

“Tercero.- Partiendo de tales presupuestos, a la vista de la prueba practicada queda acreditado, a través de la testifical del Dr. x., Jefe de Sección de Urgencias de Pediatría y de x., que el día 2/12/05, entre las 8,30 y 9,00 horas, x., que contaba con 52 años de edad, sufrió lesiones a raíz de una caída producida en el pasillo de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, cuyo suelo se encontraba mojado al estar las limpiadoras desarrollando su trabajo y sin que se hubiera señalado el peligro mediante carteles indicativos.

Así las cosas queda acreditada la realidad del daño denunciado producido como consecuencia de una caída al resbalar la recurrente en el suelo del pasillo de urgencias, que estaba mojado por las labores de limpieza, no habiéndose colocado cartel indicativo alguno que advirtiera del potencial peligro, por lo que la caída puede ser achacada a un anormal funcionamiento del servicio público, lo que determina que el daño haya de ser considerado antijurídico.”

A partir de lo anterior, es clara la responsabilidad final de la empresa contratista, prestadora del servicio de limpieza en cuestión, en la producción de los daños por los que la reclamante debe ser indemnizada, por no haber señalado debidamente la existencia del suelo mojado, conforme todo ello con las consideraciones que sobre esta cuestión se contienen en la resolución recurrida, que en este punto debe ser confirmada.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Administración regional está obligada a dictar resolución expresa sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que tenga en trámite siempre que no le conste que sobre la correspondiente reclamación haya recaído ya sentencia judicial declarativa resolviendo la impugnación de la desestimación presunta de dicha reclamación, debiendo adoptar especiales medidas de coordinación con el Letrado de la Administración para conocer el estado de tramitación del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDA.- En los especiales supuestos analizados en la Consideración Segunda de este Dictamen, en los que se haya producido resolución expresa de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pendiente un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de aquélla, recayendo sentencia previa o posteriormente a dicha resolución expresa, la actuación de la Administración regional habrá de estar a lo que se expone en dicha Consideración sobre la eventual contradicción de dicha resolución con la sentencia dictada, y sobre las vías jurídicas de impugnación de la primera.

TERCERA.- Por lo que se refiere a la actuación a seguir por la Administración en el concreto caso origen de la consulta, habrá de tramitarse y resolverse el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la resolución expresa de la reclamación, conforme con lo expresado en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 68/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 07/04/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 69/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 07/04/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.

DICTAMEN 70/09.- Reconocimiento de obligaciones contraídas con omisión del trámite de fiscalización previa, por las que se conceden ayudas derivadas del Programa de Mejora Medioambiental en los Espacios Naturales Protegidos de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 07/04/09

Extracto de Doctrina

La omisión de la fiscalización previa y el correlativo incidente procedimental, han de ser considerados, como regla general, aisladamente, porque cuando a la obligación así generada acompañan otros vicios, el alcance de éstos puede determinar que el cauce procedente para su sanación sea otro.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según se desprende del expediente remitido, la entonces denominada Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, mediante Orden de 13 de noviembre de

1995, estableció ayudas derivadas del programa de Mejora Agroambiental en los Espacios Naturales Protegidos de la Región de Murcia, en aplicación del Reglamento 2078/1992 de la CEE, sobre métodos de producción agraria compatible con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural. El artículo 2 de la citada Orden establece cuatro tipos de ayudas, entre las que se encuentra la dirigida a la *“retirada de tierras de cultivos para su gestión y manejo con fines medioambientales y de conservación y protección del espacio natural”*. Según el artículo 5 los beneficiarios de estas ayudas recibirán una subvención anual por hectárea de tierra retirada, por un período de cinco años, cuya cuantía máxima dependerá de los tipos de cultivo retirados.

Mediante Orden del titular de la Consejería consultante de 1 de octubre de 1996 se concedieron ayudas del citado tipo a una serie de beneficiarios, por un montante global de 99.777.158 pesetas, correspondiente a la anualidad 1996 e indicándose en el disponiendo tercero que *“en años sucesivos, el otorgamiento y pago de las mismas (subvenciones) quedan condicionadas a la efectividad de la aportación comunitaria, y a la existencia de crédito adecuado en los Presupuestos Generales de esta Comunidad Autónoma”*.

La citada Orden de 13 de noviembre de 1995 fue modificada por otra de fecha 20 de enero de 1997, con el fin de contemplar las mejoras técnicas y administrativas que la experiencia en su gestión aconsejaban (exposición de motivos) y, mediante Orden de 27 de noviembre de 1998, se concedieron nuevas subvenciones a los beneficiarios que en ella se relacionan por un montante global de 41.358.530 pesetas, recogándose, en relación con el pago de anualidades sucesivas, la misma previsión que contemplaba la Orden de 1 de octubre de 1996, que se ha transcrito en el párrafo anterior.

Con fecha 21 de diciembre de 2004 se publica en el BORM la Orden de 14 de diciembre de 2004 de la Consejería antes citada, por la que se refunden y modifican las anteriores Órdenes (13 de noviembre de 1995 y 20 de enero de 1997) y que, según manifiesta en su exposición de motivos, tiene como objetivo principal solucionar la contradicción existente entre el período de vigencia de la ayuda (cinco años) y el período de compromiso exigido a los beneficiarios de la misma (veinte años), declarando en su artículo 1 que el período de vigencia de las ayudas será de veinte años.

SEGUNDO.- La Interventora Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua, al conocer los expedientes que se le remiten para fiscalizar el pago de la anualidad de 2007 a quince beneficiarios de la citada subvención, informó el 6 de noviembre de 2008 que se trataba de gastos aprobados con omisión de la fiscalización previa, apuntando, además, los siguientes incumplimientos normativos:

a) No se utilizó el procedimiento previsto para la tramitación de gastos plurianuales, regulado en el artículo 37 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (TRLH), de forma que no consta en el expediente certificado de cumplimiento de porcentajes plurianuales, ni documentos contables plurianuales. Todo ello sin tener en cuenta que la concesión al fin sería por veinte años, lo que hubiera precisado acuerdo favorable del Consejo de Gobierno para modificar el número de anualidades y, en su caso, los porcentajes.

b) No consta que se verificara que los beneficiarios se encontraban al corriente de sus obligaciones tributarias con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, como exigía el artículo 51 de la Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia, vigente en el momento de conceder las subvenciones.

Señala que el objeto del gasto lo constituye quince expedientes para los que se tramita el pago de la anualidad 2007 con cargo a la partida 1704.531A.47000, por un importe total de 298.291,79 euros, de los cuales el 41% corresponde a la ayuda financiada por FEADER (Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural), el 10% a la financiada por el MAPA (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación) y el 49% restante corresponde a la financiada por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, todos ellos de la línea de retirada de tierras de cultivo para su gestión y manejo con fines medioambientales y de conservación y protección del espacio natural.

Indica asimismo que existe crédito adecuado y suficiente para hacer frente al gasto que se propone; que según los informes que constan en el expediente se han realizado los controles administrativos y de campo que exige la normativa para proceder al pago de la ayuda, por lo que no parece oportuna la revisión de los actos de concesión de las subvenciones, ya que el importe de la indemnización no sería inferior al de la ayudas.

TERCERO.- La Dirección General de Regadíos y Desarrollo Rural emite propuesta al Consejero de Agricultura y Agua para que eleve al Consejo de Gobierno la convalidación de las Órdenes de 1 de octubre de 1996 y de 27 de noviembre de 1998, en la que, después de enumerar la normativa por la que se rigen las ayudas y hacer un resumen de las actuaciones desplegadas en relación con estas ayudas desde el momento de su convocatoria hasta la fecha de emisión de dicha propuesta, indica esencialmente que:

a) Se han venido concediendo estas subvenciones y adquiriendo compromisos de gasto a 5 y 20 años que se financiaban del siguiente modo: 75% por el FEOGA GARANTÍA y el 25% restante por el MAPA y por la Consejería de Agricultura y Agua.

b) Por error no se emitieron los documentos contables AD ni se sometieron los expedientes a fiscalización previa.

c) Se ha llevado a cabo unas modificaciones de las resoluciones de concesión de las ayudas con el fin de adaptar la relación de parcelas beneficiadas por las ayudas al Sistema de Información Geográfica (SIGPAC), así como para contemplar anulaciones producidas por renuncia de los beneficiarios, subrogaciones y cualquier otra modificación que se haya producido.

d) Se incluye relación en la que constan los beneficiarios que continúan en la medida de retirada de tierras una vez consideradas las anualidades finalizadas, anualidades restantes, subrogaciones producidas y adaptación de superficies a la base de referencia SIGPAC, que coincide con los expedientes sometidos a la Intervención Delegada.

e) Se afirma que *“los documentos contables, que ahora se proponen, recogen las autorizaciones y disposiciones actualmente en vigor de las órdenes de concesión de 1 de octubre de 1996 y de 27 de noviembre de 1998 para todas las anualidades que queden hasta finalizar el respectivo período de vigencia, teniendo en cuenta que la anualidad 2006 fue la última en la que se pudo abonar las cantidades comprometidas a cada beneficiario, mediante documentos ADOK, por parte del Organismo Pagador de esas ayudas desde el año 1996”*.

CUARTO.- Con fecha 29 de enero de 2009 se emite informe por el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante sobre cuestiones formales para tramitar el procedimiento necesario para resolver el incidente de reconocimiento de obligaciones sin fiscalización previa al que se refiere el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciem-

bre, que desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCIM).

QUINTO.- Consta, finalmente, entre la documentación remitida, la propuesta que el Consejero de Agricultura y Agua pretende elevar al Consejo de Gobierno para continuar el procedimiento y obtener la autorización oportuna, que se expresa en los siguientes términos:

“Remover el obstáculo que supone la omisión de intervención de las Ordenes del Consejero de Medio Ambiente, Agricultura y Agua, de 1 de octubre de 1996 y 27 de noviembre de 1998, por las que se conceden ayudas, derivadas del Programa de Mejora Medioambiental en los Espacios Naturales Protegidos de la Región de Murcia, reconociendo las obligaciones contenidas en dichas Órdenes”.

El expediente se acompaña de extracto de Secretaría e índice de documentos.

SEXTO.- En tal estado de tramitación V.E. remitió el expediente para su informe preceptivo a este Consejo Jurídico, mediante escrito que tuvo entrada el pasado día 10 de febrero.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Según lo establecido en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico (LCJ), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre una propuesta que se proyecta elevar al Consejo de Gobierno sobre el reconocimiento de una obligación económica contraída por la Administración regional, que no fue objeto de la previa y preceptiva fiscalización por la Intervención.

SEGUNDA.- Delimitación de las cuestiones planteadas.

Se desprende de las actuaciones documentadas que acompañan a la consulta diversas cuestiones que, a efectos de emitir Dictamen, es necesario delimitar, ya que el informe de la Intervención Delegada se refiere a incumplimientos normativos de diferente alcance jurídico y, sobre todo, de diferente consideración a la hora de resolver el incidente de reconocimiento de obligaciones sin fiscalización previa al que se refieren el precepto esgrimido para consultar y el artículo 33.3 RCIM.

Tal como en otras ocasiones ha indicado este Consejo, la omisión de la fiscalización previa y el correlativo incidente procedimental, han de ser considerados, como regla general, aisladamente, porque cuando a la obligación así generada acompañan otros vicios, el alcance de éstos puede determinar que el cauce procedente para su sanación sea otro.

I. Como primer incumplimiento, señala la Intervención el consistente en haber reconocido obligaciones de carácter plurianual sin seguir los trámites que para las mismas establece el artículo 37 TRLH.

La tramitación de este tipo de obligaciones tenía una regulación diferente en cada uno de los momentos en los que se reconocieron:

1. Para la primera Orden de concesión dictada el 1 de octubre de 1996, regía el artículo 35.6 de la entonces vigente Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia, según redacción dada por la Disposición adicional vigésimosegunda de la Ley 13/1995, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para ese año. Se afirma en este precepto que *“mediante acuerdo del Consejo de Gobierno podrán adquirirse compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, sin que sea preciso iniciar su ejecución en ejercicio corriente cuando se trate de concesión de subvenciones para actuaciones protegibles en materia de vivienda o motivadas por daños ocasionados por accidentes climatológicos, y aquellas otras que sean financiadas, en todo o en parte, con cargo a fondos de la Unión Europea”*. Por otro lado la Disposición Adicional décima de esta misma Ley establece que *“durante el ejercicio 1996 las autorizaciones de gastos, excluidos los de personal y los correspondientes a la sección 01, cuyo importe supere los sesenta millones de pesetas, así como las autorizaciones de gasto que comprometan fondos de ejercicios presupuestarios futuros, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, corresponderán al Consejo de Gobierno, con excepción de los gastos correspondientes a la sección 02 que, en todo caso, se registrarán por lo establecido en el artículo 76 de la Ley de Hacienda”*.

La competencia para la autorización correspondía, tanto por razón de la cuantía como por la naturaleza plurianual del gasto, al Consejo de Gobierno y, por lo tanto, el Consejero incurrió en incompetencia relativa, al haber concedido las subvenciones sin la preceptiva autorización. Junto a ello, se adoptó el acto sin que el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Hacienda y previo informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, modificara los porcentajes de gastos aplicables en cada ejercicio, así como el número de anualidades a los que se refería el citado artículo 35 en su apartado 3, tal como se prevé en el apartado 4 del mismo artículo, lo que también resulta preceptivo dado que las subvenciones aquí referidas tienen un alcance temporal de 5 y 20 años.

2. En el momento de dictarse la segunda Orden de concesión, es decir, el 27 de noviembre de 1998, resultaba de aplicación el artículo 42 de la Ley 12/1997, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 1998, que, en relación con la gestión de créditos correspondiente a la Política Agraria Común, recoge la competencia del Consejero de Medio Ambiente, Agricultura y Agua para la ejecución de los mismos en todas sus fases y aun cuando rebasen los 100 millones de pesetas, quedando sin embargo en el Consejo de Gobierno la competencia para autorizar la modificación de anualidades y porcentajes.

Por otro lado, en el apartado 5 de este precepto se establece la prohibición de ordenar pagos, sin que previamente se haya hecho efectiva la recepción de los fondos vinculados a la citada Política Agraria Común por importe igual o mayor a la propuesta de pago. Esta prohibición se ha ido recogiendo en todas y cada una de las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma correspondientes a los ejercicios que median entre el consignado y el corriente, ambos inclusive.

Resulta, pues, esencial que con carácter previo o al menos simultáneamente a la autorización a la Consejería consultante al reconocimiento, en su caso, de las obligaciones objeto de la presente consulta, el Consejo de Gobierno autorice la concesión que se contiene en la Orden de 1 de octubre de 1996 y, tanto para ésta como para la dictada con fecha 27 de noviembre de 1998, se autorice, a propuesta de la Consejera de Hacienda y previo informe

de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, la modificación de los porcentajes de gastos aplicables en cada ejercicio, así como el número de anualidades.

II. El segundo incumplimiento observado por la Intervención Delegada, consiste en que las subvenciones se concedieron sin que quedase acreditado que los beneficiarios no tenían deudas tributarias con la Comunidad Autónoma, requisito que actualmente se establece en el artículo 11 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Región de Murcia y que en el momento de concederse las ayudas se recogía en el artículo 51 de la citada Ley 3/1990. Si fuese materialmente posible esta omisión debería subsanarse con la incorporación al expediente de la certificación que acreditase tal circunstancia. En cualquier caso, sí que se han ido incorporando las certificaciones correspondientes con carácter previo al pago de las distintas anualidades.

TERCERA.- Sobre el incidente de omisión de fiscalización previsto en el artículo 33 RCIM.

Con relación a ello, es de estimar que el órgano de control ha establecido en su informe los parámetros fundamentales a tener en cuenta para que el Consejo de Gobierno pueda adoptar la resolución procedente. Así, ha constatado -a través de los informes técnicos- el cumplimiento por parte de los beneficiarios de las cargas dimanantes del derecho concedido y, en consecuencia, valora como inadecuada la revisión de los actos.

Afirma asimismo la Interventora Delegada que ha quedado acreditada en el expediente la existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente al gasto en la partida 17.04.531.47000 y, aunque no indica de qué Presupuesto, por la fecha del informe (6 de noviembre de 2008) cabe deducir que se refiere al del ejercicio 2008. Como finalmente de producirse el pago su importe se imputaría al Presupuesto del año en curso, antes de elevar al Consejo de Gobierno la propuesta de autorización objeto del presente dictamen, ha de incorporarse al expediente la documentación acreditativa de la existencia de crédito en este último presupuesto, así como de su retención.

Por su parte, la Dirección General gestora ha reconocido la omisión de la fiscalización que imputa a un error en la tramitación.

No obstante, desde un punto de vista sustantivo, debe considerarse la necesidad, motivada en los razonamientos expresados en la Consideración Segunda, de acotar el ámbito del incidente fundado en el artículo 33 RCIM, excluyendo de él las actuaciones a las que se hace referencia en la Consideración Segunda del presente dictamen.

En consecuencia, la autorización que el Consejo de Gobierno puede conceder ha de limitarse a permitir el reconocimiento de la obligación y pago de las obligaciones relativas a la anualidad pendiente del año 2007.

CUARTA.- Consideraciones adicionales.

La propuesta que se desea elevar al Consejo de Gobierno y que aparece al folio 67 del expediente, adolece de los siguientes defectos:

a) La redacción del acuerdo a adoptar por el Consejo de Gobierno no señala con suficiente claridad que este órgano debe limitarse a autorizar a la Consejería gestora el reconocimiento de la obligación económica correspondiente a la anualidad 2007, dimanante del cumplimiento por parte de los beneficiarios de las obligaciones impuestas por las Órdenes de concesión de ayudas de 1 de octubre de 1996 y 27 de noviembre de 1998.

b) En el acuerdo debe incluirse una referencia a los beneficiarios de las ayudas, aunque sea mediante remisión a una relación anexa, con indicación de la cantidad que corresponde a cada uno de ellos; asimismo deberá señalarse el importe total de la obligación cuyo reconocimiento se autoriza.

En virtud de ello, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno puede autorizar a la Consejería de Agricultura y Agua a reconocer la obligación correspondiente a la anualidad 2007 derivada de los actos objeto de consulta, según propuesta de acuerdo que debe redactarse en los términos que se indican en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Con carácter previo a ello, deberá:

1. Incorporarse al expediente documento contable acreditativo de la existencia y retención del crédito adecuado y suficiente para hacer frente al reconocimiento de dicha obligación.

2. Acreditarse el ingreso en la Tesorería regional de las transferencias de fondos vinculados a la PAC destinados a financiar los porcentajes a cargo del FEADER y del MAPA.

TERCERA.- Las demás infracciones constatadas en el informe de la Intervención Delegada no pueden ser resueltas por medio de este incidente al tener otros procedimientos de subsanación. En particular, la modificación de anualidades y porcentajes a efectos del artículo 35.4 de la Ley de Hacienda (actualmente artículo 37.4 TRLH), debe ser elevada al Consejo de Gobierno por el titular de la Consejería de Economía y Hacienda.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 71/09.- Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio en el expediente: "Modificado de las obras de acondicionamiento de la Ctra. C-3314 a su paso por Yecla entre los pp.kk. 64,600 al 66,180".

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 15/04/09

Extracto de Doctrina

1. El ejercicio del "ius variandi" de la Administración no permite alterar sustancialmente ni el objeto ni las condiciones esenciales del contrato; esa restricción, que resulta lógica, es fundamentalmente una garantía para el contratista, tratando de evitar la imposición unilateral por la Administración de unas condiciones absolutamente distintas a las que regían las condiciones de licitación al tiempo de la adjudicación (...) Por otro lado,

otra pauta a la que se debe sujetar la Administración en el ejercicio del “ius variandi” es la exigencia de objetividad en su actuación, concretada en los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, la modificación que se plantea no parece constituir una alteración de ningún elemento esencial del contrato, teniendo en cuenta conjuntamente su objeto, y la naturaleza (corrección de errores) y cuantía de la misma (poco más del 14 por ciento del precio del contrato).

2. La finalidad de interés público, por tanto, no basta por sí misma para justificar la modificación del contrato, porque es necesario que, además, concurren los presupuestos habilitantes señalados por el precepto legal, es decir, que la modificación sea debida a “necesidades nuevas o causas imprevistas”. Expresa el Consejo de Estado en su Memoria de 1990 que en la aplicación del precepto es preferible huir del rigorismo exagerado y obrar con cierto grado de ductilidad. Compartir tal afirmación no significa admitir una concepción finalista tan desproporcionada que pueda eclipsar el sentido propio de las palabras recogidas en tal precepto.

3. Entre la Administración Pública y el interés público hay una correlación básica, de tal forma que éste debe estar presente en cualesquiera actos de aplicación de las normas. Desde su formulación en el artículo 103.1 CE como interés general, hasta el reconocimiento de que las potestades y competencias administrativas sólo se justifican si son para salvaguardarlo, pasando por su utilización en el artículo 19.1, b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para delimitar los contratos administrativos de los privados, es una constante que justifica la existencia de la Administración Pública y su presencia en la vida social. Y la función que cumple no es sólo habilitante sino, también y simultáneamente, la de abrir una vía de control que sirva para comprobar si la actuación administrativa se ajusta a la legalidad y a la juridicidad en general. Por eso, no puede alegarse como argumento para justificar una actuación opuesta al derecho positivo, por más dúctil que éste pueda ser, y que se superpone a otras, tales como la aprobación, supervisión y replanteo de un proyecto con unas carencias tan ostensibles.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por orden de 3 de agosto de 2007 se adjudicó a la mercantil --, S.A., por un importe de 3.724.344,00 euros, el contrato para ejecución de las “obras de acondicionamiento de la Carretera c-3314 a su paso por Yecla, p.k. 64,600 al 66,180”. El plazo de ejecución es de 13,5 meses. El 8 de febrero de 2007 se había suscrito el acta de replanteo previo, resultando que se daban las condiciones físicas para la ejecución de la obra tal y como está proyectada.

El 12 de noviembre de 2007, se suscribió el acta de comprobación del replanteo, que recoge, en anexo adjunto, las siguientes incidencias, las cuales, según se afirma, no afectan a la viabilidad técnica de la obra:

- 1) No se contempla la demolición de la estructura del puente de FEVE.
- 2) Existe enterrada en ambos márgenes de la carretera una red de agua potable (1.600 metros) y 3 cruces de dicha red. El proyecto no contempla las piezas especiales necesarias para realizar los cruces.
- 3) Se detecta una red de Telefónica aérea (125 metros) y subterránea (1.175 metros).

4) También se detecta una red de comunicaciones de Ono y dos cruces (100 metros de red aérea y 1.100 de subterránea).

5) Se detecta la presencia de una red eléctrica aérea con uno de sus postes en la zona de ocupación.

6) Se detecta una interferencia de la red de saneamiento que hace necesario su desvío; además, el número de pozos y tubos proyectados es superior a los presupuestados; también es necesario realizar un *by-pass* en PVC.

7) Existe una red de riego en el margen izquierdo.

8) Será necesario un desvío provisional del tráfico.

El plazo de ejecución de las obras de 13,5 meses comienza a contar desde el día siguiente al de la firma de tal acta, sin que conste que se acordase su suspensión.

SEGUNDO.- El 14 de marzo de 2008 la dirección técnica de las obras solicitó autorización para redactar un proyecto modificado, con un presupuesto líquido adicional de 534.037,02 euros, que representa un 14,34 por ciento del precio de adjudicación. Argumenta la justificación de la propuesta en que *“como resultado de la comprobación del replanteo, de las condiciones reales encontradas al efectuar los trabajos de saneos (sic) y excavaciones, de la medición real de las unidades de obras ejecutadas, de las condiciones impuestas por los titulares o concesionarios de los servicios públicos afectados por las obras, las exigencias razonables de los titulares de bienes y derechos perjudicados por las obras, es necesario satisfacer necesidades nuevas o debidas a causas no previstas en el proyecto debiendo introducirse modificaciones en las obras contratadas”*. Las necesidades nuevas o debidas a causas no previstas, según la mencionada solicitud, son las siguientes:

1) Trazado.

La rasante propuesta en el proyecto adjudicado está referida al eje del tronco, tanto en la calzada principal como en las calzadas laterales de servicio. Con esta solución en algunas zonas se producen desniveles entre la vía de servicio y las zonas de aparcamiento y circulación de las instalaciones comerciales colindantes, no aceptados por los propietarios, pues con la caída de tierras se supera la superficie de terreno que han cedido al Ayuntamiento de Yecla para la ejecución de las obras. Para reducir este inconveniente se propone independizar las rasantes de la calzada principal y de las calzadas laterales de servicio, cuya incidencia presupuestaria es una ligera variación de medición en la unidad de terraplén.

2) Demoliciones.

No se contempla en el proyecto la demolición de la estructura existente en el margen derecho (antigua estructura ferrocarril). También, y conforme han ido avanzando los trabajos de movimiento de tierras, han ido apareciendo colectores y obras de hormigón no contempladas en el proyecto, que representan mayor medición de estas unidades. Se valora en 5.655 euros.

3) Movimiento de tierras.

Una vez medida la superficie real de las zonas en la que es preciso ejecutar la unidad de escarificado de firme, se ha comprobado que existe un déficit de medición en el presupuesto del proyecto valorado en 32.028,82 euros.

4) Red de saneamiento.

A) Modificado del trazado en planta.

— Tomando como origen, de acuerdo con el proyecto, el p.k. 66,180, entre los perfiles 0+170 y 0+210, el colector de la red de saneamiento, que en ese tramo recoge las aguas de ambos márgenes, está proyectado con un diámetro de 2.000 mm.

Una vez realizada la excavación en zanja para la colocación de los tubos de saneamiento, apareció un cruce de una tubería de riego de 630 mm. y un cruce de un prisma de comunicaciones (telefónica) que hace inviable la colocación del diámetro proyectado.

Puesta esta circunstancia en conocimiento de los servicios técnicos del Ayuntamiento de Yecla se acordó, en reunión mantenida el pasado 4 de febrero con el Jefe de Servicios Técnicos y el autor del Proyecto, colocar en paralelo en este tramo dos tubos de 1.000 mm. de diámetro.

—Entre los pp.kk. 0,290 y 0,340 el colector de la red de saneamiento está proyectado con una tubería de hormigón armado de 1.800 mm. de diámetro, entroncando en ese punto con la red de saneamiento actualmente existente, que no se modifica en este proyecto a partir del punto indicado.

En el p.k. 0,320 está proyectado un marco prefabricado de hormigón que, de acuerdo con los datos topográficos obtenidos, interfiere con el colector de saneamiento. No siendo posible colocar la tubería a una profundidad mayor debido a la cota del pozo de registro donde se produce el entronque con la red de saneamiento existente, es necesario modificar el trazado de la red de saneamiento en ese tramo, de tal manera que discurra fuera de la zona de emplazamiento del marco de hormigón.

Por otro lado el tubo de 1.800 mm. de diámetro sobresale del terreno natural, circunstancia que no es admitida por el propietario del terreno que los ha cedido al Ayuntamiento de Yecla, por lo que en la reunión con los servicios técnicos de éste, ya citada anteriormente, se ha acordado colocar en ese tramo dos tubos, de 1.000 mm. de diámetro en paralelo.

—Así mismo se considera necesario modificar la ubicación y el trazado del cruce de calzada situado en el p.k. 0,190 de la red de saneamiento proyectada, que une el caudal del margen derecho con el del margen izquierdo, con el fin de que la corriente de las aguas no cambie de manera muy forzada su sentido de circulación.

B) Deficiencia de mediciones.

El proyecto presenta diferencias notables entre las mediciones que se deducen de los planos (tanto en los planos de planta como en los de perfiles longitudinales de la red) con respecto a las mediciones que figuran en presupuesto, que resulta necesario corregir.

C) Pozos de registro.

Los pozos de registro de mayores dimensiones que se contemplan en el proyecto son unas arquetas cuyo tamaño en metros es de 1,75 x 1,75 x 1,75, que no son válidas para la conexión de los tubos de diámetros superiores a 1.200 mm. Resulta pues necesario definir las arquetas de registro en las que conectan tubos de los diámetros señalados, que tendrán cada una de ellas unas características concretas en función de las dimensiones de los tubos y de la cota de conexión. También es necesario definir los pozos de registro donde conectar el colector formado por el doble tubo de 1.000 mm. en paralelo.

D) Imbornales.

Los imbornales que en planos de proyecto vienen representados, están situados en puntos donde es inviable su colocación, ya que en ciertos casos se sitúan incluso en el interior de las rotondas por lo que es necesario modificar su emplazamiento en planta. Esta variación únicamente supone una ligera variación en las mediciones de esta unidad.

E) Marco prefabricado.

El marco prefabricado situado en el p.k. 0+320, formado por dos cajones de dimensiones 4,5 x 2,5 (metros), no es compatible con la rasante de la carretera y espesores de la capa de firme, lámina de agua y cimentación.

Dado que esas tres variables han de respetarse, así como mantener la misma sección hidráulica, se propone su sustitución por un marco formado por tres cajones de dimensiones 3x2 (metros). Esta modificación implica una variación en la medición pasando de una medición de proyecto de 90 ml. a otra de 135, pero no supone incremento alguno en el importe de las obras.

El conjunto de modificaciones que afectan a la red de saneamiento está valorado en 101.680,00 euros.

5) Red de agua potable.

—La red de agua potable del proyecto presenta carencias, principalmente por la ausencia de piezas especiales para llevar a cabo los cruces de calzada, así como las arquetas para su alojamiento. Tampoco el proyecto contempla diez conexiones que son necesarias para poner la red en servicio.

—Debido a que en todo momento se ha de mantener el servicio de agua potable mientras se ejecuta la nueva red, se hace necesario ejecutar tres *by-pass*, dos en ambos lados del marco prefabricado (p.k. 0+320) y un tercero en el p.k. 0+210 para poder colocar el tubo de diámetro 800 de la red de saneamiento. Esta modificación está valorada en 84.418, 58 euros.

6) Red de riego.

Se valora en 19.019, 50 euros, la inclusión de piezas especiales, válvulas y tuberías, solicitadas por la empresa que suministra el servicio.

7) Red de telecomunicaciones.

La medición que se deduce de los planos, 13 arquetas, es superior a la que figura en presupuesto, 11 arquetas. Se valora en 2.543, 48 euros.

8) Vados.

El proyecto no contempla la ejecución de vados, en las aceras, carril bici y vía pecuarias para dar acceso a las diferentes instalaciones comerciales e industriales contiguas a la carretera. Para su dimensionamiento se deberá tener en cuenta que los vehículos que accederán por ellos serán de gran tonelaje. Se incluyen 16 por un importe adicional de 47.200 euros.

9) Desvíos provisionales.

—En una reunión mantenida en el Ayuntamiento de Yecla, con los representantes de los afectados por las obras y el concejal competente, se dio traslado a esta Dirección de obra

de la necesidad de no cortar completamente al tráfico la carretera durante la ejecución de las obras. Dado que el proyecto comprende la demolición completa de una obra de fábrica y la construcción sobre su emplazamiento del marco prefabricado, al que nos hemos referido en un apartado anterior, es necesario ejecutar un desvío provisional no previsto en el proyecto contratado.

—Dado que las obras se están ejecutando con un tráfico muy intenso con una IMD superior a 8.000 vehículos, es necesario diseñar un itinerario alternativo que convenientemente señalizado permita evitar el paso por la carretera de aquellos vehículos que no tienen su origen o destino en la zona de Yecla próxima al tramo en obras, siendo preciso por ello incrementar las correspondientes unidades de señalización y balizamiento de obras.

—Se hacen necesarios desvíos provisionales en el tramo final de obra para ejecutar la nueva configuración de los ramales del enlace con la N-344, así como para ejecutar los cruces de los diferentes servicios a reponer. Así, entre el pk 0+300 y 0+340 se dispone un desvío provisional de 280 metros de longitud y 7 metros de ancho de calzada, con firme de mezcla asfáltica en caliente, dotado de la correspondiente señalización, balizamiento y barreras de seguridad, que será demolido una vez que haya finalizado su utilización.

El conjunto de esta modificación se valora en 125.600,02 euros.

10) Elementos de protección del tráfico durante la ejecución de las obras.

Las unidades de barrera móvil New Jersey contempladas en el proyecto vigente para la protección del tráfico durante la ejecución de las obras, se consideran insuficientes teniendo en cuenta que las obras han de ejecutarse con una intensidad de tráfico alta (IMD superior a 8.000 vehículos) concentrada en las franjas horarias de entrada y salida a los distintos polígonos industriales que se nutren de esta vía, y con excavaciones de profundidad superior al metro contiguas a la calzada por donde circulan los vehículos. Se proyecta la colocación de 1.000 nuevas unidades de barrera móvil New Jersey, valoradas en 47.560,00 euros.

TERCERO.- El Servicio Jurídico de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes emitió informe favorable el 9 de abril de 2008, aunque señala que, de acuerdo con la propuesta de modificación, existen un gran número de deficiencias en el Proyecto que comprometen seriamente la utilidad de la obra; añade que se aprecian deficiencias que sólo cabe calificar de imprevisiones, y no de causas imprevistas, que es un concepto distinto. Y ello, repite, sin comprometer la necesidad de la ejecución de la modificación propuesta, que en otro caso podría dar lugar a una obra parcialmente inútil, lo que resulta incompatible con la noción de interés público que precisamente ha de perseguir toda modificación contractual. Según el informe han de considerarse imprevisiones que, en la red de saneamiento (en una obra calificada de urbana), ni siquiera las mediciones del presupuesto coincidan con los planos, o la inadecuación de los marcos previstos con la rasante de la carretera, los desvíos provisionales, etc., máxime cuando todo ello ha sido objeto de evaluación en el concurso (reposición de servicios, movimiento de tierras, obras de fábrica) o el propio plazo de ejecución de la obra, que se resentirá necesariamente con la modificación propuesta.

CUARTO.- Por Orden del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 10 de abril de 2008 se autorizó la redacción del correspondiente proyecto modificado, ultimándose el mismo en junio de 2008 con un presupuesto adicional de 533.898,33 €, lo que supone un incremento del 14,34% sobre el precio de adjudicación y una ampliación del plazo de ejecución en 2 meses, por lo que el plazo final de la obra será de 15,5 meses. El proyecto es supervisado favorablemente el 20 de agosto y aprobado técnicamente el 2 de

septiembre, ambos de 2008. El 29 de septiembre de 2008 la Directora General de Transportes y Carreteras propuso: a) ampliar el plazo de ejecución en dos meses; b) que se atienda a la financiación del modificado con cargo a la partida 14.03.00.513D.601.00 del proyecto n° 33078; c) que el presente adicional sea ejecutado por el contratista adjudicatario; d) que el modificado tenga derecho a revisión de precios; y e) que se realice el acta de replanteo previo y el certificado de disponibilidad de los terrenos. Finalmente, el Director General de Carreteras, el 8 de octubre de 2008, elevó propuesta para que se aprobara la modificación y el expediente de contratación subsiguiente, así como para que se adjudicara al mismo contratista de la principal.

QUINTO.- Consta asimismo en el expediente la conformidad del contratista al proyecto modificado (20 de octubre de 2008); el acta de replanteo previo viable, en la que se hace constar que se comprueba la disponibilidad de los terrenos (8 de mayo de 2008); el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de fecha 14 de octubre de 2008; y una Orden de 8 de octubre de 2008 acordando el inicio del expediente de contratación, a la que se unió el pliego citado y el informe jurídico.

SEXTO.- La Intervención General no fiscalizó favorablemente la propuesta, argumentando su criterio en informe de 10 de noviembre de 2008. Tras exponer los antecedentes del expediente, la normativa aplicable y la doctrina sobre la materia, se refiere a las particulares razones en que se basa el modificado, indicando que la mayor parte de las mismas no parecen deberse a necesidades nuevas ni a causas imprevistas sino, más bien, a errores en el proyecto inicial, entre los que se pueden citar: que no se contemple en el proyecto la demolición de la estructura existente en el margen derecho (antigua estructura de ferrocarril -FEVE-), el déficit de medición de las unidades de escarificado a realizar, las modificaciones de las redes de saneamiento (por ejemplo la inadecuación de los marcos previstos con la rasante de la carretera o la colocación de imbornales donde es inviable su ubicación: en el interior de rotondas), de agua potable (que presenta carencias como la ausencia de piezas especiales para llevar a cabo los cruces de calzada así como las arquetas para su alojamiento o no contemplar diez conexiones necesarias para poner la red en servicio), el no contemplar la ejecución de vados en las aceras, carril bici y vía pecuaria para dar acceso a las diferentes instalaciones comerciales e industriales contiguas a la carretera, o los desvíos provisionales que ahora se consideran necesarios ejecutar por la densidad del tráfico de la carretera a acondicionar y que no fueron previstos en el proyecto inicial.

Añade que el *quid* de la cuestión estriba en si los defectos observados tienen la suficiente entidad como para considerarlos incluidos entre los que naturalizan el "*ius variandi*" privándole de su carácter excepcional o bien, como hace el Servicio Jurídico de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio que, tras admitir la existencia de las citadas imprevisiones, considera necesaria la ejecución de la modificación propuesta, pues, de lo contrario, daría lugar a una obra parcialmente inútil, lo que resultaría incompatible con la noción de interés público que, precisamente, ha de perseguir toda modificación contractual, por lo que finalmente se decanta por esta opción informando favorablemente la modificación propuesta. No obstante, con esta solución se estaría precisamente desnaturalizando el "*ius variandi*", privándole de su carácter excepcional, convirtiéndolo en un medio ordinario de solventar los errores de proyecto que el ordenamiento intenta evitar imponiendo un procedimiento de elaboración y ejecución caracterizado por sucesivos y constantes controles.

SÉPTIMO.- El Director General de Carreteras propuso suscitar la discrepancia con el informe de fiscalización (5 de diciembre de 2008), para lo cual fue recabado informe del

Servicio Jurídico de la Consejería consultante, emitido el 22 de diciembre de 2008 con conclusión favorable a la modificación y, en consecuencia, a la discrepancia. Sostiene que la existencia de imprevisiones no es, en sí, condición suficiente para impedir el ejercicio del “*ius variandi*”, y menos cuando el porcentaje de la modificación no tiene entidad suficiente para implicar una modificación sustancial del contrato, como podrían ser los casos de los Dictámenes del Consejo de Estado nº 78, de 1 de abril de 1993, 1.375 de 9 de diciembre de 1993 o 1.497 de 28 de diciembre, también de 1993. Considera también que, aunque es cierto que la modificación es consecuencia tanto de necesidades nuevas como de alguna imprevisión del proyecto, el interés público quedaría sacrificado, de no aprobarse, al abocar al contrato a su resolución debiendo entonces indemnizarse al contratista con el 6 por ciento de las obras dejadas de ejecutar.

OCTAVO.- Sometido el expediente con su propuesta a la Dirección de los Servicios Jurídicos, informó ésta el 29 de enero de 2009 que la mayor parte de las razones en que se basa el modificado no parecen deberse a razones nuevas o causas imprevistas, sino más bien a errores del proyecto inicial o a imprevisiones técnicas, aunque debe reconocerse la necesidad de su ejecución para el buen fin de la obra. Con cita del Dictamen 17/2007 de este Consejo Jurídico y de diversa jurisprudencia, finaliza concluyendo que hay fundamento jurídico suficiente para levantar los reparos.

En tal estado, la consulta fue formulada, teniendo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 13 de febrero de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.13 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.- Régimen Jurídico aplicable.

El apartado 2º de la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que “*los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”; por tanto, a la propuesta de modificación sometida a consulta le será de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, y las demás disposiciones de desarrollo.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. El artículo 101.1 TRLCAP dispone que “*una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente*”.

A su vez, el artículo 149.e) de dicho texto refundido establece la siguiente causa de resolución en el contrato de obras: *“Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”*.

El ejercicio del *“ius variandi”* de la Administración no permite alterar sustancialmente ni el objeto ni las condiciones esenciales del contrato; esa restricción, que resulta lógica, es fundamentalmente una garantía para el contratista, tratando de evitar la imposición unilateral por la Administración de unas condiciones absolutamente distintas a las que regían las condiciones de licitación al tiempo de la adjudicación. En este caso no existe tal imposición, pues la contratista ha manifestado su aceptación a la propuesta que se dictamina.

Por otro lado, otra pauta a la que se debe sujetar la Administración en el ejercicio del *“ius variandi”* es la exigencia de objetividad en su actuación, concretada en los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, la modificación que se plantea no parece constituir una alteración de ningún elemento esencial del contrato, teniendo en cuenta conjuntamente su objeto, y la naturaleza (corrección de errores) y cuantía de la misma (poco más del 14 por ciento del precio del contrato).

II. El artículo 101.1 TRLCAP, ya citado, establece como finalidad de la modificación el *“interés público”*, y como presupuesto habilitante que sea debida a *“necesidades nuevas o causas imprevistas”*. Que la modificación propuesta tiene por finalidad el interés público no se cuestiona: las nuevas determinaciones a introducir en el proyecto lo subsanan, debiendo entenderse que, de no ser así, no se propondrían. Ahora bien, la invocación y prueba del interés público, siendo un elemento imprescindible de toda acción administrativa y de ésta en particular, opera como una guía finalista de la misma, pero su presencia no puede borrar los restantes elementos del régimen jurídico al que ha de ajustarse. No pueden extrapolarse afirmaciones generales sobre el interés público a cada supuesto concreto de modificación, dado que se correría el riesgo de desnaturalizar la institución desencajándola de sus límites legales, debiendo observarse tales afirmaciones en conexión con los avatares del concreto contrato que se pretende modificar (Dictamen 131/2008 de este Consejo Jurídico). La finalidad de interés público, por tanto, no basta por sí misma para justificar la modificación del contrato, porque es necesario que, además, concurren los presupuestos habilitantes señalados por el precepto legal, es decir, que la modificación sea debida a *“necesidades nuevas o causas imprevistas”*.

Expresa el Consejo de Estado en su Memoria de 1990 que en la aplicación del precepto es preferible huir del rigorismo exagerado y obrar con cierto grado de ductilidad. Compartir tal afirmación no significa admitir una concepción finalista tan desproporcionada que pueda eclipsar el sentido propio de las palabras recogidas en tal precepto. Así, viene entendiendo el Consejo Jurídico que en ese concepto no encajan *“ni los errores ni las carencias del proyecto, entendiendo como tales no tanto aquellos cambios de pequeño calado que, impuestos por el propio proceso constructivo del inmueble, es necesario realizar a lo largo de la ejecución de toda obra de envergadura para ajustar el curso de la misma a la realidad, como aquellas circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración y que, al no serlo, vienen a constituir verdaderas faltas de previsión de elementos que, razonablemente, habían de constar en el proyecto para que éste lo fuera”*.

de una obra completa y capaz de desarrollar adecuadamente las funciones para las que se construye” (Dictamen 148/2008). En tal línea, el Consejo de Estado indica que el “*ius variandi*” es una facultad reglada que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público (Dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979, citado en el Dictamen 168/2007, de 24 de enero). En igual sentido la STS, Sala 3ª, de 16 de abril de 1984.

III. En el expediente remitido es de reseñar, en primer término, que la necesidad de la mayoría de las modificaciones técnicas previstas es el resultado de las insuficiencias e imprevisiones técnicas de que adolece el proyecto de obras inicialmente aprobado, y de circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas durante las actuaciones preparatorias practicadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, como se infiere del acta de comprobación del replanteo, en donde se constatan -antes de la iniciación de las obras-, las carencias del proyecto y la inadecuación de algunas de sus previsiones a la realidad física de los terrenos colindantes, infiriéndose ya entonces la necesidad de redactar un proyecto modificado.

Ello es indudable respecto al trazado (diferencia de nivel respecto a las zonas colindantes), las demoliciones (el puente de FEVE debe ser perceptible para cualquiera que haya visitado el terreno) y las numerosas deficiencias de mediciones del proyecto inicial, que afectan al trazado de la red de saneamiento, a la red de telecomunicaciones, y a la ausencia total de vados y de desvíos provisionales. El acta de comprobación del replanteo advierte de circunstancias que se detectan “en campo”, es decir, antes siquiera de iniciarse las obras: red telefónica aérea y subterránea, red de comunicaciones de Ono, red eléctrica, e interferencia de la red de saneamiento con el marco a proyectar y necesidad de *by-pass* y de desvíos provisionales; las adecuaciones para compatibilizar la obra con la red de riego surgen “según conversación con los propietarios”, la cual debiera haberse producido en fase de elaboración del proyecto. Por tanto, las necesidades no son nuevas, y debieron ser previstas por el Proyecto en su mayor parte, conclusión de la que sólo serían excepcionales, en su caso, las que surgieran de las excavaciones, tales como la variación de diámetro de determinados tubos o la aparición de fábricas de hormigón imprevistas.

IV. El artículo 139, 4ª del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dice así:

“La comprobación del replanteo a que se refiere el artículo 142 de la Ley se sujetará a las siguientes reglas:

4.ª Cuando (...) el director de la obra considere necesaria la modificación de las obras proyectadas quedará suspendida la iniciación de las mismas, haciéndolo constar en el acta, hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente dentro de las facultades que le atribuye la legislación de contratos de las Administraciones públicas. En tanto sea dictada esta resolución quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, computándose a partir de dicha fecha el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 149, párrafo b), de la Ley (...).

A la luz del precepto indicado y de las deficiencias advertidas en el acto de comprobación del replanteo, parece que la actuación más ajustada a la legalidad y a la situación del expediente (es decir, al interés público) hubiese sido, pese a la ausencia de manifestaciones en contra de la empresa contratista, acordar la suspensión de la iniciación de las obras, con

el objeto de comprobar íntegramente el proyecto, elaborar detenidamente las modificaciones que precisara, y tramitar el expediente que correspondiera, incluso, de haber llegado a esa conclusión, el de resolución del contrato.

V. Entre la Administración Pública y el interés público hay una correlación básica, de tal forma que éste debe estar presente en cualesquiera actos de aplicación de las normas. Desde su formulación en el artículo 103.1 CE como interés general, hasta el reconocimiento de que las potestades y competencias administrativas sólo se justifican si son para salvaguardarlo, pasando por su utilización en el artículo 19.1, b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para delimitar los contratos administrativos de los privados, es una constante que justifica la existencia de la Administración Pública y su presencia en la vida social. Y la función que cumple no es sólo habilitante sino, también y simultáneamente, la de abrir una vía de control que sirva para comprobar si la actuación administrativa se ajusta a la legalidad y a la juridicidad en general. Por eso, no puede alegarse como argumento para justificar una actuación opuesta al derecho positivo, por más dúctil que éste pueda ser, y que se superpone a otras, tales como la aprobación, supervisión y replanteo de un proyecto con unas carencias tan ostensibles.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Por las razones antedichas en las consideraciones precedentes, no hay fundamento jurídico suficiente para entender que pueden levantarse los reparos formulados por el Interventor General respecto a la modificación del contrato de las obras de acondicionamiento de la Ctra. C-3314 a su paso por Yecla, entre los pp.kk. 64,600 al 66,180.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 72/09.- Modificación del contrato centralizado de los servicios de comunicaciones de la Administración Regional en los ejercicios 2006 a 2009. Lote 4 Servicio de Malla Troncal.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)

Fecha: 15/04/09

Extracto de Doctrina

Las altas, bajas y cambios de configuración de los servicios vienen originados por la dinámica propia de la organización administrativa, cuyos cambios no siempre son previsibles por el órgano de contratación, sino que sobrevienen en el curso ordinario de la actividad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 26 de agosto de 2005 se suscribió contrato entre la Consejería de Economía y Hacienda y la empresa “--, S.A., Sociedad Unipersonal”, por el que se formalizó la ejecución del Servicio de Malla Troncal correspondiente al lote nº 4 del expediente de contratación centralizada de los Servicios de Comunicaciones de la Administración Pública Regional en los ejercicios 2006 a 2009, con un plazo de duración de cuatro años, iniciando su vigencia el día 1 de enero de 2006 y concluyendo el 31 de diciembre de 2009 y un precio total del lote de 6.395.131,25 euros, IVA incluido.

SEGUNDO.- Obran en el expediente diversas Órdenes de la Consejería de Economía y Hacienda mediante las que, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 20.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato, se acuerdan cinco “*actualizaciones*” del mismo, consistentes en la ampliación, supresión o incorporación de nuevos servicios, de las que resulta un incremento del 14,59% sobre el precio objeto de adjudicación.

TERCERO.- Con fecha 30 de julio de 2008 el Director Técnico del contrato y el Técnico Responsable de Comunicaciones de la Dirección General de Informática proponen la denominada sexta actualización del contrato de Servicios de Malla Troncal, en la que se incluyen diversas altas y bajas de servicios, detallados pormenorizadamente en la correspondiente memoria, por un importe adicional de 782.771,92 euros, lo que supone un incremento del 12,24% sobre el precio originario, que, acumulado al importe correspondiente a las actualizaciones llevadas a cabo con anterioridad, representa un incremento total del 26,83% del precio del contrato originario, por lo que dichos informantes consideran que, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 20.2 del PCAP que sirvió de base al contrato de referencia, las variaciones de servicios contenidas en la referida propuesta tienen la consideración de modificación del contrato, por lo que deben tramitarse siguiendo todas las formalidades propias de las modificaciones contractuales.

CUARTO.- Por Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 9 de septiembre de 2008 se autoriza el inicio del correspondiente expediente de modificación del contrato, por la cuantía antes indicada, distribuida en 543.637,60 y 239.134,32 euros para los ejercicios 2008 y 2009, respectivamente.

QUINTO.- Constan en el expediente el trámite de audiencia al contratista, manifestando su conformidad a la modificación propuesta, los preceptivos documentos de retención acreditativos de la existencia de créditos para atender las obligaciones económicas derivadas de la modificación propuesta, así como el informe favorable a la misma emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería el 24 de septiembre de 2008.

SEXTO.- El 3 de noviembre de 2008 la Junta Regional de Contratación Administrativa emite informe en el que se pronuncia favorablemente a la propuesta de modificación dictaminada, a pesar de advertir que algunas ampliaciones del objeto del contrato incluidas en la modificación propuesta no reúnen las características necesarias para su aprobación, por ser minoritarias en relación con el resto de las determinaciones propuestas.

SÉPTIMO.- El 10 de noviembre de 2008 la Consejera de Economía y Hacienda formula una propuesta de Acuerdo, a elevar al Consejo de Gobierno, para la modificación del referido contrato en la reseñada cantidad de 782.771,92 euros.

OCTAVO.- El 14 de noviembre siguiente, la Intervención General fiscaliza de conformidad la referida propuesta, sin perjuicio de la adaptación de la gestión presupuestaria a la nueva estructura derivada de la reorganización de la Administración regional.

NOVENO.- El 11 de diciembre de 2008 la Dirección de los Servicios Jurídicos informa favorablemente la referida propuesta.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 22 de diciembre de 2008, el Secretario General de la Consejería de Economía y Hacienda, por delegación de la Consejera, solicita con carácter preceptivo 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 órgano consultante solicita nuestro Dictamen por considerarlo preceptivo, al estimar que la modificación contractual propuesta representa un incremento superior al 20% del precio inicial del contrato, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Dicha solicitud está amparada en el informe de su Servicio Jurídico y en el de la Intervención General.

La Cláusula 20.2 PCAP prevé que *“el órgano de contratación podrá acordar la ampliación o supresión de los servicios inicialmente determinados, así como la incorporación de nuevos servicios al contrato, como consecuencia de la reorganización de la Administración regional, apertura o incorporación de nuevos locales, creación de órganos, redistribución de efectivos, cambios de ubicación y otras circunstancias de naturaleza similar, sin que tales variaciones tengan la consideración de modificación del contrato, y hasta un límite del 15% del importe adjudicado”*.

A su vez, el artículo 7 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, sobre especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación (que no es básico, pero puede aplicarse en la Comunidad Autónoma por supletoriedad), dispone que *“podrán establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares las previsiones que permitan la adaptación de las prestaciones del contrato a la posible variación de sus condiciones iniciales por causas técnicas, económicas, o de las necesidades del usuario, todo sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente en relación con la modificación de los contratos”*.

Fueron ejecutadas 5 actualizaciones del objeto del contrato, de las que resultó un incremento del 14,59 por ciento sobre el precio de adjudicación, a las que no se dio consideración de modificación contractual al no rebasarse el 15 por ciento prevenido como tope en la Cláusula 20.2 PCAP.

Se pretende ahora una variación del contrato que representa por sí sola un incremento del 12,24 por ciento sobre el precio originario. Esta variación, acumulada a las que se acordaron al aprobar las 5 actualizaciones que la precedieron, dan como resultado un 26,83 por ciento de alteración del precio del contrato; de esta consideración, y puesto que las citadas actualizaciones, en realidad, alteraron el objeto del contrato, parte la consulta formulada, con apoyo en los informes del Servicio Jurídico de la Consejería, de la propia Junta Regional de Contratación Administrativa, de la Intervención General y de la Dirección de

los Servicios Jurídicos. Tal apreciación es la adecuada a la luz del artículo 214,c) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), conforme al cual son causas de resolución del contrato de servicios *“las modificaciones (...) aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio primitivo, con exclusión del IVA, o representen una alteración sustancial del mismo”*.

Al decir la Cláusula 20.2 del PCAP *“sin que tales variaciones tengan la consideración de modificación del contrato hasta el 15 por ciento del importe adjudicado”*, no expresa que no sean realmente modificaciones; lo que dice es que no tendrá, en tal supuesto, *“la consideración de modificación del contrato”* a efectos de acordarse y formalizarse por el procedimiento legal. Lo explica el Servicio Jurídico de la Consejería consultante en informes cuyo contenido ha sido trasladado a las órdenes de la Consejera disponiendo las 5 primeras *“actualizaciones”*, en las que se expresa:

“...en el supuesto de variaciones previstas en el Pliego al que el contratista ha prestado su conformidad, no ha de tramitarse un expediente de modificación, en el sentido de que no se requiere la previa audiencia del contratista ni la emisión de los informes legalmente exigidos, como tampoco se requiere formalizar un contrato para que tenga eficacia la variación del servicio, ya que el contratista está obligado a llevarla a cabo como una de las cláusulas integrantes del contrato originariamente suscrito”.

SEGUNDA.- Sobre la contratación centralizada de los servicios de comunicaciones de la Administración regional y la normativa aplicable.

I. El artículo 49 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, señaló que el Consejo de Gobierno puede acordar la adquisición centralizada de determinados bienes para todos los órganos y entidades de la CARM, precepto que sería desarrollado por el Decreto 82/2001, de 16 de noviembre, residenciando en la Consejería de Economía y Hacienda la adquisición centralizada o conjunta de aquellos bienes de uso habitual por dos o más Consejerías, Organismos Autónomos y Entes de naturaleza pública adheridos, comprendiendo, conforme al Anexo I de tal disposición, la limpieza, los servicios de comunicaciones de voz y datos (incluido el mantenimiento de equipos de la red corporativa) y el seguro de los vehículos de la Administración regional.

II. Dada la fecha de adjudicación del contrato (3 de junio de 2005) es de aplicación la LCAP, conforme a la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Según la primera, son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea *“de gestión de los sistemas de información que comprende el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas”* (art. 196.3, f).

Aunque aquí no se mencionan expresamente los servicios relativos a las telecomunicaciones, sí se hace en el artículo 198.5 LCAP al regular la duración y establecer que *“los contratos de servicios (...) a los que se refiere el artículo 2.2 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, tendrán un plazo de vigencia máximo de cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su modificación y su prórroga por*

mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de seis años, ni éstas puedan ser concertadas aislada o conjuntamente por un plazo superior al fijado originariamente”.

El Reglamento general de desarrollo de la LCAP, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, trata de estos contratos en el artículo 37.1, Grupo V, al referirse a la clasificación de las empresas contratistas, citándolos como “Servicios de Tecnologías de la información y las Comunicaciones”. El anexo II del Reglamento general detalla las actividades comprendidas en cada uno de los subgrupos correspondientes al grupo V.

III. Consecuente con la línea expuesta se redactó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigió la contratación centralizada de todos los servicios de comunicaciones que requería la Administración pública regional para el periodo del 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2009, clasificados en 6 lotes.

De dicho PCAP, además de la Cláusula 20.2 relativa a las actualizaciones, cabe resaltar estos extremos:

- Cláusula Segunda. Necesidades administrativas a satisfacer:
 - “2.1. Conseguir una red de telecomunicaciones...que evolucione con el tiempo y sobre la que se presten servicios de calidad...”.
 - 2.2. Definir un modelo de red...que tenga en cuenta las necesidades actuales y futuras, ampliando las funcionalidades y mejorando la calidad de la infraestructura...”.
 - 2.3. Dar respuesta a la necesidad de redes troncales...que permitan la interconexión de todos los centros de la CARM repartidos por toda la Región...”.
- Cláusula Vigésima. Variaciones de los servicios:
 - “20.1. Las principales razones por las que la red de la CARM debe ser continuamente mejorada y ampliada son, básicamente, las siguientes:
 - Saltos tecnológicos y evoluciones importantes de las tecnologías.
 - Incorporación de nuevos centros a la red de la CARM.
 - Ampliaciones de servicios en los actuales centros.
 - Mantenimiento de los niveles de disponibilidad y fiabilidad necesarios para garantizar la calidad de los servicios prestados.
 - Cambio de ubicación física de los nodos de la RCS.

El Pliego de Prescripciones Técnicas recoge en la Cláusula 3.2.2. el principio de máximas prestaciones tecnológicas de lo contratado, de tal manera que se garantiza la existencia de una política de renovación tecnológica del equipamiento instalado en la red; dada la elevada dinámica técnica y económica del mercado —se dice— se plantea la necesidad de que el equipamiento sea modificado cuando las características tecnológicas del mismo lo justifiquen, así como cuando se produzca la obsolescencia tecnológica de éste o de los programas.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Las variaciones (o actualizaciones) de las prestaciones originariamente concertadas suponen, acumulativamente, como ya se ha dicho, un total del 26,84 por ciento del precio original. De tales variaciones un 14,59 por ciento de las mismas responden a las 5 primeras actualizaciones, y el 12,24 por ciento restante a la presente modificación.

Las variaciones del 14,59 por ciento, al ser inferiores al 15 por ciento prevenido en la Cláusula 20.2 PCAP, no tienen la consideración de modificación del contrato al estar pactadas genéricamente, y su concreción la determinó después la Administración mediante las órdenes que dispusieron las actualizaciones. Todavía restaba un 0.41 por ciento disponible de aquel 15 por ciento de la citada Cláusula. En cambio, las variaciones del 12,24 (excepto el 0.41 restante aludido), no amparadas en el 15 por ciento de la misma Cláusula, sí habrían de tener la consideración de modificación del contrato, “por razones de interés público debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en los artículos 59, 101 y 112 del RDL 2/2000”, según la citada Cláusula 20.2 PCAP.

II. En cuanto al ajuste de tales variaciones a la preceptiva sobre modificaciones del contrato, ya señalada, existe una base técnica contenida en el informe propuesta suscrito por el Técnico Responsable de Comunicaciones y el Director Técnico del contrato, al que presta su visto bueno el Director General de Informática, y que es sustancialmente confirmado por la Junta Regional de Contratación Administrativa. Con arreglo al mismo, las variaciones en que consiste la modificación propuesta responden a necesidades nuevas o causas imprevistas al tiempo de perfeccionarse el contrato inicial, siendo también evidentes las razones de interés público aducidas. En efecto, las altas, bajas y cambios de configuración de los servicios vienen originados por la dinámica propia de la organización administrativa, cuyos cambios no siempre son previsibles por el órgano de contratación, sino que sobrevienen en el curso ordinario de la actividad.

En este sentido, debe resaltarse el parecer favorable de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el sentido de que *“existe un grupo de modificaciones, las más numerosas y que comprende tanto altas como bajas de servicios, que vienen motivadas por la supresión, apertura, ampliación o incorporación de nuevos locales cuya conexión a la RCS es necesario llevar a cabo y que responden a una reorganización de la Administración Regional, creación de órganos, redistribución de efectivos, cambios de ubicación o adhesión posterior de otros entes a la Contratación Centralizada de Comunicaciones, que se producen en un momento posterior a la adjudicación del contrato en cuestión, de manera que no pudieron preverse con anterioridad a la misma, o en su caso en el momento de preparación del contrato inicial, por lo que dichas circunstancias podrían ser consideradas como “necesidades nuevas o causas imprevistas al tiempo de perfeccionarse el contrato” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

Además, existen otras determinaciones de la propuesta de modificación contractual que, conforme con el criterio de la citada Junta Consultiva, tendrían encaje en el tenor del artículo 101 TRLCAP:

“Así mismo se proponen otra serie de cambios que parecen constituir adaptaciones de las prestaciones del contrato motivadas por causas tecnológicas, entre las que se encontrarían las bajas de líneas y conexiones RSDI por la decisión de migrar los servicios asociados a ADSL para aumentar el ancho de banda, y que en el momento inicial del contrato no se contaba con cobertura de ADSL en las respectivas zonas de ubicación de los centros. Junto con éstos, se recogen otros cambios que constituyen también adaptaciones del contrato inicial que parecen responder a necesidades de los centros usuarios para dar soporte a determinadas actuaciones, como las altas de conexiones de fibra óptica de diversos centros hospitalarios y de consultas externas para posibilitar el acceso de los

facultativos de los centros a la historia clínica informatizada y asegurar la integridad de los datos. La falta de cobertura de ADSL en el primer caso y la no informatización de la historia clínica de los pacientes en este último, siendo ésta la tecnología adecuada para dichas conexiones, hacen que razonablemente no se pudieran prever en el momento inicial de preparación del contrato.”

Finalmente, existe un último grupo de determinaciones que deben ser calificadas como mejoras y sobre las que la citada Junta expresa lo siguiente:

“Por último, se recogen otros cambios como la instalación de equipos de videoconferencia a cuatro centros hospitalarios para permitir las sesiones clínicas electrónicas y teleinformación entre los facultativos de dichos centros y el alta de los circuitos digitales de conexión de los terminales remotos de mando y control al Sistema de Coordinación de Comunicaciones (COORCOM) que atiende las emergencias a través del Servicio 112, que se tratarían de mejoras que se introducen en el contrato y, del mismo modo que ahora se proponen, pudieron ser recogidas en el contrato inicial, por lo que no puede considerarse que dichos cambios respondan a “necesidades nuevas o causas imprevistas al tiempo de perfeccionarse el contrato” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”

No obstante lo anterior, la citada Junta entiende procedente su acumulación a las anteriores determinaciones que conforman la modificación propuesta, porque *“atendiendo a la complejidad y naturaleza de las prestaciones correspondientes al servicio de la malla troncal de la RCS, así como a las evoluciones constantes de la tecnología en materia de telecomunicaciones, se sirve mejor al interés público manteniendo el contrato existente (modificándolo), que con un nuevo contrato, habida cuenta de que la mayoría de las modificaciones propuestas responden a necesidades nuevas e imprevistas al tiempo de preparación del contrato y las menos constituyen mejoras del mismo solicitadas por la Administración (...)”*.

Como conclusión, el Consejo Jurídico comparte el criterio de los órganos preinformantes, pero debe advertir que la relativa flexibilidad en la modificación de estos contratos a causa de la variación de sus condiciones iniciales por causas técnicas, económicas o de las necesidades del usuario, se debe compaginar, necesariamente, con el respeto a las demás prescripciones legales y con una adecuada planificación que permita prever las necesidades a satisfacer con el mayor detalle posible.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de modificación consultada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 73/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 15/04/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 74/09.- Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho relativos a liquidación complementaria por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)

Fecha: 15/04/09

Extracto de Doctrina

Para que la nulidad de pleno derecho se incardine en esta disposición (art. 217, g) LGT) se precisa que una norma de rango legal decreta expresamente tal situación de nulidad, y no simplemente que el acto administrativo sea contrario a una disposición legal, pues dicha interpretación supondría elevar a la categoría de plena nulidad todos los supuestos de vulneración ordinaria del ordenamiento, lo que sería contrario al precepto que se trata de aplicar y a los concordantes.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz y la UTE Centro Deportivo de Caravaca, suscribieron el 7 de septiembre de 2004 un contrato administrativo de concesión para la construcción y explotación de un centro deportivo municipal, operación que fue declarada mediante autoliquidación a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP AJD modelo 600I n.º 130281 119 600023 2005 310 2) valorando en 0 euros la base imponible.

SEGUNDO.- Previo informe favorable emitido por la Dirección General de Tributos (9 de septiembre de 2005) la Oficina Liquidadora de Caravaca de la Cruz inició, el 28 de septiembre de 2005, un procedimiento de gestión tributaria para comprobar la declaración presentada por el sujeto pasivo, formulando simultáneamente una propuesta de liquidación provisional; dada audiencia a la interesada, alegó oponiéndose a la propuesta de liquidación efectuada; el procedimiento finalizó con el acuerdo de liquidación complementaria y comprobación de valor por importe de 125.856,85 euros (3 de noviembre de 2005), notificado a la interesada, la cual interpuso recurso de reposición desestimado por resolución de la Oficina Liquidadora de Caravaca de la Cruz, de 1 de febrero de 2006.

TERCERO.- Interpuesta reclamación económico-administrativa fue resuelta el 31 de enero de 2007, acordando el Tribunal la desestimación de la misma y la confirmación del acto impugnado.

CUARTO.- Mediante escrito registrado de entrada el 24 de julio de 2007, la representación de la UTE promovió un “recurso extraordinario de revocación por infracción de Ley”, recalificado el 7 de enero de 2008 en “procedimiento extraordinario de revisión de actos nulos de pleno derecho”. En él insiste en los motivos por los que interpuso los recursos ordinarios en vía administrativa, añadiendo que se acoge a la causa de nulidad prevista en el artículo 217.1, g) de la Ley General Tributaria (LGT), es decir, la que “se establezca expresamente en una disposición de rango legal”. Considera que la liquidación por el ITP AJD a la que está sujeta la concesión administrativa tiene una base imponible cero, por aplicación de lo establecido en el artículo 13.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, teniendo en cuenta el plazo de la concesión (30 años) y los índices de amortización.

QUINTO.- En la instrucción del procedimiento de revisión emitió informe el Servicio Jurídico-Tributario de la Dirección General de Tributos (16 de mayo de 2008), considerando que, tratándose de un contrato de concesión de obra pública, el hecho imponible del ITP se había producido y la valoración realizada se había atendido a las reglas fijadas por la normativa aplicable. Concluye que no hay causa de nulidad ni de anulabilidad, por lo que procede desestimar la solicitud, tesis que se trasladó al informe-propuesta de 8 de julio de 2008 suscrito por el Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante y una asesora.

SEXTO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos emitió informe el 29 de septiembre de 2008, favorable a la propuesta de resolución. Indica que no concurre causa de nulidad y, además, que la base imponible está correctamente cuantificada siguiendo las normas del impuesto.

Y en este estado, elaborados el extracto de secretaría y el índice de documentos, el expediente fue remitido a este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el 14 de octubre de 2008

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

A la vista de lo que dispone el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

La LGT regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes.

El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos es la Consejera de Economía y Hacienda, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT y con el 16.1.g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

Aceptada la legitimación de la instante, encontrándonos en presencia de actos firmes, invocada una posible causa de nulidad y, a la vista de que tal acción es imprescriptible, procede dictaminar el fondo del asunto.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

La revisión, por su propio perfil institucional, no puede ser utilizada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos, pues, como insiste la doctrina, sólo son relevantes los de especial gravedad recogidos en la ley, en este caso, en el artículo 217 LGT, el cual refiere así la causa invocada por la concesionaria:

“Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.

Hemos de considerar, siguiendo la literalidad del precepto, que, para que la nulidad de pleno derecho se incardine en esta disposición, se precisa que una norma de rango legal decree expresamente tal situación de nulidad, y no simplemente que el acto administrativo sea contrario a una disposición legal, pues dicha interpretación supondría elevar a la categoría de plena nulidad todos los supuestos de vulneración ordinaria del ordenamiento, lo que sería contrario al precepto que se trata de aplicar y a los concordantes.

Como consta en antecedentes, la entidad que promueve la revisión considera que la liquidación por el ITPAJD a la que está sujeta la concesión administrativa tiene una base imponible cero, por aplicación de lo establecido en el artículo 13.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y funda su pretensión en que considera erróneo el criterio de la Administración, al no haber tenido en cuenta, según dice, la vigencia de una redacción nueva del precepto aplicado. Como consecuencia de ello, afirma, debe abonar a la Administración la cantidad de 125.856,85 euros, ya que la base imponible del impuesto pasa de ser 0,00 euros (en aplicación de la normativa que realmente le era aplicable) a 2.989.941,00 euros.

De entre los fundamentos en los que la concesionaria hace descansar su pretensión no se aprecia la existencia de precepto alguno que declare la nulidad de pleno derecho de la presunta ilegalidad cometida por la Administración, sin que de la LGT o del citado TR regulador del ITP quepa deducir tal declaración, por lo que la solicitud de nulidad instada debe ser desestimada.

Aun sin ser imprescindible a los efectos consultados, sí puede añadirse que la aplicación del precepto tributario, aunque susceptible de ser discutida, parece haberse ajustado al criterio predominante en la doctrina y jurisprudencia, incluso teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ya que, como afirma el TEAR en la reso-

lución de 31 de enero de 2007, la interpretación sostenida por la concesionaria no ha sido admitida por el TEAC, pues la conclusión obtenida (fijar un valor 0 a la concesión) carece de toda lógica y haría inviable la práctica de liquidación alguna por este concepto. Debe estarse al criterio del Plan General de Contabilidad (al que, por otra parte, remite el artículo 13.3.c) del TR regulador del ITP), del cual se infiere la imposibilidad de asignar valor 0 a unas instalaciones en situación de servicio, por lo cual el fondo de reversión ha de dotarse, al menos, hasta un valor equivalente al coste de ejecución de las obras, como ha señalado la Audiencia Nacional en Sentencia de 6 de febrero de 2001.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 217.1.g) LGT.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 75/09.- Proyecto de Decreto de creación y funcionamiento del Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 20/04/09

Extracto de Doctrina

1. Se ha de traer de nuevo a colación lo que en reiterados Dictámenes (168/2007, 77/2008 y 161/2008) ha puesto de manifiesto este Órgano Consultivo al afirmar que “el sistema constitucional de distribución de competencias en materia de legislación laboral no responde al esquema bases más desarrollo, ámbito propio de la normativa básica, sino a una reserva constitucional a favor del Estado de toda la creación normativa, legal y de desarrollo reglamentario, en la materia, dejando a las Comunidades Autónomas la mera ejecución, sin poder normativo innovador alguno, más allá de las meras normas organizativas, sin efectos ad extra”. De conformidad con esta concepción de las competencias autonómicas, el Proyecto objeto del presente Dictamen no puede ser considerado como desarrollo no ya de legislación básica estatal, concepto que no cabe predicar de la legislación laboral, sino incluso como reglamento ejecutivo de ésta, pues la Comunidad Autónoma carecería de competencias para dictarlo. Se trata, pues, desde este punto de vista, de un reglamento organizativo sobre el que no es preceptivo el Dictamen de este Consejo.

2. En materia de relaciones laborales, el término “legislación” ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le co-

rresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la “uniformidad en la ordenación jurídica de la materia” (STC 86/1991).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según se hace constar en el Extracto de la Secretaría General de la Consejería consultante, en el mes de febrero de 2008 tuvo entrada en la citada Secretaría Proyecto de Decreto de creación y funcionamiento del Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al que se acompañaba la siguiente documentación:

1. Informe, emitido por el Subdirector de Trabajo, sobre la necesidad, oportunidad, motivación técnica y jurídica de aprobar un Decreto de creación y funcionamiento del Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dando así cumplimiento a lo previsto en el artículo 20.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en lo sucesivo, LETA).

2. Memoria-estudio económico elaborado por la Dirección General de Trabajo sobre el coste que supondría la entrada en vigor de la norma que se proyecta aprobar, en el que se concluye que *“dado que no se van a crear nuevos servicios, ni se van a desarrollar nuevas tareas a las actualmente desarrolladas, puesto que ya existe un Registro de Asociaciones Profesionales General que engloba a las Asociaciones de Autónomos, se considera que la entrada en vigor de un Decreto de creación y funcionamiento de un Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, no conllevará gastos superiores a los anualmente previstos en la Ley General de Presupuestos, ni una minoración de ingresos”*.

3. Informe en el que se afirma que la aprobación de la norma proyectada no provoca impacto alguno por razón de género.

4. Certificado expedido por el Secretario del Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales, acreditativo del informe favorable recibido por el Proyecto tras su consideración por el referido órgano, en sesión celebrada el 12 de febrero de 2008.

SEGUNDO.- Una vez recibida la anterior documentación en la Secretaría General se procede a incorporar los siguientes documentos:

1. Memoria Económica elaborada por el Servicio Económico de dicha Secretaría General, en la se concluye que de la puesta en marcha del Registro que se pretende crear no se derivan nuevas necesidades económicas no previstas inicialmente en los Presupuestos para el ejercicio 2008.

2. Informe del Servicio Jurídico en el que se concluye afirmando que el contenido del Proyecto resulta, en términos generales, ajustado a Derecho.

TERCERO.- Recabado el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES) es emitido el día 29 de julio de 2008, haciendo constar la valoración positiva que el Proyecto le merece, no obstante lo cual señala una serie de sugerencias tendentes a mejorar el texto, entre las que destaca la relativa a la necesidad de suprimir el apartado 2 del artículo 2 que prevé la posibilidad de que personas jurídicas que realicen actividad económica a título

lucrativo puedan integrarse en las Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos, debido a que la disposición no encuentra respaldo legal en la LETA. Por otro lado, también sugiere la conveniencia de regular el procedimiento y la concreción de los criterios para otorgar la consideración de asociación representativa de los trabajadores autónomos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con el fin de que se puedan ejercer, con las suficientes garantías en cuanto a la representatividad de estas asociaciones, las funciones que la LETA les atribuye. También considera que se debería proceder a la constitución y regulación de un Consejo Consultivo de Trabajo Autónomo de la Región de Murcia.

CUARTO.- Por el Subdirector de Trabajo se emite, con fecha 8 de septiembre de 2008, informe en el que se analizan las propuestas del CES, señalando que se acoge la relativa a la supresión del artículo 2.2 del Proyecto, en tanto que no se considera viable atender el resto de sugerencias por entender que deben ser objeto de regulación independiente.

QUINTO.- El borrador resultante se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos que, con fecha 26 de septiembre de 2008, emite informe favorable al Proyecto, aunque con una serie de observaciones que, casi en su totalidad, son incorporadas al nuevo borrador que se elabora.

SEXTO.- Con fecha de registro de entrada de 23 de octubre de 2008, se ha recabado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Decreto, al que se acompaña el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado al amparo del artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que establece su carácter preceptivo respecto de los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo normativo de legislación básica del Estado.

La solicitud de Dictamen afirma su carácter preceptivo, aunque no explicita las razones en las que se basa para tal afirmación. Por su parte la Dirección de los Servicios Jurídicos considera obligado el Dictamen por “*ser el Proyecto de Decreto objeto de este informe una disposición de carácter general, dictada en desarrollo de legislación básica del Estado*”. El Servicio Jurídico de la Consejería consultante también considera preceptivo el Dictamen, al entender que el Proyecto de Decreto para el que se solicita constituye desarrollo de “*dos normas estatales, a saber: la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y, además, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. Esta última norma, en su disposición final primera, explicita el carácter de legislación básica para todo el Estado (bien con el rango de Ley Orgánica, bien con el de Ley Ordinaria), de gran parte de su articulado*”. En lo que se refiere al primer texto legal se indican los preceptos que, según el informante, se desarrollarían: la Disposición adicional sexta en relación con el artículo 20.3, que constituyen un mandato a las Comunidades Autónomas para que creen el Registro Especial de Asociaciones de Trabajo Autónomo. En

relación con el supuesto desarrollo normativo de la Ley Orgánica no se concreta cuál o cuáles preceptos habrían sido objeto de dicho desarrollo

Pues bien, en lo que se refiere a la LETA, se ha de traer de nuevo a colación lo que en reiterados Dictámenes (168/2007, 77/2008 y 161/2008) ha puesto de manifiesto este Órgano Consultivo al afirmar que *“el sistema constitucional de distribución de competencias en materia de legislación laboral no responde al esquema bases más desarrollo, ámbito propio de la normativa básica, sino a una reserva constitucional a favor del Estado de toda la creación normativa, legal y de desarrollo reglamentario, en la materia, dejando a las Comunidades Autónomas la mera ejecución, sin poder normativo innovador alguno, más allá de las meras normas organizativas, sin efectos ad extra”*. De conformidad con esta concepción de las competencias autonómicas, el Proyecto objeto del presente Dictamen no puede ser considerado como desarrollo no ya de legislación básica estatal, concepto que no cabe predicar de la legislación laboral, sino incluso como reglamento ejecutivo de ésta, pues la Comunidad Autónoma carecería de competencias para dictarlo. Se trata, pues, desde este punto de vista, de un reglamento organizativo sobre el que no es preceptivo el Dictamen de este Consejo.

Tampoco puede afirmarse que el Proyecto que nos ocupa constituya desarrollo de la Ley Orgánica 1/2002, pues las referencias que en el texto proyectado se contienen en relación con dicha Ley Orgánica -artículos 3.1, 6.1 y 6.3,b)-, son meras reproducciones de lo que al respecto se recoge en la LETA y en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto de Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro, y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (en adelante, Real Decreto 197/2009).

De lo anterior cabe concluir la no preceptividad de la intervención de este Consejo en el procedimiento de elaboración de la futura norma, aunque ello no es obstáculo para emitir el presente Dictamen, si bien con carácter facultativo.

SEGUNDA.- Competencia material.

1. El fundamento competencial de la futura norma ha de buscarse en el artículo 12.1.10 EAMU, en cuya virtud corresponde a la Comunidad Autónoma, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia laboral. Precisa asimismo que, de conformidad con el artículo 149.1,7ª de la Constitución Española, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la alta inspección, con reserva de todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El precepto constitucional, además, dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer la legislación laboral, *“sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”*.

En materia de relaciones laborales, el término “legislación” ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la *“uniformidad en la ordenación jurídica de la materia”* (STC 86/1991).

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “*sin afectar a los derechos de los ciudadanos*”, quedan referidos a “*la mera estructuración interna de la organización administrativa*” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos *ad intra*, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado al Estado.

2. El artículo 19, apartado 1, LETA, reconoce, en su letra b), el derecho de los trabajadores autónomos a “*afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa*”. A su vez, el artículo 20.1 de dicho texto legal establece que “*las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos se constituirán por lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación y sus normas de desarrollo, con las especialidades previstas en la presente Ley*”. Tales especialidades, que no inciden —como no podía ser de otro modo al ser materia reservada a ley orgánica— en el núcleo esencial del derecho de asociación, se pueden resumir en dos: una, que se concreta en el hecho de que las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos responden al principio de especialidad frente al derecho genérico de asociación, de ahí que en su denominación y estatutos se hará referencia a su especialidad subjetiva y de objetivos. La otra, que es la que aquí nos interesa, tiene su reflejo en el ámbito registral, ya que, con la finalidad de que exista clara constancia pública de qué concretas asociaciones tienen el carácter de organizaciones de tutela y defensa de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos, éstas deberán inscribirse y depositar sus estatutos en el registro especial de la oficina pública establecida al efecto en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la que la asociación desarrolle principalmente su actividad; registro especial que “*será específico y diferenciado del de cualesquiera otras organizaciones sindicales, empresariales o de otra naturaleza que puedan ser objeto de registro por esa oficina pública*” (art. 20.3 LETA). En relación con este registro la LETA en su Disposición adicional sexta *in fine* establece que las Comunidades Autónomas lo crearán, en su ámbito territorial, ateniéndose para ello a lo dispuesto en el citado artículo 20.3.

3. Con arreglo a la doctrina expuesta puede afirmarse que el Proyecto de Decreto sometido a consulta se ajusta, en términos generales, al reparto competencial establecido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, en la medida en que su contenido está constituido por normas de corte organizativo, como es la creación del registro previsto en la norma estatal y su adscripción orgánica, sin que se adicione disposición alguna de contenido material que suponga una alteración del régimen jurídico establecido por la legislación estatal.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido y sistemática.

I. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004), si bien han de formularse las siguientes observaciones:

1. El expediente carece de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de educación, formación y empleo al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

2. Las denominadas “memorias económicas” que se incorporan al expediente concluyen en el sentido de entender que *“dado que no se van a crear nuevos servicios, ni se van a desarrollar nuevas tareas a las actualmente desarrolladas, puesto que ya existe un Registro de Asociaciones Profesionales General que engloba a las Asociaciones de Autónomos, se considera que la entrada en vigor de un Decreto de creación y funcionamiento de un Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, no conllevará gastos superiores a los anualmente previstos en la Ley General de Presupuestos, ni una minoración de los ingresos”*. Pues bien, 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.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva, ocho artículos, una disposición transitoria y tres disposiciones finales.

III. La sistemática seguida por el Proyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia).

CUARTA.- Observaciones generales.

I. El Proyecto acude de forma reiterada a la técnica de la *lex repetita*, pues en un gran número de preceptos (entre los que se pueden citar los artículos 2.2, 2.3, 3, 6.1, 8 y Disposición transitoria única) se reproduce el contenido de otros tantos de la LETA, 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, 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.

En el supuesto que nos ocupa dicha invasión de competencias se produce ya que, como se ha afirmado en la Consideración Primera, la Comunidad Autónoma sólo ostenta, en el ámbito de la legislación laboral, competencia para la mera ejecución de la legislación estatal, sin poder normativo innovador alguno, más allá de las meras disposiciones organizativas, sin efectos *ad extra*. Se debe, pues, eliminar los referidos supuestos de eventual

incompetencia, generados por la inclusión de preceptos legales de origen estatal sin reflejar su procedencia.

II. Se observa que el Proyecto, salvo las prescripciones contenidas en el artículo 6 relativas a la solicitud de inscripción y plazo para resolverla, no hace mención alguna al procedimiento que haya de seguirse en relación con los actos sujetos a inscripción y los acuerdos dictados por el Registro. Cabe pensar que dicha omisión se debe a que en la mente del redactor de la norma se encuentra la idea de que los mismos se sometan al procedimiento establecido con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Si ello es así resultaría adecuado indicarlo expresamente tal como hace el artículo 17 del Real Decreto 197/2009 en relación con el Registro Estatal.

III. En el artículo 5 de la norma que se pretende aprobar se recoge, entre las funciones del Registro, la inscripción de las modificaciones estatutarias, variaciones de los órganos de gobierno y cancelación de la inscripción; sin embargo dichas previsiones no se encuentran desarrolladas en el texto del Proyecto. Se sugiere introducir una regulación de estas circunstancias de forma similar a como lo hace el Real Decreto 197/2009 en relación con las asociaciones inscritas en el Registro Estatal.

IV. Según se desprende de la documentación incorporada al expediente (especialmente de la memoria económica que aparece al folio 6) las Asociaciones de Autónomos de ámbito autonómico se encuentran actualmente inscritas en el Registro Público de Asociaciones Profesionales al que se refiere el Decreto 25/2001, de 23 de marzo, por el que se establece la estructura de la Dirección General de Trabajo. Esta situación aconseja incluir en el Proyecto una Disposición adicional del tenor de la que, como cuarta, se contiene en el citado Real Decreto 197/2009, por la que se establezcan los requisitos que dichas Asociaciones han de cumplir para su inscripción en el Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

QUINTA.- Observaciones particulares al texto.

I. Al título

Procedería revisar la redacción del Título, porque en su configuración actual resulta confusa y, a veces, impropia. Se sugiere la siguiente o similar redacción "... por el que se crea el Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se regula su funcionamiento".

II. A la parte expositiva

1. Resultaría conveniente que en esta parte expositiva, al hacer referencia a la LETA, se indicasen los preceptos de la misma (disposición adicional sexta y artículo 20.3) en los que se contiene el mandato de creación del Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

2. Debería dejarse constancia en la exposición de motivos de la totalidad de la labor consultiva desarrollada durante su tramitación, incluyendo una referencia, junto con la mención al Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales, al Consejo Económico y Social, cuya intervención resulta preceptiva a tenor de lo previsto en el artículo 5,a) de la Ley 3/1993, de 16 de julio, de creación de dicho Órgano.

III. Al articulado

1. El artículo 1 pretende definir el objeto del Proyecto, pero, al igual que ocurre con la denominación del título, lo hace de una forma imprecisa e inadecuada. En el precepto se debe indicar que la norma “crea” el Registro y “regula” su funcionamiento.

Por otro lado, con el fin de conseguir una mayor estabilidad normativa en el tiempo, sería conveniente sustituir la concreta referencia a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por una más genérica a la Dirección General competente en materia de trabajo.

2. En el artículo 2, ámbito de aplicación, debe incluirse de modo expreso que la obligación de inscripción alcanza a las Federaciones, Confederaciones o Uniones de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de ámbito autonómico. Este deber no puede entenderse derivado del contenido del apartado 3 del precepto que se analiza, porque aquí, como ya se dice en el apartado I de la Consideración Cuarta, lo único que se hace es reproducir el artículo 19.2 LETA por el que se reconoce el derecho de las Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos para constituirse en Uniones, Federaciones y Confederaciones.

3. En el apartado a) del artículo 5 deben concretarse, aunque sea por remisión a los preceptos legales o reglamentarios que los establezcan, cuáles son los requisitos que han de reunir las entidades para poder ser inscritas.

4. A tenor de lo dispuesto en la LPAC, el *dies a quo* del plazo máximo para resolver y notificar en un procedimiento coincide con aquel en el que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, de ahí que en el artículo 6.2 del Proyecto se deba sustituir la expresión “...desde la recepción de la solicitud por el órgano competente”, por la siguiente “...desde la recepción de la solicitud por el registro del órgano competente”. Asimismo debe precisarse que la competencia viene referida a la tramitación de la solicitud.

5. El apartado 3 del artículo 6, por el que se señala la documentación que debe acompañar a la solicitud de inscripción, suscita las siguientes cuestiones:

a) No queda justificada la necesidad de que se acompañe la Tarjeta del Código de Identificación Fiscal de la entidad solicitante. Sería suficiente con indicar el número de identificación o, si se prefiere, con la aportación de una fotocopia compulsada de dicha tarjeta.

b) En el subapartado c) se establece que a la solicitud se acompañará “*cualquier otra documentación que se determine en la normativa de desarrollo del presente Decreto*”. Sin perjuicio de lo que más adelante se indica en relación con la habilitación reglamentaria que, con carácter general, se efectúa en la Disposición final segunda a favor del Consejero competente en materia de trabajo, cabe adelantar aquí la improcedencia de la disposición que se analiza, pues supone una habilitación para desplegar una actividad complementaria de las previsiones contenidas en el Decreto que derivaría del propio Decreto, posibilidad que ha sido negada de forma reiterada por este Consejo en múltiples Dictámenes (por todos, el núm. 65/2005), basándose para ello en el hecho de que el régimen jurídico aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en relación con el ejercicio de potestad reglamentaria por los Consejeros (Ley 6/2004), se limita a la esfera organizativa interna, a las relaciones de sujeción especial y a aquellos supuestos en los que expresamente se les atribuya mediante una norma de rango legal. Al no concurrir ninguno de estos supues-

tos, el Proyecto debe establecer la totalidad de la documentación que deba acompañarse a la solicitud de inscripción.

IV. A la parte final

1. Como es bien sabido, la supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico es establecida con carácter general en el artículo 149.3 CE, y en cuanto al Derecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el artículo 15.4 EAMU.

Es doctrina del Consejo de Estado que *“la supletoriedad del derecho estatal no depende de que los ordenamientos autonómicos lo llamen como tal derecho supletorio. Antes al contrario, la supletoriedad del derecho estatal viene establecida por el artículo 149.3, in fine, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal”* (Dictamen 680/2004, de 27 de mayo). En consecuencia, considera el Alto Órgano Consultivo que todas aquellas normas autonómicas que pretendan definir las relaciones entre el derecho estatal y el propio no son acordes al ordenamiento. En aplicación de esta doctrina, debe suprimirse la Disposición final primera del Proyecto.

2. En la Disposición final segunda se faculta al Consejero de Educación, Formación y Empleo *“para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y aplicación del presente Decreto”*. Si el objeto de la norma es habilitar al Consejero para que lleve a cabo un desarrollo normativo del Decreto, tal previsión no es posible por las razones que se han argumentado en el apartado III, 5, b) de la presente Consideración al analizar el contenido del artículo 6.3.c) del Proyecto. Si, por el contrario, lo que se pretende es facultar al Consejero para la aplicación del Decreto, la disposición resulta innecesaria, pues dicha facultad ya le viene atribuida por otras normas del ordenamiento regional, en cuanto titular de la Consejería que ostenta las competencias en la materia sobre la que recae la regulación que se lleva a cabo en el Proyecto. Procede, pues, la supresión de esta Disposición final.

3. La Disposición final tercera incluye una cláusula de entrada en vigor inmediata que se justifica en el informe de la Vicesecretaría arguyendo la escasa extensión del Proyecto y la vigencia de la normativa a la que da ejecución. Considera el Consejo que esta circunstancia no constituye razón suficiente para que se limite tanto la posibilidad material de conocimiento de la norma, como la realización de las tareas administrativas que resulten necesarias para la puesta en marcha del Registro que se crea, por lo que se sugiere introducir una *vacatio legis* por el tiempo que la Consejería proponente estime adecuado para garantizar la puesta en funcionamiento del Registro y el conocimiento por sus destinatarios del contenido del Decreto, dando así cumplimiento a lo que, al respecto, se establece en las Directrices sobre técnica normativa antes citadas.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a este Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- En términos generales, el Proyecto de Decreto respeta el ordenamiento jurídico; no obstante deben ser tenidas en cuenta las siguientes observaciones que se formulan con carácter esencial:

— La que se efectúa en relación con la necesidad de suprimir los preceptos que constituyen una reproducción del derecho estatal (LETA) o, en su defecto, señalar su origen mediante la utilización de alguna de las fórmulas que se han indicado en la Consideración Cuarta, I.

— La que se contiene en el apartado III, 3 de la Consideración Quinta sobre la necesidad de que en el artículo 5, a) del Proyecto se concreten los requisitos que han de reunir las entidades para poder ser inscritas.

— La relativa a la necesidad de que en el Proyecto se señalen la totalidad de los documentos que han de acompañar a la solicitud de inscripción en el Registro (apartado III, 5, b) de la Consideración Quinta).

— La que se formula sobre la necesidad de eliminar del texto las disposiciones finales primera y segunda por las razones que se contienen en los subapartados 1 y 2 de la Consideración Quinta, IV.

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 76/09.- Proyecto de Decreto por el que se regula la composición, organización y funcionamiento de la comisión del juego y apuestas de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)

Fecha: 20/04/09

Extracto de Doctrina

Se considera acertada la opción de técnica normativa elegida, consistente en la sustitución completa del texto vigente, refundiendo las modificaciones añadidas. No obstante, en la medida que se deroga el Decreto 27/1996, debería establecerse el plazo para la constitución de la Comisión resultante de la modificación propuesta (se incrementa en 3 vocales), al igual que en su día se estableció en la Disposición final primera del citado Decreto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 30 de julio de 2008, el Director General de Tributos remite para su tramitación a la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda el borrador del Proyecto de Decreto por el que el modifica el Decreto 27/1996, de 29 de mayo, que regula la Composición, Organización y Funcionamiento de la Comisión del Juego y Apuestas de la Región de Murcia (en lo sucesivo Decreto 27/1996).

Se acompaña de la siguiente documentación:

— Certificación del acuerdo adoptado por la Comisión del Juego y Apuestas de la Región de Murcia, en su sesión de 22 de julio de 2008, informando favorablemente el borrador, al que se adjunta copia del acta íntegra correspondiente a dicha sesión.

— Memoria justificativa, suscrita por el titular del centro directivo el 23 de julio de 2008, en la que se pone de manifiesto que transcurridos 11 años desde el inicio de las actividades de la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia se hace necesario acometer determinadas modificaciones, de carácter formal, en su composición y funcionamiento para hacerla más operativa de cara a la consecución de sus fines. Entre las modificaciones que cita destacan la adecuación a las denominaciones de los departamentos regionales representados en la citada Comisión, y la incorporación como vocales de pleno derecho de los representantes de la Consejería competente en materia de sanidad, de las Asociaciones de ayuda a las personas afectadas por trastornos adictivos relativos a la práctica del juego, así como de los fabricantes de material de juego. También se regula la forma de designar al representante en la Comisión cuando existen varias asociaciones en el sector. Del mismo modo se modifica la redacción de las funciones de la Comisión, y se prevé la creación de grupos de trabajo para estudiar determinados aspectos. Por último, se señala que, siguiendo la doctrina de los órganos consultivos autonómicos, se ha optado por una regulación completa, derogándose el reglamento vigente.

— Informe del Servicio Jurídico Tributario, que es evacuado en la misma fecha, manifestando que desde un punto de vista formal ha de incorporarse el informe de impacto por razón de género, por exigencias de la normativa regional. No obstante, realiza una serie de consideraciones acerca de que en el articulado no existe ninguna dicción o referencia discriminatoria por razón de género, indicando que el texto es coherente y respetuoso en base a las razones que contiene.

— Informe económico de 24 de julio de 2008, suscrito por el titular del centro directivo, que destaca que la aprobación del reglamento no supondrá coste económico alguno, ni precisa financiación para el desarrollo de sus actividades.

Finalmente, también el titular del centro directivo suscribe la propuesta del Proyecto de Decreto, que eleva a la titular de la Consejería el 30 de julio de 2008 (folio 18).

SEGUNDO.- Recabado el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, es evacuado el 6 de octubre de 2008 en el sentido de informarlo favorablemente, sin perjuicio de las siguientes observaciones:

- Respecto al procedimiento, manifiesta la conveniencia de aportar un informe de impacto por razón de género de forma independiente, así como que se justifique la no necesidad de pronunciamiento sobre el texto por parte del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia. También recuerda la preceptividad del informe jurídico de la Vicesecretaría.
- Respecto al contenido, se realizan observaciones al título del Proyecto, a la redacción de determinados artículos (artículos 1,2 y 5), y a la necesaria incorporación de una disposición derogatoria, máxime cuando la nueva norma tiene la pretensión de sustituir al Decreto vigente. También propone que se suprima la Disposición final primera, en cuanto habilita a la titular de la Consejería para el desarrollo del Decreto.

TERCERO.- Estudiadas las anteriores observaciones por el centro directivo proponente, se incorporan a la redacción del Proyecto de Decreto (sic), según el oficio del Director

General de Tributos de 5 de noviembre de 2008, resultando el texto sometido a nuestro Dictamen (folios 27 a 30), aunque no aparezca diligenciado como versión definitiva en el expediente.

CUARTO.- El 10 de noviembre de 2008 emite informe favorable la Vicesecretaria de la Consejería de Economía y Hacienda, indicando que debe continuar la tramitación con los informes de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, citando las normas que los sustentan.

QUINTO.- El Director de los Servicios Jurídicos remite informe de 3 de diciembre de 2008, en sentido favorable al Proyecto de Decreto, sin otra consideración al respecto.

SEXTO.- Con fecha 22 de diciembre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto por el que se regula la Composición, Organización y Funcionamiento de la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia, en desarrollo de la Ley regional 2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas (en lo sucesivo Ley 2/1995), por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Habilitación legal, competencia y naturaleza de la disposición.

Como ha tenido ocasión de reiterar este Consejo Jurídico en sus Dictámenes sobre el desarrollo reglamentario de la Ley regional 2/1995 (por todos, el núm. 181/2008), la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM en lo sucesivo) ostenta competencias exclusivas en materia de casinos, juegos y apuestas, conforme a su Estatuto de Autonomía (artículo 10.Uno, 22).

En desarrollo de las competencias estatutarias se aprobó la Ley 2/1995, ya citada, que ordena, con carácter general, las actividades relativas al juego y apuestas en sus distintas modalidades; en lo que afecta al objeto del Proyecto de Decreto, el artículo 33 de la Ley regional creó la Comisión de Juego y Apuestas de la CARM, configurándola como un órgano de estudio y coordinación de las actividades relacionadas con el juego y apuestas, presidida por el titular de la Consejería competente en la materia, estableciendo que tendría la composición que se determinara reglamentariamente, y habilitando al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su funcionamiento (apartado 3). El mismo precepto legal, en su apartado 2, recoge un listado de funciones de la Comisión, sin perjuicio de cualquier otra que se le atribuya por el Consejo de Gobierno.

Las previsiones legales en lo que afecta al objeto de la consulta fueron desarrolladas por el Decreto 27/1996, cuya derogación ahora se propone (Disposición derogatoria única del Proyecto de Decreto), por las razones que se explicitan en la Memoria justificativa, y que implican una ampliación de los vocales de la Comisión del Juego y Apuestas regional,

dando participación a sectores hasta ahora excluidos, o no participantes como vocales de pleno derecho.

Por último, el Consejo de Gobierno, de acuerdo con lo señalado anteriormente, se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para aprobar el presente reglamento, que regula la Comisión de Juego y Apuestas de la CARM, revistiendo la forma adecuada, conforme a las previsiones del artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 7/2004).

TERCERA.- Procedimiento de elaboración y documentación integrante del expediente.

El procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien cabe hacer una objeción sobre la forma de realización de del informe de impacto por razón de género, exigida por la citada Ley:

“En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre impacto por razón de género de las medidas que se establecen en los mismos”.

En tal sentido podemos afirmar que no consta como tal informe independiente en el expediente, aunque parece que trata de cumplir dicha función, mediante la consignación de razones que avalan que no existe ninguna dicción o referencia discriminatoria, el evacuado por la Jefa del Servicio Jurídico Tributario, si bien aparece referido al conjunto del Proyecto de Decreto, conteniendo algún párrafo que puede inducir a confusión sobre la necesidad o no de completar el expediente con el referido informe:

“Por último desde el punto de vista formal deberá incorporarse a la tramitación de este expediente (...) A estos efectos ha de manifestarse que en el articulado propuesto no existe ninguna dicción o referencia discriminatoria por razón de género, siendo, por tanto, coherente y respetuosa en este aspecto en base a las siguientes consideraciones (...)”.

Por tanto, para evitar equívocos debería incorporarse al procedimiento un informe que contenga de forma separada la valoración del impacto por razón de género.

CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.

I. La ampliación de los vocales de la Comisión de Juego y Apuestas de la CARM.

1. Uno de los aspectos esenciales de la modificación es la ampliación de sus integrantes con la participación, por ejemplo, de representantes sociales y de la Administración ligados a la prevención de las patologías asociadas al juego, que puedan aportar este punto de vista en la adopción de los acuerdos e informes sobre normativa en esta materia.

Esta ampliación del órgano colegido, al que se incorporan representantes de la Consejería competente en materia sanitaria, y de las asociaciones que tengan como finalidad la asistencia a la ludopatía, viene a plasmar, en parte, las consideraciones realizadas por el Consejo Jurídico en otros Dictámenes acerca de la participación de otros sectores y departamentos, como, por ejemplo, el núm. 54/08:

“Sin embargo, no puede desconocerse que existen otros títulos competenciales autonómicos que inciden en el sector material del juego, además de los tributarios (Disposición Adicional Primera EAMU), como son los relativos a la defensa del consumidor y usuario

(artículo 11.7 EAMU), o sanidad (artículo 11.1 EAMU), habiéndose incorporado desde esta última área las ludopatías en el Plan regional de Prevención de Drogas, coordinado por la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias dependiente de la Consejería competente en la materia.

Precisamente la intervención de la Administración en el sector del juego se ha considerado plenamente justificada en aplicación de principios y valores sustentados en los referidos títulos competenciales autonómicos, como son los relativos a los protección de los consumidores y usuarios (artículo 51 CE), que se extiende a los intereses de las personas, con un amplio alcance que abarca desde su salud física y mental hasta la defensa de sus derechos económicos (por todas, STS, Sala 3ª, de 3 de junio de 1996)”.

Consecuentemente, se indicaba la necesidad de contar con la participación de los departamentos indicados, que trata de plasmar la modificación propuesta.

2. También cabe suscitar la oportunidad, que ha de ser valorada por el órgano proponente, de incorporar a la citada Comisión del Juego y Apuestas de la CARM a un representante de la Administración General del Estado, como se ha previsto en otros órganos similares al presente (Decreto 279/1998, de 23 de diciembre, por el que se regula la composición, organización y funcionamiento de la Comisión de Juego y Apuestas de Castilla y León), en atención a las funciones policiales que, relacionadas directa o indirectamente con el juego, son competencia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, dependientes de los Delegados de Gobierno. En tal sentido, por Orden de 11 de julio de 2004 de la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la CARM, se publicó el Convenio de Colaboración suscrito con el otrora Ministerio de Justicia e Interior en materia de juego.

3. Otra de las novedades del Proyecto de Decreto es la adición de un párrafo en el artículo 3 que especifica, para el caso de que un sector esté representado por más de una Asociación, que el nombramiento se realizará por la que tenga mayor representatividad dentro del mismo.

Aunque dicha especificación puede valer como fórmula general para las Asociaciones señaladas, se advierte, en relación con las de Consumidores y Usuarios, que ha de tenerse en cuenta lo preceptuado por el artículo 15.1, g) de la Ley regional 4/1996, de 14 de junio, por la que se establece el Estatuto de Consumidores y Usuarios, modificada por la Ley 1/2008, de 21 de abril, que recoge como criterios la reglamentación específica del órgano de consulta y las reglas de reparto que determine el Consejo Asesor regional de Consumo.

II. Cuestiones de técnica normativa.

Se considera acertada la opción de técnica normativa elegida, consistente en la sustitución completa del texto vigente, refundiendo las modificaciones añadidas. No obstante, en la medida que se deroga el Decreto 27/1996, debería establecerse el plazo para la constitución de la Comisión resultante de la modificación propuesta (se incrementa en 3 vocales), al igual que en su día se estableció en la Disposición final primera del citado Decreto.

También debe uniformarse el empleo de las mayúsculas, de manera que si se opta por su utilización para referirse a las Asociaciones Empresariales debe también utilizarse para las de máquinas recreativas (artículo 2, vocal sexto según la redacción). Del mismo modo, si se emplea determinada fórmula, para huir de denominaciones concretas que puedan devenir obsoletas con las reestructuraciones administrativas, también convendría extenderla al

titular de la Dirección General, en su condición de Vicepresidente de la Comisión de Juego y Apuestas de la CARM.

QUINTA.- Observaciones particulares al articulado.

— **Artículo 2. Composición.**

Entre los vocales integrantes se encuentran un representante de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio, que viene a sustituir en la redacción vigente al Director General de Ordenación del Territorio y Vivienda, que también ostentaba las competencias en materia de urbanismo cuando se redactó el Decreto vigente.

Sin embargo, el Consejo Jurídico recomienda que se emplee como criterio para acotar esta representación la materia “urbanismo”, en tanto esta competencia se extiende a la regulación de los usos del suelo y de la edificación y a la planificación municipal, de lo que se infiere una mayor interrelación con los establecimientos de juego.

En otro orden de ideas, el párrafo último de este artículo contempla la posibilidad de que el Presidente convoque a los representantes sociales, sindicales o empresariales que sean de interés para la consecución de sus objetivos. En esta última línea también se sugiere la posibilidad de convocar al Alcalde o Concejal en quien delegue, según el asunto a tratar, y siempre y cuando afectara a un municipio concreto.

Por último, se echa en falta en el Proyecto de Decreto la regulación de las suplencias.

— **Artículo 4. Funciones.**

Con carácter general el artículo 33.2 de la Ley 2/1995 recoge las funciones de la Comisión del Juego y Apuestas de la CARM.

En su desarrollo, el Proyecto de Decreto sometido a Dictamen ha tratado de englobar en el apartado a) las competencias de emisión de informes sobre cualquier acuerdo o disposición normativa del Consejo de Gobierno o de la Consejería competente en materia de juego y apuestas, lo que explicaría, en opinión del centro directivo, que se suprima del Decreto vigente la emisión de informes para la instalación de casinos de juego, pues estarían englobados en la definición descrita.

No obstante, el Consejo Jurídico recomienda, teniendo en cuenta la finalidad de complemento o desarrollo de la presente disposición respecto a la Ley 2/1995, que caracteriza precisamente a los reglamentos ejecutivos según nuestra doctrina (Memoria correspondiente al año 2000), que se relacionen las funciones de informe de la Comisión de Juego de la CARM, sin perjuicio de mantener la cláusula de cierre (“Cualquier otra que le atribuya el Consejo de Gobierno o la normativa vigente”), prevista en el apartado e) del artículo 4.1.

Además se suscitan las siguientes observaciones:

1ª) En el apartado 1,a) se hace referencia a acuerdos o disposiciones normativas, pero se omiten “resoluciones”, cuando también hace referencia a la producción administrativa o normativa del titular de la Consejería.

2ª) También cabe suscitar la cuestión de si someten a informe de la Comisión del Juego y Apuestas aquellos supuestos competencia del titular de la Consejería que se delegaran en el titular del centro directivo.

3ª) Aunque el apartado c) recoja como función la emisión de informes sobre las propuestas de sanción de las infracciones calificadas como muy graves que correspondan resolver al Consejo de Gobierno, conforme a la ley habilitante, del apartado a) del mismo artículo podría inferirse que también le correspondería a la Comisión informar las propuestas de sanciones, que competen al titular de la Consejería (artículo 29.1 de la Ley 2/1995).

4ª) La función asignada en el apartado d) “*La elevación a la Consejería competente en materia de juego y apuestas de la Estadística e informe Anual sobre el desarrollo del juego en la Comunidad Autónoma*”, no se ajusta en su redacción a lo previsto en el apartado c) del artículo 33.2 de la norma habilitante, por cuanto señala que su cometido es elaborar (artículo 33.2, c de la Ley 2/1995).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno ostenta competencias para aprobar el presente Proyecto de Decreto, que tiene como finalidad destacada aumentar la participación en la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia de sectores sociales y departamento de la Administración regional relacionados con la prevención de las adicciones al juego.

SEGUNDA.- Se recomienda que el informe de impacto por razón de género se formule de manera separada para evitar equívocos, conforme a lo indicado en la Consideración Tercera. También, por la función que desempeña el Proyecto de Decreto, se aconseja que se relacionen de forma detallada las funciones de informe de la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia (Consideración Quinta, Observaciones particulares al artículo 4).

TERCERA.- Se consideran observaciones de índole esencial las cuestiones de técnica normativa y la realizada al artículo 4 del Proyecto de Decreto (Consideración Quinta).

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 77/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 20/04/09

Extracto de Doctrina

Habiéndose probado que la totalidad de las transfusiones realizadas fueron negativas para todos los factores específicos de transmisión infecciosa, incluido el virus del VHC, no puede inferirse la relación causal entre el contagio y las transfusiones sanguíneas, sin que se haya probado la existencia de un nexo causal directo e inmediato (Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de marzo de 2001 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo de 6 de octubre de 2000).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de marzo de 2006, x., abogado de la Asociación del Defensor del Paciente (ADEPA), en representación de x., y otros, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por los siguientes hechos, según describe:

— El esposo y padre de los reclamantes falleció el día 14 de febrero de 2006 a consecuencia de una cirrosis hepática secundaria a infección por virus de la hepatitis C (VHC).

— El fallecido padecía varias patologías derivadas de la diabetes, entre ellas, una insuficiencia renal, por la que estaba en tratamiento de diálisis.

— En una analítica realizada al paciente, el 30 de mayo de 2002, éste resultó seronegativo, y en informe de hemodiálisis, de fecha 4 de febrero de 2003, se refirió que en la analítica de junio de 2002, tampoco tenía el VHC.

— Después de realizarle la analítica de junio de 2002, se sometió a diversos actos médicos mediante los que se pudo contagiar de la Hepatitis C. El 24 de septiembre de 2002, se le practicó una amputación, y a los dos meses, el 22 de noviembre de 2002, el facultativo encargado del seguimiento de la diálisis, informó en relación a su evolución médica, que tenía alterados los parámetros hepáticos, (bilirrubina, GOT y GPT), y en posterior analítica, de 14 de febrero de 2003, dio positivo para VHC.

— Según los reclamantes, las únicas vías de posible contagio de VHC, en el caso del fallecido, fueron los actos médicos a que se sometió, por lo que o hubo un contagio nosocomial, o un contagio por transfusión sanguínea.

— En su opinión, concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, ya que existió un daño que fue la muerte del paciente; un nexo causal que fue éste adquirió la Hepatitis C, en el Hospital, bien por medio de una transfusión o por alguno de los actos médicos a que se sometió, a causa de la que desarrolló una cirrosis hepática, que fue la causa directa de su fallecimiento; y, finalmente, el daño sufrido es evaluable económicamente.

— Los reclamantes, valoran económicamente la responsabilidad patrimonial, en el importe total de doscientos cuarenta mil euros, 240.000 euros, cantidad a la que se añadiría la actualización que correspondiese conforme al IPC, más el incremento del interés legal procedente hasta la fecha de su efectivo pago. Dicho importe lo desglosan del siguiente modo: 120.000 euros para la viuda, y 30.000 euros, para cada uno de los hijos.

— Por último proponen como medios de prueba los siguientes:

A) Documental aportada con la reclamación.

B) Historias clínicas del paciente obrantes en el Hospital Virgen de la Arrixaca (HUVA) y en el Centro de Hemodiálisis, SL.

C) Petición de informe del HUVA y del Centro de Hemodiálisis sobre los casos de infección detectados por dichos centros sanitarios, con indicación de fechas y fuentes de infección.

D) Petición de informe de los profesionales que asistieron al paciente en ambos centros hospitalarios.

E) Petición de informe del Centro Regional de Hemodonación sobre si tiene constancia de que alguna de las transfusiones efectuadas al paciente pudiera estar infectada de VHC, así como si le consta que los donantes están sanos y siguen donando sangre en la actualidad.

F) Por último, proponen la prueba pericial de la Inspección Médica, y de perito de parte que, en su momento, se presentará.

— Los reclamantes aportan con el escrito de reclamación, determinada documentación, acreditativa de la legitimidad que ostentan para interponer la reclamación, así como parte de la Historia Clínica del paciente y de los informes facultativos emitidos en relación a la asistencia que se le dispensó.

El escrito viene firmado por el letrado y por los cinco reclamantes.

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 Universitario Virgen de la Arrixaca (en lo sucesivo, HUVA) y al Centro Regional de Hemodonación, las historias clínicas del paciente e informes de los profesionales que le 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.- Consta la historia clínica del paciente en el HUVA (folios 44 a 375) y los siguientes informes:

a) Del Dr. x., del Servicio de Hematología y Hemoterapia del HUVA, al que se adjunta una relación con el número de unidades de concentrados de hematíes y plasma fresco cuarentenado transfundido al paciente durante su estancia hospitalaria (folio 377). Asimismo se señala que todas las unidades transfundidas, han sido suministradas por el Centro Regional de Hemoterapia de Murcia, en el que deben constar las analíticas efectuadas a las mismas.

b) Del Dr. x., del Servicio de Cirugía General del HUVA, con el siguiente contenido:

“Paciente de 56 años de edad, con antecedentes de diabetes mellitus tipo II con tratamiento de insulina, neuropatía diabética con insuficiencia renal crónica con tratamiento con hemodiálisis desde 2001, hipertensión arterial, miocardiopatía dilatada, alérgico a penicilina, amputación de primer y segundo dedo de pie izquierdo por necrosis húmeda en abril de 2002, arteriopatía diabética severa de los miembros inferiores.

1ª asistencia:

Ingresado al Servicio de Cirugía General el 16 de septiembre de 2002, por fiebre y necrosis húmeda del tercer dedo del pie izquierdo. Requiere amputación de dicho dedo, así como del cuarto y quinto por mala evolución de las heridas. Finalmente y tras varios días de ingreso y múltiples curas quirúrgicas es alta el 30 de octubre de 2002. Posteriormente fue seguido en la consulta externa de cirugía general para control de las heridas.

2ª asistencia:

Ingresado el 4 de febrero de 2003, fiebre y mala evolución de una úlcera necrótica infectada en el talón y cara externa del pie izquierdo. Ante la mala evolución de las lesiones y por el miedo de sepsis generalizada, se realiza amputación supracondilea del miembro izquierdo, el 11 de febrero de 2003. El 10 de febrero de 2003, se realiza transfusión de 7 unidades de plasma fresco por alteraciones de la coagulación, como paso previo a la cirugía, según consta en la Historia Clínica. En la serología realizada el 14 de febrero de 2003, se detecta positividad para anticuerpos de hepatitis C). Posteriormente, según consta en la Historia Clínica, se diagnostica de cirrosis hepática por virus C), con seguimiento en la consulta de Medicina Interna del Aparato Digestivo de este Hospital.

3ª asistencia

Se realiza amputación del tercer dedo de pie derecho el 11 de enero de 2006, siendo alta a los 4 días. Reingresa en el Servicio de Cirugía General el 22 de enero de 2006, por mala evolución de la herida. En planta y con tratamiento conservador se objetiva mejoría del pie diabético. Posteriormente presenta descompensación de su cirrosis con hemorragia digestiva alta grave por varices esofágicas que precisa endoscopia y sonda sengtaken, ascitis a tensión que precisa paracentesis evacuadora, encefalopatía hepática progresiva, fallo multiorgánico y fallecimiento, el 14 de febrero de 2006.

Tanto las intervenciones quirúrgicas como la asistencia en la planta de cirugía general en los distintos ingresos han sido realizadas por mi u otros facultativos pertenecientes a Servicio de Cirugía General según consta en la Historia Clínica”.

CUARTO.- Seguidamente el órgano instructor solicita información al Centro Regional de Hemodonación sobre la posibilidad de que los donantes de las unidades transfundidas al Sr. x, fueran portadores del virus VHC, a lo que el citado centro sanitario respondió en los siguientes términos:

“El paciente fue transfundido en el Hospital Virgen de la Arrixaca, de Murcia entre el 27 de enero de 2001 y el 14 de febrero de 2006, un total de 18 concentrados de hematíes y 14 unidades de plasma fresco congelado.

En todas las donaciones, los resultados de la serología de VHC fueron negativos.

En 24 casos, el donante ha realizado al menos una nueva donación, siendo todos los resultados de enfermedades infecciosas negativas, incluida la determinación de los anticuerpos y el virus del VHC.

En 8 casos el donante no había realizado nueva donación. A todos estos donantes se le ha enviado una carta solicitándoles que acudan al Centro de Hemodonación a extraerse una nueva analítica”.

Posteriormente, el citado Centro envió un informe complementario en relación con las pruebas realizadas por esos ocho donantes:

“Seis de estos donantes han acudido al Centro de Hemodonación a extraerse una nueva analítica para analizar las enfermedades infecciosas transmitidas por la sangre; un donante ha acudido a un punto fijo, y otro donante ha acudido a una unidad móvil dependiente del CRH para la extracción.

Los resultados de los análisis efectuados a estos ocho donantes han sido negativos, incluidos los anticuerpos contra VHC, y la determinación del ARN del VHC mediante NAT.

Se adjunta una tabla resumen sobre el estudio de estos ocho donantes con la fecha de la nueva analítica”.

QUINTO.- En contestación al requerimiento formulado en su momento por el órgano instructor, se recibe escrito del Director del Centro de Diálisis Hocasa, en el que manifiesta que el servicio de diálisis estuvo concertado hasta el 31 de diciembre de 2005 con la mercantil --, SL y, a partir de esa fecha, con el Centro de Diálisis x., habiendo ostentando el remitente la condición de Director de ambos Centros y, en condición de tal, da respuesta a las cuestiones que sobre el paciente, x., se le han planteado:

1. En relación con la historia clínica, indica que la misma obra en poder del HUYA.

2. Respecto de los casos de infección de VHC detectados en los dos Centros de hemodiálisis, indica que *“desde que se determinó la presencia del marcador VHC+ se produjo el asilamiento de los pacientes positivos en salas de diálisis diferentes y con personal exclusivo. Solo conocemos la sero conversión de negativo a positivo en dos casos, uno el que nos ocupa, y otro un paciente que ingreso en el H.U.V. de la Arrixaca, de Murcia en septiembre de 1999, para una intervención y meses después se confirmó la positividad”.*

3. En cuanto a los informes de los facultativos que atendieron al paciente, adjunta dos informes de evolución según el siguiente detalle:

a) En el emitido por el --, SL, de fecha 29 de agosto de 2005, se relata la siguiente evolución del paciente respecto al aparato digestivo: *“Transaminasas elevadas. En febrero de 2003, en el entorno de un cuadro séptico secundario a gangrena húmeda, con clínica de colostasis, elevación de la bilirrubina. Positivización de los anticuerpos HVC. Ascitis. Hemorragia digestiva por gastropatía hipertensiva. Varices esofágicas III/IV. Cirrosis Hepática”.* Por último se añade en cuanto a la situación en el momento de emitir el informe, lo siguiente: *“Situación global delicada por la afectación vascular a todos los niveles. Ascitis crónica tratada con paracentesis evacuadoras. Estable en hemodiálisis, con buena tolerancia a las sesiones de diálisis”. Concluye en los siguientes términos: “marcadores virales de junio de 2005:HVB Negativo. HVC: Positivo. HIV: Negativo”.*

b) En el emitido por el Centro de Diálisis x., de fecha 11 de septiembre de 2007, se afirma que: *“A primeros del año 2006, este paciente pasó al Centro de Diálisis de x. en el Palmar al cesar la concesión el 31 de diciembre de 2005, al anterior --, SL.*

El día 10 de enero ingresa en el H.U.V. Arrixaca, por isquemia en dedo medio del pie derecho para amputación programada. Vuelve el día 16 del mismo mes.

El día 20 de enero el paciente acude a la sesión de diálisis en mala situación por hemorragia digestiva. Tras la sesión de la diálisis el paciente es remitido al hospital de referencia.

El paciente no volvió al Centro. Falleció el 14 de febrero de 2006”.

SEXTO.- La Inspectora Médica emite informe el 18 de enero de 2008, en el que tras resumir los hechos y emitir el juicio crítico que los mismos le merecen, concluye lo siguiente:

“1. El nexo de causalidad entre las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido el paciente el 24/09/02 (amputación 4ª y 5ª dedos pie izquierdo) y 11/02/03 (amputación supracondilea del miembro izquierdo) no puede establecerse, puesto que aunque sea posible como hipótesis, es extremadamente infrecuente debido a las técnicas de esterilización y asepsia. La transmisión viral exigiría la existencia de sangre macroscópica contaminada en dicho material, lo cual no se puede demostrar. En el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca se cumplen los Protocolos de asepsia en los quirófanos.

2. El paciente fue transfundido entre el 27/01/01 y el 14/02/06, con un total de 18 concentrados de hemáties y 14 unidades de plasma fresco congelado, en todas las donaciones, el resultado de la serología del VHC fueron negativas. Según informe emitido por la Dra. x., en 24 casos, el donante ha realizado posteriormente al menos una nueva donación, siendo incluida la determinación de los anticuerpos y el virus del VHC. En 8 casos, el donante no ha realizado nueva donación. Solamente, en el caso, que algunos de estos 8 donantes, estuviese en el “periodo ventana” al donar, se podría decir que el contagio de Hepatitis C sería postransfusional, pero en el momento de la transfusión la serología para la VHC fueron negativas, y aunque posteriormente alguno de ellos fuese positivo para la Hepatitis C podría haberse infectado después de la donación.

3. El paciente fue hemodializado en Centros concertados (--, S.L, en el Centro de Diálisis x. del Palmar) y en el Hospital Virgen de la Arrixaca durante los periodos en los que estuvo, hospitalizado y se le detecta la Hepatitis C. En el Servicio de hemodiálisis del Hospital Virgen de la Arrixaca se siguen las guías establecidas sobre enfermedades víricas en hemodiálisis según la Sociedad Española de Nefrología.

Los pacientes con Hepatitis C están aislados (en salas distintas al resto de los enfermos hemodializados que no presentan dicha enfermedad) y con máquinas individuales. Todo enfermo que entra programado en la Unidad de Hemodiálisis debe tener hecha la determinación de Anticuerpos frente al VHC. Bimensualmente existe una vigilancia enzimática y serológica semestral. Igualmente en los Centros concertados desde que se determinó la presencia del marcador VHC + se produjo el aislamiento en salas de diálisis diferentes y con personal exclusivo. En dicho Centro concertado según declaración del Director médico del centro de Diálisis solo se conoce la sero conversión de negativo a positivo en dos casos, uno el que nos ocupa, y otro un paciente que ingresó en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca en Septiembre de 1999 para una intervención y meses después se confirmó la positividad. En el caso de x., el 30 de mayo del 2002 era seronegativo, la positividad se confirmó en febrero de 2003.

4. No se cuestiona que la causa de la muerte, entre otras fuese la Hepatitis C pero no se acredita relación causa-efecto entre su infección y las prácticas sanitarias ya que se aplicaron las medidas adecuadas para su prevención. En un porcentaje elevado de pacientes no se encuentra la vía de transmisión.

5. *El paciente por sus antecedentes personales: diabético tratado con insulina, con insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis, con varias intervenciones quirúrgicas, que requirieron curas durante largo periodos de tiempo, varios ingresos hospitalarios y que ha sido transfundido en varias ocasiones, presentaba, dada su inmunodeficiencia, un alto factor de riesgo para padecer infección por Hepatitis C tanto intra como extrahospitalaria, aún cumpliendo todas las normas higiénico-preventivas, cuyo origen es imposible de determinar dados los múltiples factores a los que estaba sometido el paciente.*

En todo caso el contagio por hepatitis C no siempre es un suceso previsible, ni evitable en la mayoría de las ocasiones, y no tiene porque ser causado, por el tratamiento instaurado”.

Posteriormente, a petición del órgano instructor, la Inspección Médica emite informe complementario del siguiente tenor:

“Primero.- En respuesta a la petición de Protocolos de asepsia y control de las medidas de esterilización en el Área Quirúrgica del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, en las fechas 24/09/02 y 11/02/03, por parte del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, el Jefe de Medicina Preventiva, Dr. x., comunica que:

1. No se observaron incidencias que puedan poner de manifiesto que no se asegure la asepsia en el Área Quirúrgica en aquellas fechas (24/09/02 y 11/02/03).

2. En el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca se llevan a cabo las recomendaciones de eficacia probada y las sugeridas por la experiencia de Eickof, en la prevención y el control de las Infecciones Nosocomiales, entre las que se incluyen los controles físicos, químicos y biológicos en los procesos de esterilización del material e instrumental médico-quirúrgico; así como el resto de actuaciones para que se logre la asepsia en esta área, y que son:

— Higiene Hospitalaria: Limpieza exhaustiva, al finalizar las intervenciones quirúrgicas, entre intervenciones y después de las mismas; y otras que se realizan con periodicidad quincenal. Según los Protocolos que supervisa el Servicio de Medicina Preventiva. Actividades que realiza el servicio de limpieza del hospital, y la empresa contratada para la Desinfección y Desinfectación.

— Microbiología ambiental, empleando el método volumétrico, según su nivel de riesgo, realizándose con periodicidad mensual en los quirófanos de alto riesgo: cirugía cardiaca, neurocirugía, traumatología, y los destinados a trasplantes de órganos y/o tejidos (según normativa de marzo de 2000 de INSALUD).

— Control periódico, según protocolos, de todos los componentes relacionados con la ingeniería hospitalaria (sistemas de aire acondicionado, filtros empleados, frecuencia de renovaciones de aire y diferenciales de presión de temperatura y humedad etc.).

— Consultas del personal facultativo y de enfermería de los quirófanos, a los servicios responsables de la prevención y el control de infecciones: Medicina Preventiva, Microbiología, Calidad Asistencial e Ingeniería, ante incidencias de cualquier índole: Pacientes intervenidos con episodios infecciosos, obras en zonas contiguas, etc.

Segundo.- El paciente fue transfundido entre el 27/01/01 y el 14/02/06, con un total de 18 concentrados de hematíes y 14 unidades de plasma fresco congelado, en todas las donaciones, el resultado de la serología del VHC fueron negativas. Según informe emitido

por la Dra. x., en 24 casos, el donante ha realizado posteriormente al menos una nueva donación, siendo incluida la determinación de los anticuerpos y el virus del VHC. A los 8 casos en el que el donante no había realizado una nueva donación, se les envió una carta solicitándoles que acudan al Centro de Hemodonación a extraerse una nueva analítica.

El informe emitido el 7 de abril de 2008 por el Dr. x. (Director del Centro de Hemodonación) y la Dra. x. (Hematóloga) dice que 6 de estos donantes acudieron, al Centro de Hemodonación a extraerse una nueva analítica para analizar las enfermedades infecciosas transmitidas por la sangre, un donante ha acudido a un punto fijo, y el otro donante acudió a una Unidad Móvil dependiente del Centro de Hemodonación para la extracción.

Los resultados de los análisis efectuados a estos 8 donantes han sido negativos, incluidos los anticuerpos contra el VHC y la determinación del ARN del VHC mediante NAT.

Se adjunta una tabla sobre el estudio de estos 8 donantes con la fecha de la nueva analítica.

Tercero.- En respuesta a la petición de Protocolos seguidos en el Servicio de Nefrología del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), por parte del Servicio de Prestaciones Asistenciales, la Unidad de Enfermería del Servicio de Nefrología informa que viene utilizando los Protocolos de la Sociedad Española de Nefrología que tiene editados en su Manual de Protocolos y Procedimientos de Actuación de Enfermería Nefrológica editados en el 2001.

Se realizan todas las recomendaciones en cuanto a medidas de aislamiento y protección tanto de:

- Monitores, independientes para pacientes positivos y negativos.
- Personal, independiente para pacientes positivos y negativos.
- Material, independiente para pacientes positivos y negativos.

Desde la publicación de este Manual de Protocolos en el año 2001 esta unidad sigue el siguiente Protocolo de Actuación con relación al aislamiento y protección de pacientes y personal que a continuación se adjunta”.

SÉPTIMO.- Requerida para ello por la instructora, la compañía aseguradora x. aporta dictamen realizado colegiadamente por cuatro doctores especialistas en Medicina Interna, en el que, tras unas amplias consideraciones médicas, se alcanzan las siguientes conclusiones:

- “1. X. presenta una serología positiva para el VHC en febrero de 2006.
2. Resulta imposible determinar la fuente y el momento del contagio.

3. Respecto a los riesgos de transmisión nosocomial en el Hospital Virgen de la Arrixaca los distintos hemoderivados transfundidos al paciente fueron analizados conforme a la legislación vigente y la mayor parte de los donantes han continuado donando con posterioridad manteniendo su negatividad frente al VHC lo que hace poco probable que esta sea la vía de contagio del paciente. Respecto a la hemodiálisis en el informe de inspección se recoge que en el Hospital Virgen de la Arrixaca se cumplen con los protocolos de la Sociedad Española de Nefrología para evitar el riesgo de transmisión de esta enfermedad y respecto a la cirugía realizada en septiembre de 2002 que para los reclamantes podría ser la vía de contagio no constan incidencias durante la misma y el material utilizado en este tipo de cirugías es desechable o estéril y por tanto no actúa como reservorio del VHC.

4. *En cuanto al momento del contagio la negatividad de la serología en mayo de 2002 (en el contexto de un paciente en hemodiálisis) y la normalidad de las transaminasas en septiembre de 2002 no permiten descartar que la infección se encontrara ya presente en este momento, de hecho algunos de los hallazgos presentes en el momento en el que se comprobó la positividad de la serología en febrero de 2003 (hiperesplenismo y ascitis) y los que surgieron en los meses posteriores hasta diciembre de 2003 (en que se le diagnosticó de cirrosis) hablan a favor de que la infección por el VHC se encontraba presente desde mucho tiempo antes del diagnóstico serológico de la misma.*

5. *En la causa del fallecimiento es evidente que la afectación hepática ha jugado un papel relevante, pero no ha sido la única circunstancia que ha supuesto un acortamiento de la esperanza de vida del paciente, pues la diabetes mellitus con las complicaciones de artenopatía severa e insuficiencia renal terminal no candidata a trasplante renal supone un pronóstico vital malo en un plazo relativamente corto de tiempo”.*

Posteriormente, una vez que se le hace llegar nueva documentación incorporada al expediente (informe complementario de la Inspección Médica; Informe del Jefe de Servicio de Medicina Preventiva del HUVA; informe de la Dra. x. e informe de la Unidad de Nefrología del HUVA), los peritos de la aseguradora emiten un informe complementario en el que ratifican las conclusiones de su primer informe, salvo en lo que se refiere a la tercera a la que dan una nueva redacción del siguiente tenor:

“Respecto a las riesgos de transmisión nosocomial en el Hospital Virgen de la Arrixaca, los distintos hemoderivados trasfundidos al paciente fueron analizados conforme a la legislación vigente y todos los donantes han sido analizados con posterioridad manteniendo su negatividad frente al VHC, lo que hace imposible que esta sea la vía de contagio del paciente. Respecto a la hemodiálisis en el Hospital Virgen de la Arrixaca se cumplen con los protocolos de la Sociedad Española de Nefrología para evitar el riesgo de transmisión de esta enfermedad y respecto a la cirugía realizada en septiembre de 2002, consta que no existieron incidencias que pudieran alterar la asepsia quirúrgica por lo que tampoco actuaría como transmisora del virus”.

OCTAVO.- Con fecha 13 de marzo de 2008 se da traslado de la reclamación al Centro de Diálisis x., como parte interesada, a fin de que formule las alegaciones y aporte los documentos o justificantes que considere oportunos.

La citada mercantil comparece a través de su abogada para manifestar que, tal como se desprende de la documentación que consta en el expediente, cuando el x. comenzó a recibir tratamiento de hemodiálisis en la Clínica x. ya era portador de la hepatitis C), por lo que resulta materialmente imposible que la contrajese en dicho Centro.

NOVENO.- Consta en el expediente que los interesados han interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación (procedimiento ordinario 579/2006), según providencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 15 de diciembre de 2006.

DÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, el Centro de Diálisis x. presenta escrito mediante el que se ratifica en su anterior comparencia, afirmando la imposibilidad de que el paciente contrajese la infección de VHS en dicho Centro, porque cuando comenzó a hemodializarse en él ya padecía dicha enfermedad.

Por su parte, los reclamantes formulan alegaciones en las que, en síntesis, vienen a ratificar el contenido de su escrito de reclamación inicial.

UNDÉCIMO.- La instructora formula, el día 4 de noviembre de 2008, 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 fallecimiento del paciente.

DUODÉCIMO.- Con fecha 10 de noviembre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

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

SEGUNDA.- Legitimación plazo y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta por quienes gozan de legitimación activa para ello, en tanto que los reclamantes, en su condición de esposa e hijos del finado, alegan un daño moral, como consecuencia de la actuación de los servicios sanitarios, lo que les confiere la condición de interesados (artículos 31.1 y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo LPAC, y artículo 4.1 RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que los reclamantes imputan el daño que dicen haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver el titular de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En lo que se refiere al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Precisamente esa excesiva duración del procedimiento ha llevado a los interesados a considerar desestimada su reclamación por silencio administrativo, interponiendo

el oportuno recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, como se ha indicado en varios Dictámenes (por todos, el núm. 3/2008), la circunstancia de que se haya interpuesto dicho recurso no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, siempre que no se haya dictado la correspondiente sentencia por parte del citado Juzgado, 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 solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa.

Por otro lado, conviene destacar la ausencia total de prueba por parte de los reclamantes de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible en exclusiva a los mismos; en el presente supuesto, los informes médicos de los facultativos que atendieron al paciente, de la Inspección Médica y de los peritos de la compañía aseguradora no han sido cuestionados o rebatidos por la parte reclamante a través de las correspondientes pruebas periciales (a pesar de que tal circunstancia se anuncia en el escrito de interposición de la reclamación). A este respecto la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de junio de 2001, destaca: *“Que corolario de lo dicho es que quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...)), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos”*.

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

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, 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.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actividad 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. Ha de analizarse, por tanto, si la actuación sanitaria se ha ajustado a la *lex artis ad hoc* o módulo rector del arte médico, como principio director de la materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrolle.

Veamos si concurren en el presente supuestos los requisitos y principios expuestos:

1º. Antecedentes.

El paciente, con anterioridad al contagio de la hepatitis C, presentaba desde un punto de vista médico importantes patologías, según se desprende de los informes médicos que obran en el expediente y que son resumidas por la Inspectora Médica del siguiente modo:

- Diabetes Mellitus tipo 2 en tratamiento con insulina.
- Retinopatía diabética.
- Insuficiencia renal crónica secundaria a neuropatía diabética.
- Hemodiálisis periódica desde el 5 de enero de 2001.
- Miocardiopatía dilatada.
- Fistulografía en febrero de 2002 con diagnóstico: FAVI radiocefálica izquierda sin lesiones.
- Amputación de 1º y 2º dedos pie izquierdo por necrosis húmeda.
- Arteriopatía severa de los miembros inferiores.

Interesa también destacar de sus antecedentes, que el paciente tenía varios factores de riesgo relacionados con la positividad de anticuerpos de VHC, de acuerdo con el informe de la Inspectora Médica (folio 419):

- Sometido a diálisis desde 2001 (riesgo nosocomial).
- Receptor de hemoderivados.
- Sometido a tratamiento quirúrgico en septiembre de 2002.

2º. Relación de causalidad.

En ningún momento los reclamantes cuestionan la praxis médica seguida sino que imputan a la Administración sanitaria el contagio de la hepatitis C, que atribuyen a los actos médicos que se desarrollaron entre la analítica que se le practicó en junio del año 2002 (con resultado seronegativo) y la efectuada en febrero de 2003 (que da positivo en anticuerpos de VHC), y que no pueden ser otros -según ellos- que las transfusiones sanguíneas o un contagio nosocomial.

Pues bien, en lo que a las transfusiones se refiere ha quedado documentalmente acreditado en el expediente que en la totalidad de unidades transfundidas el resultado de la serología del VHC de los donantes dio resultado negativo. Asimismo, todos los donantes han confirmado esa negatividad al virus del VHC en análisis efectuados con posterioridad, bien porque volvieron a ser donantes, bien porque acudieron a realizarse las pruebas pertinentes que se acordaron con motivo de la reclamación objeto del presente Dictamen. Lo anterior conduce a que, tanto el informe de la Inspección Médica como el de los peritos de la aseguradora del SMS, concluyan en que no puede precisarse con exactitud una relación

causal nítida entre el contagio del virus de la hepatitis C y las transfusiones recibidas, porque fueron controladas y resultaron negativas para todos los factores de transmisión infecciosa incluida la hepatitis C.

Respecto a un posible contagio por vía nosocomial, bien durante la intervención quirúrgica, bien durante el tratamiento dializador, también son terminantes las conclusiones que se alcanzan en los informes médicos antes citados. Así, la Inspección Médica, con base en el informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales del HUVVA, afirma que en el citado Hospital *“se llevan a cabo las recomendaciones de eficacia probada y las sugeridas por la experiencia de Eickof, en la prevención y el control de las infecciones nosocomiales, entre las que se incluyen los controles físicos, químicos y biológicos en los procesos de esterilización del material e instrumental médico-quirúrgico”*, describiendo al folio 469 todas y cada una de las actuaciones que se despliegan en orden a obtener una total asepsia del área hospitalaria. A lo anterior cabe añadir que no consta ni en la historia clínica del paciente ni en los antecedentes hospitalarios, que en las fechas en las que aquél se sometió a una intervención quirúrgica (24 de septiembre de 2002 y 11 de febrero de 2003), surgiera incidencia alguna que pueda hacer sospechar que dichas medidas de asepsia no fueran observadas. Abunda en esta línea el dictamen pericial de la aseguradora en el que se indica que *“respecto a la cirugía realizada en septiembre de 2002 (...) no constan incidencias durante la misma y el material utilizado en este tipo de cirugías es desechable o estéril y por tanto no actúa como reservorio de VHC”*.

En lo que se refiere a un posible contagio a través de la hemodiálisis, se admite por los facultativos informantes que los tratamientos dializadores constituyen un factor de riesgo de infección por el VHC, pero también coinciden al puntualizar que en estos casos el mecanismo de contagio resulta en muchas ocasiones desconocido, y cuando se han aplicado los protocolos de prevención de transmisión de este tipo de enfermedades la aparición de la infección por el VHC se podría considerar inevitable. En este sentido, aparece documentado que la unidad de diálisis dependiente del Servicio de Nefrología de la Arrixaca utiliza los Protocolos de la Sociedad Española de Nefrología, cuyas recomendaciones se concretan en medidas de aislamiento y protección tanto de pacientes como de personal y material (folio 471). Asimismo los centros concertados en los que también se dializó el x. respetaban este protocolo, tal como se desprende de las manifestaciones del Director Médico obrantes al folio 397, en las que afirma que, desde el momento que se determina la presencia del marcador VHC +, se produce *“el aislamiento de los pacientes positivos en salas de diálisis diferentes y con personal exclusivo”* y corrobora la Inspección Médica al folio 422.

En conclusión, habiéndose probado que la totalidad de las transfusiones realizadas fueron negativas para todos los factores específicos de transmisión infecciosa, incluido el virus del VHC, no puede inferirse la relación causal entre el contagio y las transfusiones sanguíneas, sin que se haya probado la existencia de un nexo causal directo e inmediato (Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de marzo de 2001 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo de 6 de octubre de 2000). Por otra parte también se ha probado que el paciente pertenecía a un grupo de riesgo, al estar sometido a tratamiento dializador, sin que tampoco pueda establecerse una relación directa y precisa entre dicho tratamiento y el contagio por las razones expuestas con anterioridad. Finalmente, también ha resultado acreditado que no se produjeron incidencias que pudieran alterar la asepsia quirúrgica, con lo que tampoco resulta posible establecer un nexo causal entre las intervenciones y el contagio. En todo caso, aún en la hipótesis planteada por los reclamantes de inferir dicho nexo de causalidad

sea cual sea la vía de contagio, suscitando una objetivación extrema del nexo causal obviando la praxis médica y los avances científicos en aquel momento ha de tenerse en cuenta que al pertenecer el paciente a un grupo de riesgo ha de plantearse si se trata de daños que está obligado a soportar al derivarse de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción (artículo 141.1.LPAC).

Cabe además señalar, con la Inspección Médica y los Peritos de la aseguradora, que si bien es cierto que en la causa del fallecimiento la afección hepática ha desempeñado un papel relevante, también lo es que no ha sido la única circunstancia que contribuyó al fatal desenlace, *“pues la diabetes mellitas con las complicaciones de artenopatía severa e insuficiencia renal terminal no candidata a trasplante renal, supone un pronóstico vital malo en un plazo relativamente corto de tiempo”*.

3º. La antijuridicidad del daño.

Resulta conveniente recordar aquí los razonamientos que se contienen en la Sentencia nº. 106/2002, de 16 de mayo, de la Audiencia Provincial de Badajoz sobre el contagio del virus de la hepatitis C de pacientes sometidos a diálisis, tras estudiar las numerosas pruebas practicadas en aquel pleito y teniendo en cuenta los diversos informes de Instituciones y Servicios Públicos y, en especial, los informes periciales de expertos en la materia:

“En primer lugar, resulta absolutamente incontrovertido el hecho de que los enfermos con insuficiencia renal crónica (IRC) sometidos a hemodiálisis son uno de los principales grupos de riesgo para contraer, entre otras enfermedades, la Hepatitis C, con un nada despreciable índice de prevalencia antes de ser dializados que se acrecienta aún más cuando irremediamente se someten al citado tratamiento como único modo de sobrevivir a la espera de un trasplante de riñón, ya que presentan un gravísimo déficit inmunológico. En segundo lugar y pasando por alto algunas teorías minoritarias sobre las dudas relativas a la efectiva existencia y aislamiento del virus de la Hepatitis C que hemos podido encontrar en la literatura científica (...) a estas alturas no se conocen totalmente las vías de contagio o transmisión del mismo, de tal modo que la CDC (Centres for Disease Control of Prevention) norteamericana no encuentra causa alguna en el 57% de los pacientes infectados”.

La precitada Sentencia concluye que las personas con insuficiencia renal crónica tienen, entre otros muchos y graves problemas, un enorme riesgo de contraer el virus de la Hepatitis C, lo que desgraciadamente pone de manifiesto que, pese a adoptarse todo tipo de cautelas universalmente protocolizadas, se trata de un desgraciado evento imprevisible o, al menos, inevitable.

A mayor abundamiento, no se puede pedir que, estando indicado terapéuticamente el tratamiento, se responda de lo que no es sino un riesgo, asociado al tratamiento adecuado.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los elementos determinantes de la misma.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 78/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 20/04/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 79/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 27/04/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 80/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 27/04/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 12.

DICTAMEN 81/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 27/04/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 12.

DICTAMEN 82/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 27/04/09

Extracto de Doctrina

La información al paciente en el ámbito específico de los medicamentos tiene una doble finalidad: por una parte la información terapéutica que se orienta a asegurar la cooperación del paciente o terceros en el tratamiento médico; de otra parte la información previa al consentimiento del paciente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de septiembre de 2005 (registro de entrada), x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los daños sufridos, que atribuye a un funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

Sufre artritis reumatoide desde hace 30 años, habiendo sido tratada durante ese tiempo en el Servicio de Reumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca, hasta que por razones de reestructuración administrativa se trasladó su historial al Servicio correspondiente del Hospital General Universitario Morales Meseguer, donde fue citada a consulta el 24 de julio de 2004, siendo atendida por la Dra. x., que le cambió el tratamiento que llevaba por Metotrexato.

A las 2 semanas de iniciar el nuevo tratamiento comenzó a sentirse mal, tuvo náuseas con vómitos, pérdida del apetito, sequedad bucal, por lo que acudió a su médico de cabecera, que atribuyó el malestar general al calor y las molestias de la boca a una micosis oral.

De otra parte, el 17 de julio de 2004 ingresó en el Hospital Morales Meseguer para intervención urgente diferida sobre cadera derecha por traumatismo fracturario fortuito, siendo dada de alta el 27 de julio siguiente, y citada a revisión en consultas externas del Servicio de Traumatología del citado centro hospitalario el 13 de septiembre siguiente.

Como su estado general continuaba siendo malo, tuvo que acudir en dos ocasiones a su médico de cabecera, pues no se curaba la micosis oral y continuaba con el tratamiento prescrito por la Dra. x.

El día indicado para la revisión en el Servicio de Traumatología (el 13 de septiembre), cuando acudió a la consulta del Dr. x., al observar el estado en que se encontraba, y sobre todo la infección de boca, la envió a la Unidad de Medicina Interna para control analítico, encontrándose con la Dra. x., quien la remitió a la Unidad de Patología Oral, donde le diagnosticaron que se trataba de una posible reacción farmacológica, por lo que ese mismo día la citada facultativa le retiró los fármacos Baycip, Metotrexato y Celebrex, por presentar eritema polimorfo secundario a fármacos, con lesiones exteriores en mucosa oral, sin prescribir pruebas de otro tipo.

El 15 de septiembre acudió al Servicio de Medicina Interna para realizarse el análisis prescrito por el traumatólogo, y al día siguiente recibió una llamada urgente del Dr. x., en el que se le instaba a acudir inmediatamente al Hospital Morales Meseguer por el estado de gravedad en el que se encontraba.

Ingresó en dicho centro hospitalario por presentar una pancitopenia severa, una mucositis, una insuficiencia renal aguda pre-renal, una posible sobreinfección oral por VHS y una infección urinaria por *Proteus Mirabilis*, todo ello por una toxicidad provocada por la toma del fármaco Metotrexato.

Considera la reclamante que hubo falta de diligencia en la actuación de la Dra. x., pues si bien era acertado recetar Metotrexato ante la falta de respuesta de su anterior tratamiento, sin embargo no se le informó sobre los posibles y graves efectos secundarios de ese fármaco y, sobre todo, no le prescribió los controles de laboratorio necesarios a pacientes en tratamiento con dicho fármaco.

Manifiesta que le han quedado como secuelas una anemia normocítica leve y una insuficiencia renal crónica moderada, reclamando una cantidad total de 40.881,16 euros, incluyendo los daños morales (36.000 euros).

SEGUNDO.- Con fecha 3 de octubre de 2005, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, la cual fue notificada a las partes interesadas. Asimismo se solicitó copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron a la paciente al Hospital Morales Meseguer.

TERCERO.- Desde el Hospital Morales Meseguer se remitió copia de la historia clínica el 14 de diciembre de 2005 (registro de salida), e informe de la Dra. x., médico especialista en Reumatología (folios 44 a 48), que contiene, en primer lugar, una exposición cronológica de las consultas de la paciente, contradiciendo en algunos aspectos la versión dada por la reclamante sobre los hechos ocurridos:

“1. La paciente es vista por primera vez por mí y en Consulta de Reumatología el día 30-1-04 y no en julio de 2004. Se trataba de una Artritis Reumatoide (AR) seguida 30 años por el Dr. x. en Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca (CSVA). Fue dada de alta

en esa consulta por no ser de su área sanitaria, siéndole desestimada la petición de continuidad asistencial en dicho centro (Ver propuesta de la Dra. x.). El área de referencia de Las Torres de Cotillas es el Hospital Morales Meseguer (HMM), que yo sepa desde 1993 (...) Lo cierto es que entiendo que esta situación condicionó, no sin razón, una mala predisposición de x. y su familia frente al cambio de médicos y frente al sistema.

X. aportaba una analítica del día 2-1-04 con hemograma bioquímicas normales y unos reactantes de fase aguda muy elevados (...). Llevaba tratamiento con Arava, Claversal, Dianben, Amaryl, Zamene 6, Ideos, Pariet y Celebrex.

Como seguimiento de pacientes con enfermedades autoinmunes que llevan tratamiento inmunomodulador, en este caso Arava más claversal es obligado como expondré más adelante realizar periódicamente análisis que incluyen hemograma, bioquímica, anormales y sedimento de orina. Además de éstos para su próxima revisión se solicitaron radiografías y un estudio de la densidad mineral ósea (DEXA).

2. La paciente es citada de nuevo el día 28-4-04 para valorar el estado de la enfermedad y los análisis solicitados por mí la última consulta, como está protocolizado en el seguimiento de su artritis reumatoide (AR). El resultado de los análisis (realizados el 15-4-04) fue normal salvo la VSH de 86, pero la densitometría mostraba un riesgo elevado de fractura de cadera. Como profilaxis de la misma se instaura tratamiento con Actonel Semanal. El resto del tratamiento se mantiene igual y vuelve a ser citada para revisión, previa analítica unos días antes, a los tres meses.

3. En el mes de mayo de 2004, sin cita previa, veo a la hija de x. que me comunica que la paciente no tolera el Actonel, por náuseas y pirosis, creo que tras la 1ª o 2ª dosis. No está escrito en la historia por atenderla sin cita, con la historia en archivos. En esa consulta se sustituye actonel por calcitonina.

4. La cuarta visita médica fue el día 14-7-04, revisándose unos análisis del día 29-6-04, con una VSG de 100 hemograma, bioquímica y sedimentos normales. Tras seis meses de seguimiento en mi consulta, concluyo que se trata de una AR severa, con secuelas importantes y actividad inflamatoria mantenida. En la evolución clínica de su historia y en el informe de consulta consta que se le propone iniciar tratamiento biológico con un anti-TNF, el cual es un fármaco que bloquea la acción del factor de necrosis tumoral, una citoquina implicada en el proceso inflamatorio. Esto conlleva necesariamente informar al paciente sobre la mala evolución de su enfermedad, la falta de respuesta a otros fármacos antirreumáticos modificadores de la actividad de la enfermedad o FAME utilizados en la sección de reumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca, y solicitar nuevos análisis basales (con virus de la hepatitis B, C y de SIDA), RX tórax y dos test de tuberculina (...) Todo esto se solicitó en la consulta del día 14 de julio. Los anti-TNF son fármacos recientemente aprobados para su uso en la AR refractaria a otros tratamientos. Están siendo bien tolerados, con pocos efectos secundarios, pero antes de iniciar el tratamiento hay que descartar infecciones virales crónicas, estados de inmunodepresión, o tuberculosis latente que pudiera activarse. La eficacia de los anti-TNF se potencia si se asocia Metotrexato (MTX). Para la paciente no supone muchos cambios en su seguimiento, número de revisiones, de análisis, ni de pruebas complementarias, ya que lleva 30 años buscando un fármaco, en general, de carácter inmunomodular, que logre controlar la actividad de la enfermedad. Todos estos tratamientos necesitan ser supervisados con controles analíticos periódicos.

En consecuencia, se retira Arava por ineficacia y se inicia MTX (primera toma el jueves 15 de julio, segunda el jueves 22 de julio), a dosis semanal de 7,5 mg., asociado a ácido fólico porque existe evidencia de que disminuye la probabilidad de toxicidad del MTX, sin restarle eficacia. El MTX es uno de los fármacos modificadores de la evolución de la enfermedad con menor toxicidad, está aprobado su uso en la AR hace muchos años, existe gran experiencia en su manejo y es indicación de primera elección en la artritis reumatoide. La vigilancia que precisa es similar al Arava y a otros tratamientos ya recibidos anteriormente por ella.

5. *La paciente es citada nuevamente a consulta de reumatología para recoger los resultados analíticos el 30 de julio (ver documento nº5 presentado por la paciente, el carnet de revisiones en consulta externa) pero no volvió a verla ambulatoriamente, sino en la planta de traumatología, a petición de su hija que fue personalmente a buscarme a mi consulta durante el ingreso por una fractura de cadera derecha (del 17 al 27 de julio). El día 20 valoré una bioquímica y varios hemogramas y solicité a los enfermeros el 2º test de tuberculina, como está establecido en el protocolo de tratamientos biológicos y que no se había podido hacer ambulatoriamente (veáanse las notas de enfermería del día 20-7-04, los análisis de los días 17 y 20 de julio, y mi anotación en la evolución clínica).*

6. *El día 27 de julio vuelvo a ver la paciente antes de su alta, teniendo los resultados del 2º test de tuberculina y análisis de los días 21, 22, 23, 24 y 27 de julio.*

En el momento de su alta hospitalaria, llevaba tratamiento con MTX dos semanas, estaba siendo bien tolerado, y se habían realizado múltiples controles analíticos. Todo fue evaluado durante su ingreso, presentando únicamente una anemia secundaria al hematoma de la fractura, corregida mediante transfusión, y con el resto de series hematológicas normales.

X. fue dada de alta el 27-7-04, informando a su hija que debía pedir cita en consulta de Reumatología, previa analítica realizada a finales de septiembre o principios de octubre en su centro de salud, tras otro mes y medio o dos meses de tratamiento con MTX. Esta es la pauta seguida habitualmente. Inicialmente se hacen análisis en 20 días, después al mes y medio, y posteriormente cada 2 o 3 meses (aproximadamente), ya que no existe pauta fija establecida y depende muchas veces de los mismos resultados.

7. *El día 13-9-04 acude la paciente a mi consulta, sin cita previa, por lo que no existen datos en la historia clínica (veáanse el informe y la interconsulta que aporta la paciente). El motivo de pedir la asistencia era una dificultad para la deglución y unas lesiones en mucosa oral que su médico de cabecera estaba tratando como posible micosis. En ese momento salía de la consulta de traumatología donde pasó revisión de su fractura de cadera del Dr. x. Este médico consideró conveniente hacer una interconsulta a medicina interna y unos análisis a valorar por el internista.*

Cuando la hija de x. habla conmigo, me muestra el volante de los análisis firmados por el Dr. x. y la interconsulta. Yo le indico que esos análisis son los mismos que necesita para mi revisión, pero que el problema de la boca me gustaría que fuera visto por un especialista. De forma que yo misma acompañé a la enferma a la unidad de patología oral dependiente de la Universidad de Murcia, que se halla ubicada en la segunda planta del mismo edificio del Hospital (...). Por amistad personal con la Dra. x. le solicité su opinión ante la sospecha de mucositis tóxica por fármacos (como primera posibilidad el MTX). Ella opinó lo mismo, pero indicó retirar todos los medicamentos excepto los

antidiabéticos orales, ya que a su juicio se trataba de una mucositis y un eritema polimorfo secundario a fármacos, pudiendo estar implicado cualquiera de ellos. Le pautamos tratamiento con enjuagues orales de clobetasol más prednisona por vía oral. La paciente seguía teniendo su cita en reumatología pendiente, aunque se la estaba atendiendo fuera de citas por su situación y por los efectos secundarios de la medicación.

Yo acordé con la paciente y su hija retirar los fármacos, hacer los análisis que llevaba en mano, seguir el tratamiento de la Dra. x. y volver a consulta (...)

Al ver en laboratorio la pancitopenia, hicieron que el Dr. x., que firmaba el volante, avisara a la paciente, ingresando en hematología el 19-9-04.

(...)”.

Por todo lo expuesto, realiza las siguientes afirmaciones de forma “contundente”:

“8.1.- Que tanto ella como su hija, que siempre la acompañaba, han sido informadas en todo momento sobre la evolución de la enfermedad, sobre los tratamientos recibidos y los tratamientos pendientes (anti-TNF).

8.2.- Que en ninguna de sus visitas en consulta externa he dejado de ver los resultados de los análisis hechos, ni de solicitar los de la siguiente revisión.

8.3.- Que debido a la fractura de cadera y no pudiendo acudir a consulta el 30 de julio del 2004, ni seguir ya con posterioridad sus visitas ordinarias programadas, se le hizo un seguimiento extraordinario, acudiendo a la planta de otro servicio donde estaba ingresada (traumatología) en dos ocasiones, de forma que se aseguró su continuidad asistencial por el mismo reumatólogo que la había atendido, yo misma. Allí se vieron los primeros análisis tras el inicio del tratamiento con Metotrexato, se solicitó un test pendiente de tuberculina (Booster) para el inicio del anti-TNF y se dieron instrucciones sobre su seguimiento posterior al alta de traumatología (pedir cita en consulta de reumatología y en su centro de salud para análisis 10-15 días antes).

8.4.- Que ese número de visitas extraordinarias continuó al consultar por un efecto adverso de la medicación (la mucositis), igual que había hecho en mayo cuando no toleró Actonel, y como es norma en mi consulta, recibir a cualquier paciente con alguna incidencia inesperada relacionado con su enfermedad reumática o con su tratamiento.

8.5.- Que la última vez que hablé con la hija de x. (le recordaré que fue en el pasillo de las consultas), me mostró el volante de análisis y la interconsulta a medicina interna que el Dr. x. había solicitado minutos antes. Sustituí la interconsulta por una valoración más especializada de la mucositis. Le retiré los fármacos potencialmente causantes de la misma. La pauté tratamiento tópico y por vía oral. Le confirmé que debía cursar ya los análisis y que ese mismo volante que me enseñaba era válido. Y finalmente quedó citada tras los análisis exclusivamente en mi consulta, no en traumatología ni en medicina interna.

8.6.- Que la notificación urgente de laboratorio se hizo a través del Dr. x. porque éste aparecía como solicitante del último volante de análisis.

9. Al margen de lo ocurrido con x. puedo afirmar también con la misma seguridad y contundencia, que nunca se dejan de hacer análisis a un paciente que lleve trata-

miento con un fármaco inmunosupresor o inmunomodulador. Ni siquiera en pacientes asintomáticos, que con las nuevas terapias la enfermedad entra en remisión. Gracias a ellas, especialmente al Metotrexato, hoy día ya no se ven pacientes tan graves y con tantas secuelas como hace uno o dos décadas. Puede ocurrir (y sucede ocasionalmente) que un paciente se deje los volantes en la consulta, en la planta o en cualquier otro sitio; otras veces y nunca continuar con el tratamiento sin valorar unos análisis, y otras veces simplemente que olvidó la extracción. Pues bien, nunca continúa con el tratamiento sin valorar unos análisis (...)”.

10.- Lo sucedido con x. es uno más de los desgraciados episodios que han tenido lugar a lo largo de su enfermedad. Se trata de una de las artritis reumatoides más graves, con más secuelas funcionales y con un gran número de complicaciones derivadas del tratamiento médico y quirúrgico. En su primera visita refirió efectos adversos con múltiples fármacos, pero nunca había recibido Metotrexato. También había presentado una infección de la prótesis de rodilla, realizándosele una artrodesis de rodilla, y de tobillo. No toleró el fármaco para el cual en esa fecha había una firme evidencia de su eficacia en la prevención de la fractura de cadera (Actonel, uno de los bifosfonatos, que se le indicó al ver la densitometría de cadera de febrero del 2004), y en julio sufre dicha fractura. Finalmente me llama la atención que existiera una toxicidad severa con las dosis mínimas recomendadas para inicio de un tratamiento con Metotrexato. La toxicidad del fármaco es dosis-dependiente y además disminuye al asociarle ácido fólico, aunque pudiera explicarse por una reacción idiosincrásica de la paciente.

En consecuencia, aunque lamento los desafortunados hechos acontecidos a x., entiendo que mi actuación como médico no ha sido negligente ni descuidada, sino todo lo contrario, a mi juicio la paciente recibió cuidados y atenciones de forma escrupulosa. Así espero que ella lo entienda cuando le recuerden las veces que la visité, que la atendí sin cita en consulta y en planta, y el número de análisis o de pruebas de tuberculina que ha olvidado, posiblemente por ser una paciente crónica, con multitud de médicos y revisiones”.

CUARTO.- Con fecha 4 de enero de 2006 el órgano instructor solicita a la reclamante que concrete la prueba documental y la testifical que propone. En su contestación la interesada presenta escrito el 30 de enero de 2006 (registro de entrada), proponiendo como documental la aportada en el escrito de reclamación, y como testifical la declaración de las dos personas que designa con indicación de sus domicilios.

QUINTO.- Solicitada aclaración por el órgano instructor acerca de los extremos que pretende verificar con la práctica de la prueba testifical al objeto de valorar su procedencia (folio 258), la reclamante señala, en relación con la primera testigo x., que es su hija, pretendiendo probar con su testimonio la gravedad de su estado de salud, así como la ansiedad, angustia y sufrimiento que padecieron ambas, tras la llamada del traumatólogo requiriendo su traslado inmediato al Hospital.

Respecto a la segunda testigo propuesta x., señala que es una compañera de trabajo de su hija y que se encontraba casualmente con ella en el domicilio de la paciente, pretendiendo con su declaración probar la certeza de la llamada del médico e igualmente la gravedad de su estado de salud.

SEXTO.- El órgano instructor, tras valorar la argumentación de la parte reclamante acerca de los hechos que trata de acreditar con la testifical propuesta,

remite escrito a la interesada en el que le comunica que su práctica se considera innecesaria, pues el órgano instructor no pone en duda su estado de salud el 16-9-04, al constar en la historia clínica, ni tampoco el sufrimiento, ansiedad y angustia de la paciente y de su hija cuando fueran avisadas para que acudieran al Hospital. Tampoco duda de la veracidad de la llamada telefónica del Dr. x., pues el informe de la Dra. x. lo recoge expresamente.

SÉPTIMO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo por la interesada contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, por Providencia de de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 21 de marzo de 2006, se solicitó copia del expediente administrativo para su incorporación al Procedimiento Ordinario 453/2006, así como el emplazamiento de las partes interesadas.

OCTAVO.- Recabado el informe de la Inspección Médica, es evacuado el 4 de abril de 2008 con las siguientes conclusiones:

“PRIMERA.- X. padece una Artritis Reumatoide crónica de evolución muy tórpida, por la que lleva polimedicada 30 años, con antecedentes de mala tolerancia, reacciones adversas o rechazo a otros fármacos antireumáticos. Forma parte del 10% de pacientes, que las estadísticas afirman que tras 15 o 20 años de enfermedad, llegan a estar severamente discapacitados y son incapaces de realizar tareas sencillas de la vida diaria (ADV) como lavarse, vestirse y comer.

SEGUNDA.- El protocolo para el tratamiento de la AR justifica la elección del nuevo fármaco por parte del especialista ante la falta de respuesta (incluso agravamiento de la enfermedad de la paciente), y porque se ha demostrado el resultado favorable de la combinación de los nuevos fármacos (politerapia), en la detención del avance de la enfermedad.

TERCERA.- La actuación de la Dra. x. con x. fue correcta:

a) Durante seis meses estudió, comprobó la mala evolución y las secuelas de la enfermedad y siguiendo los Protocolos de las sociedades científicas para estos enfermos, cambió el tratamiento para evitar un mayor deterioro de la paciente.

b) Excedió lo prescrito en la “Lex Artis”, porque en repetidas ocasiones, a demanda de su hija, atendió a la paciente fuera de la consulta; la visitó en la planta de traumatología durante su ingreso post-quirúrgico, e incluso, utilizó sus contactos personales para acelerar un diagnóstico o tratamiento.

CUARTA.- Las reacciones adversas sufridas por la paciente (mucositis y pancitopenia) están descritas en el prospecto del Metotrexato, y tienen relación con las dosis administradas, la frecuencia de las mismas y la susceptibilidad individual del paciente, pudiendo presentarse a dosis normales.

QUINTA.- Con el adecuado tratamiento médico la reacción adversa descrita se superó sin secuelas físicas para la paciente, ya que la inmovilidad física y la necesidad de silla de ruedas por parte de la paciente son secundarios al deterioro producido tras la fractura de cadera sufrida y a la evolución tórpida de la enfermedad”.

NOVENO.- Solicitado por la Inspección Médica -con anterioridad a la emisión de su informe- el parecer del Dr. x., quien atendió a la paciente durante años en el Hospital Virgen

de la Arrixaca, el Director Gerente remite el informe del citado facultativo, de 3 de abril de 2008, que señala:

“Paciente de 69 años de edad, que hemos llevado hasta el año 97, por padecer, desde el punto de vista reumatológico una ARTRITIS REUMATOIDE SERO + MUY SEVERA, con antecedentes de DIABETES, ALERGIA A PENICILINAS E INTOLERANCIA A KETOPROFENO, GASTRALGIAS POR AINES, sufriendo en estos años brotes poliarticulares e inflamatorios. Se le practicó artrodesis de tobillo dcho hace 12 años.

En su día se logró una mejoría ostensible con tratamiento farmacológico (como consta en informes anteriores que se le entregaron a la paciente), pero coexistiendo graves secuelas que sugerían la oportunidad de considerar criterio quirúrgico para mejorar su función articular. El juicio quirúrgico en su día se planteó en dos etapas: 1) consideración de posible prótesis de rodilla derecha y 2) recomposición de artrodesis de tobillo derecho.

J. C. A. REUMATOIDE MUY SEVERA, CON GRAVES SECUELAS ARTICULARES”.

Este informe fue remitido a la Inspección Médica, que confirma sus conclusiones al señalar que la paciente padece una Artritis Reumatoide Seropositiva (enfermedad autoinmune), de evolución muy severa, afectación poliarticular y multisistémica, con episodios anteriores de intolerancia y reacciones adversas a diferentes fármacos. También valora que, dentro del criterio quirúrgico a que el facultativo se refiere, debe incluirse la secuela de la fractura de cadera derecha que la paciente sufrió en julio de 2004, y que le ha supuesto un mayor deterioro funcional (folio 298).

DÉCIMO.- Por la Compañía Aseguradora x. se aporta dictamen médico colegiado (folios 302 a 314), en virtud del cual:

“1. X. presentaba una artritis reumatoide de larga evolución con datos de fracaso a varias líneas de tratamiento.

2. La paciente comienza a ser seguida en el Hospital Morales Meseguer tras un periodo prolongado de seguimiento en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

3. Tras comprobar la persistencia de datos de actividad y la intolerancia al tratamiento que estaba realizando, se decide tratamiento con metotrexate con la idea de iniciar posteriormente fármacos anti-TNF.

4. La propuesta de tratamiento es correcta y ajustada a las recomendaciones de la literatura para el tratamiento de este tipo de pacientes.

5. Se comprobó la ausencia de contraindicaciones para la administración de metotrexate, constando varios análisis en los que se comprueba la ausencia de alteraciones en el hemograma que impidan su utilización.

6. La médico interviniente informó al paciente y a su familia de la evolución de la enfermedad y del tratamiento propuesto. Por otra parte el propio fármaco se acompaña de un prospecto en el que se informa de los principales efectos secundarios del tratamiento, conteniéndose en el mismo los que se concretaron en esta enferma,

7. La dosis utilizada de metotrexate es correcta y se aplicaron las medidas recomendadas para intentar minimizar sus efectos adversos (administración en dosis única semanal y administración de ácido fólico).

8. Se realizaron varios controles analíticos en el plazo de las dos primeras semanas desde el inicio del tratamiento, y otro control en el plazo de 7 semanas desde el inicio del mismo, existiendo por tanto un seguimiento analítico que es correcto en base a las recomendaciones para el manejo de este tipo de enfermos, publicadas en la literatura.

9. Ante la aparición de clínica oral, se suspendió de forma correcta el tratamiento y se solicitó un control analítico que demostró la presencia de una pancitopenia.

10. La aparición de ambos efectos secundarios no es imputable a la actuación de los profesionales intervinientes que fue correcta y conforme a la *lex artis ad hoc*.

11. El manejo de estas complicaciones también fue correcto, no existiendo secuelas derivadas de las mismas”.

UNDÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia, la interesada presenta alegaciones en las que manifiesta que no reclama por la prescripción de Metotrexano, que fue recomendado correctamente, sino por la falta de información sobre los posibles y graves efectos secundarios, y sobre todo por no haber realizado los controles de laboratorio necesarios en pacientes tratados con ese fármaco, todo lo cual implica una infracción de la *lex artis*.

DUODÉCIMO.- Las alegaciones presentadas por la reclamante se remitieron a la Inspección Médica a efectos de que emitiese un informe complementario, indicando que en nada modifican el anterior evacuado por dicha Inspección por cuanto:

“(...) A pesar de la insistencia de la reclamante en la conducta negligente de la Dra. x., desde esta Inspección no hemos podido comprobar la misma, siendo su actitud, por el contrario, un exceso de celo y un exquisito respeto hacia el trabajo de otros compañeros (Traumatólogos), que en ese momento se habían convertido en los protagonistas del control de la paciente.

La existencia de una fractura de cadera y la intervención quirúrgica de la misma, coloca al Servicio de Traumatología en la primera línea de acción en el control de la paciente durante los primeros seis - doce meses postquirúrgicos. Es lógico, por tanto, que la solicitud de la analítica del control la hicieran los traumatólogos, como lo es que los resultados desde el laboratorio se envíen al médico o servicio solicitante, siendo responsabilidad de este informar a sus compañeros de los resultados obtenidos, si lo considerara necesario, y es en esta confianza, donde entendemos se basa la actitud de la Dra. x.t, más que en la “negligencia manifiesta” que la paciente reclama.”

DECIMOTERCERO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia, la reclamante presenta alegaciones, en las que se ratifica en lo ya manifestado en el escrito presentado el 6 de junio de 2008 al anterior trámite de audiencia; en concreto, en la falta de información de los posibles efectos secundarios del fármaco Metotrexato, y en la ausencia de control y vigilancia de dicho tratamiento, considerando que la Dra. x. en ningún momento le prescribió un análisis durante el tiempo que estuvo ingresada, desde el 17 hasta el 27 de julio de 2004, y que sólo tuvo conocimiento de los resultados de las analíticas efectuadas por el Servicio de Traumatología porque su hija se la encontró en el pasillo, y le informó de lo sucedido.

Destaca asimismo que:

“De manera que por suerte y casualidad al acudir el día 13 de septiembre de 2004 a la consulta de traumatología para revisión de la intervención quirúrgica de cadera, ante el estado físico que presentaba, el médico especialista en traumatología fue quién prescribió

la realización de análisis, y de nuevo la Dra. x. tuvo conocimiento de ello, porque casualmente mi hija se la encontró por el pasillo y le informó de lo sucedido.

Es por ello, que la Dra. x. retira el fármaco metotrexato por pura casualidad, y aunque mantenga en su escrito que el análisis que había mandado realizar el traumatólogo le servía o valía a ella, lo cierto es que si no ocurre ese hecho causal, ella no tenía previsto verme hasta el día 25 de octubre”.

DECIMOCUARTO.- La propuesta de resolución, de 9 de diciembre de 2008, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial porque el daño alegado por la reclamante (mucositis y pancitopenia), que superó sin secuelas físicas, ya que la inmovilidad física y la necesidad de silla de ruedas son secundarios al deterioro producido por la fractura de la cadera y a la evolución tórpida de la enfermedad, no pueden calificarse de antijurídico.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 23 de diciembre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. 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 acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, al que pertenece el Hospital Morales Meseguer.

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 caso que nos ocupa la prescripción del fármaco que le produjo la

reacción farmacológica a la paciente (Metotrexato) data de 14 de julio de 2004, si bien las consecuencias dañosas alegadas se manifestaron posteriormente, siendo ingresada el 16 de septiembre de 2004 en el Hospital Morales Meseguer y dada de alta el 27 del mismo mes y año. Por lo tanto, la reclamación presentada el 19 de septiembre de 2005 ha de entenderse interpuesta en plazo.

3. 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, salvo en el plazo máximo para resolver que ha excedido en mucho el previsto (artículo 13.3 RRP).

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por la reclamante el correspondiente recurso Contencioso Administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación (Procedimiento Ordinario 453/2006), no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, siempre que no se haya dictado la correspondiente sentencia, como hemos indicamos en nuestro Dictamen 67/2009. 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, como también se ha sugerido reiteradamente.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria y su aplicación a los medicamentos.

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, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

Específicamente en materia de medicamentos, puesto que en el presente caso se alega una infracción de la información específica sobre un fármaco, ha de ser tenida en cuenta, además 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, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

De la Ley 41/2002 cabe destacar, como principios básicos orientadores en la información de medicamentos, que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes, los cuales tienen derecho a decidir libremente, después de recibir una información adecuada, así como a negarse al tratamiento (artículo 2 de la Ley 41/2002); como regla general el consentimiento será verbal y sólo será necesario por escrito cuando se trate de procedimientos terapéuticos invasores o que supongan riesgos de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (artículo 8.2). También se reconoce en la citada Ley el derecho del paciente a la información durante el proceso asistencial, siendo responsables de la información los profesionales que le atienden (artículo 4).

A su vez la Ley 41/2002 (Disposición adicional quinta) reenvía, en cuanto a la información y documentación de los medicamentos, a su normativa específica, constituida por la Ley 29/2006, que establece como garantías de información (artículo 15.3):

“El prospecto, que se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su titular e instrucciones para su administración, empleo

y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones (...) así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación. El prospecto deberá ser legible, claro, asegurando su comprensión por el paciente y reduciendo al mínimo los términos de naturaleza técnica”.

Por último, la información al paciente en el ámbito específico de los medicamentos tiene una doble finalidad: por una parte la información terapéutica que se orienta a asegurar la cooperación del paciente o terceros en el tratamiento médico; de otra parte la información previa al consentimiento del paciente.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos y concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

La interesada centra la reclamación en la actuación de la especialista en Reumatología que le atendió en el Hospital Morales Meseguer (Dra. x.), y sostiene que incurrió en una infracción de la *lex artis* por la falta absoluta de información sobre los posibles y graves efectos secundarios del fármaco para el tratamiento de la Artritis Reumatoide que padecía (Metotrexato), aunque reconoce que fue acertada su prescripción, y sobre todo le atribuye la falta de controles de laboratorio necesarios en pacientes tratados con ese fármaco.

Frente a tales imputaciones de la reclamante, todos los informes médicos obrantes en el expediente, incluidos el de la Inspectoría Médica que valora la actuación de forma reiterada (emite dos informes), sostienen que, a pesar de la insistencia de la reclamante en la conducta negligente de la especialista, su actuación fue ajustada a la *lex artis*, valorándose, por el contrario, el exceso de celo demostrado por la misma en relación con la paciente.

Veamos, por tanto, la praxis médica seguida con la reclamante en atención a sus concretas imputaciones:

I. Incumplimiento del deber de informar sobre los efectos secundarios del fármaco prescrito.

Conforme a lo indicado en la Consideración anterior, la información aplicada al campo del medicamento (información terapéutica) tiene como objetivo facilitar el diálogo y la complicidad entre el profesional sanitario y el paciente, si bien en el presente caso dicha relación de confianza necesaria entre médico y paciente tuvo un condicionante inicial, que no ha sido negado por la parte reclamante cuando la especialista hace referencia al mismo, y que tiene que ver con el hecho de que la paciente fuera tratada durante muchos años (30 años) por el Servicio de Reumatología del Hospital Virgen de la Arrixaca, por padecer una artritis reumatoide severa, y que fuera trasladada posteriormente, en contra de su voluntad, al Servicio de Reumatología del Hospital Morales Meseguer por ser su área de referencia.

De ahí que la nueva especialista asignada, en su informe sobre la asistencia sanitaria (folio 44), señale:

“Lo cierto es que entiendo que esta situación condicionó, no sin razón, una mala predisposición de x. y su familia frente al cambio de médicos y frente al sistema”.

En relación con la falta de información sobre el fármaco, negada por la especialista que le atendió, veamos qué prueba aporta esta última, en contraste con la historia clínica, para sostener la siguiente conclusión, que sustenta la propuesta desestimatoria: *“tanto la paciente como su hija, que siempre la acompañaba, han sido informadas en todo momento*

sobre la evolución de la enfermedad, sobre los tratamientos recibidos y los pendientes (anti-TNF)”.

Del relato contenido en el escrito de reclamación (Hecho Primero) parece inferirse que la decisión de cambiar el tratamiento por la especialista asignada a la paciente, que padece una de las artritis reumatoides más graves, fue repentina e inmediata tras examinar a la paciente el 24 de julio de 2004. Sin embargo, no puede tacharse la actuación de improvisada, en tanto que la paciente venía siendo tratada con anterioridad (6 meses antes), lo que demostraría que la información terapéutica fue continuada en el presente caso:

1) La paciente fue vista por primera vez en consulta de Reumatología del Hospital Morales Meseguer el 30 de enero de 2004 (no en julio de 2004), aportando una analítica de 2 de enero anterior con hemograma y bioquímicas normales, y unos reactantes de fase aguda muy elevados. En ese momento, tras analizar el historial médico de la paciente, la especialista decidió mantener el tratamiento prescrito en el Hospital Virgen del Arrixaca (Arava, Claversal, Dianben, Amaryl, Zamene 6, Ideos, Pariet y Celebrex). El juicio diagnóstico de la enfermedad de la reclamante, según el informe del Servicio de Reumatología del citado Hospital (folio 296), es el siguiente: *“la paciente de 69 años, que hemos llevado (...) por padecer, desde el punto de vista reumatológico, una artritis reumatoide seria muy severa, con antecedentes de diabetes, alergias a penicilinas e intolerancia a ketoprofeno, gastralgias por Aines, sufriendo en estos años brotes poliarticulares e inflamatorios (...)”*.

Precisamente a la paciente, con una enfermedad autoinmune que lleva tratamiento inmunomodulador (en esta caso Arava más Claversal), es obligado realizarle periódicamente análisis, por ello la especialista en esta primera visita, además de aquéllos, le prescribe radiografías y un estudio de la densidad mineral ósea.

2) La paciente fue citada de nuevo a consultas el 28 de abril de 2004 -para valorar el estado de la enfermedad y los análisis solicitados por la especialista en la última visita-, como está protocolizado en el tratamiento de la artritis reumatoide (folio 70). El resultado del análisis fue normal (salvo la VSG de 86), pero la densitometría mostraba un riesgo elevado de fractura de cadera. Para prevenirla se pautó tratamiento con Actonel semanal. El resto del tratamiento se mantiene igual y vuelve a ser citada para revisión, previa analítica unos días antes, a los tres meses.

3) Fuera de consulta (en el mes de mayo) la especialista es consultada por la hija de la paciente al no tolerar el Actonel (después de 1 o 2 dosis semanales), presentando náuseas y pirosis. En esa consulta le sustituye Actonel por Calcitonina. Aunque no está documentada en la historia clínica, ha sido expresamente reconocida por la reclamante en el escrito de alegaciones (folio 325): *“en primer lugar y respecto al folio 44 de su escrito nada que oponer a los puntos 1,2,3 (...)”* .

4) La cuarta visita médica fue el 14 de julio de 2004 (folio 71), revisándose unas analíticas del 29 de junio anterior. En esta consulta, después de seis meses de seguimiento de la paciente, ante la mala evolución de su enfermedad y la falta de respuesta a los otros fármacos antirreumáticos modificadores de la misma (Arava y Claversal), como reconoce la propia reclamante, la especialista le propone fármacos anti TNF, e inicia tratamiento con Metotrexato (en adelante MTX), según la historia clínica. Esta propuesta de cambio -así consignada en el historial según el folio 71- conlleva necesariamente, como señala la especialista, el informar a la paciente sobre la mala evolución de la enfermedad y la falta de respuesta a otros fármacos antirreumáticos modificadores utilizados con anterioridad.

Además, la especialista solicita nuevos análisis basales, Rx torax y dos test de tuberculina en esta consulta para descartar infecciones virales crónicas, estados de inmunodepresión o tuberculosis latente que pudiera reactivarse con la aplicación de los anti-TNF.

En consecuencia, retira Arava y se inicia MTX (primera toma el jueves 15 de julio, segunda el 22 de julio), a dosis semanal de 7,5 mgr. asociado a ácido fólico, porque disminuye la probabilidad de toxicidad del MTX, sin restarle eficacia.

A este respecto conviene destacar, como lo hacen los informes médicos, que el MTX es uno de los fármacos modificadores de la evolución de la enfermedad con menor toxicidad, está aprobado su uso desde hace muchos años, y es indicación de la primera elección en artritis reumatoide. Por ello, puede afirmarse que el tratamiento prescrito resultaba necesario atendiendo a la sintomatología de la paciente, que las dosis prescritas estuvieron dentro de los límites aconsejados, y que se asoció al ácido fólico porque disminuye la toxicidad del MTX.

5) La cuarta consulta estaba prevista para el día 30 de julio de 2007 para un seguimiento más exhaustivo de la paciente (carnet de consultas externas aportado por la reclamante), pero ésta había sido intervenida de fractura de cadera, lo que había intentado evitar la especialista prescribiéndole Actonel y Calcitonina.

A la vista de lo señalado, el Consejo Jurídico considera que la actuación de la especialista en el cambio de tratamiento fue adecuada a la *lex artis*, de acuerdo con el parecer de la Inspectora Médica, lo que presupone que la misma suministrara la información terapéutica necesaria para que la paciente consintiera en el cambio de fármacos (le propuso dice el historial médico), que logró a pesar de la falta de confianza inicial motivada por su traslado obligatorio a otro centro hospitalario. A este respecto, pese a referir la paciente efectos adversos respecto a fármacos, nunca había recibido MTX, comprobando por la facultativa la ausencia de contraindicaciones para su administración (STS de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de enero de 2007). Sobre el desconocimiento por parte de la paciente de la posibilidad de efectos adversos de este tipo de medicamentos, previstos en el prospecto (la mucositis y la pancitopenia están descritos como frecuentes o muy frecuentes), resulta difícil admitir en una enferma crónica que, con anterioridad, recibía tratamiento con otros fármacos antirreumáticos modificadores de la enfermedad (Arava y Claversal), que también pueden producir efectos adversos según su prospecto (folio 311), y necesitados como el MTX de controles analíticos periódicos.

En tal sentido la STS, Sala 3ª, de 6 de octubre de 2004, señala que:

“Debemos, por otra parte, coincidir con la Administración demandada en que no es de recibo que persona, como la actora, enferma de epilepsia desde hace muchos años, enfermedad crónica de la que es tratada desde niña (...), desconozca algo tan elemental como los efectos secundarios que toma y en cuyo prospecto deben figurar (...)

II. Falta de control de laboratorio en pacientes en tratamiento con MTX.

El escrito de reclamación omite, después de la visita a la consulta el día 14 de julio de 2004, cualquier actuación de la especialista en Reumatología respecto al tratamiento instaurado (salvo la intervención por causalidad del día 13 de septiembre), tratando de demostrar una suerte de abandono de la misma en el control de la enferma, en la medida que cita exclusivamente la actuación del Servicio de Traumatología, pues coincide el co-

mienzo de su tratamiento con MTX con el ingreso de la paciente el 17 de julio de 2004 en el Hospital Morales Meseguer para ser intervenida de la cadera derecha, por traumatismo fracturario fortuito.

Sin embargo, del carnet de consultas externas (folio 18) se infiere que la paciente fue citada de nuevo por la especialista de Reumatología el 30 de julio, como se ha indicado, aunque con anterioridad su hija fuera a buscarla a su consulta para que la visitara en la planta de traumatología donde se encontraba ingresada la paciente. Así lo hizo la doctora, de forma que el día 20 de julio valoró una bioquímica y varios hemogramas realizados durante los días 17 y 20 de julio, solicitando a los enfermeros de la planta el 2º test de tuberculina, como viene establecido en el protocolo, dado que no se había podido realizar ambulatoriamente. De dicha visita de la especialista a la enferma existe constancia en la historia clínica (folios 114 y 121).

Antes de su alta del Servicio de Traumatología, vuelve a ver a la paciente el 27 de julio, teniendo los resultados del 2º test de tuberculina y los análisis de los días 21, 22, 23 y 24 de julio. Estos controles diarios se le realizaban para valorar el sangrado del hematoma. En el momento del alta hospitalaria, señala la especialista en Reumatología: *“llevaba tratamiento con MTX dos semanas, estaba siendo bien tolerado, y se habían realizado múltiples controles analíticos. Todo fue evaluado durante su ingreso, presentando únicamente una anemia secundaria al hematoma de la fractura, corregida mediante transfusión, y con el resto de series hematológicas normales”*.

Además, la doctora le indica a la hija de la paciente- información que no ha sido negada y que resulta corroborada por el carnet de consultas externas- que debía solicitar nueva consulta, previa analítica realizada a finales de septiembre o principios de octubre en su centro de salud.

A partir de ese momento, la hija de la paciente no acude a la Dra. x. para realizar cualquier tipo de consulta, como sí lo había hecho cuando le produjo reacción el Actonel, hasta que el 13 de septiembre de 2004, después de acudir a la consulta de traumatología, se la encuentra (según la reclamante) o va a verla sin previa cita (según la especialista), pero lo cierto es que el familiar le informa de la infección en la boca que desde hace dos semanas tiene la paciente, y que el traumatólogo acaba de realizar una interconsulta a medicina interna, prescribiéndole unos análisis.

La especialista, ante la sospecha de una reacción adversa a un fármaco y utilizando sus relaciones personales, acompaña a la paciente para que la examinen de modo inmediato en la Unidad de Patología Oral, donde consulta con la Dra. x. por la sospecha de mucositis tóxica por fármacos (como primera posibilidad el MTX), según la hoja de interconsulta (folios 14 y 15). Esta última facultativa recomendó retirar todos los medicamentos excepto los antidiabéticos orales, ya que a su juicio se trataba de un mucositis y un eritema polimorfo secundario a fármacos, pudiendo estar implicados cualquiera de ellos.

En consecuencia, la Dra. x. retiró los fármacos potencialmente causantes (folio 15), pautándole a la paciente el tratamiento tópico y por vía oral, indicándole que debía realizarse los análisis prescritos por el traumatólogo. Al detectar el laboratorio la pancitopenia, la llamada urgente a la paciente se hizo a través del traumatólogo, que había firmado el último volante del análisis, siendo ingresada en hematología el 19 de septiembre y dada de alta el 27 siguiente.

Es indudable reconocer el impacto emocional que les produjo la llamada, si bien la Inspectora Médica matiza que la situación descrita no refleja una extrema gravedad y con peligro de muerte inmediato.

No obstante, el aspecto a destacar desde el punto de vista del daño es que la reacción adversa se superó sin secuelas físicas, según el informe de alta del Servicio de Oncohematología (folios 16 y 17), emitido tras el ingreso por reacción adversa a MTX, como resalta la Inspectora Médica, puesto que el deterioro sufrido por la paciente y la necesidad de utilizar silla de ruedas es secundario a la intervención por fractura de cadera sufrida y la propia evolución de la enfermedad reumática. A este respecto el informe del médico del Centro de Salud de Las Torres de Cotillas destaca (folios 35 y 36):

“En posteriores informes de Reumatología se describe la Artritis Reumatoide como muy evolucionada y severa, erosiva, con clínica poliarticular diaria y secuelas de gran discapacidad, destacándose la limitación severa de movilidad en miembro inferior derecho por la artrodesis de rodilla y tobillo derechos y la fractura de la cadera derecha (siempre acude a mi consulta en silla de ruedas y con una acompañante)”.

A la vista de lo expuesto, no puede afirmarse que la especialista, cuya *praxis* se denuncia por medio de la presente reclamación, no actuara conforme a la *lex artis*, y que abandonara el control del tratamiento de la paciente, pues consta que respondió de modo inmediato cuando tuvo conocimiento de la infección en la boca, acompañándola personalmente a la Unidad de Patología Oral por sospecha de una reacción adversa a fármaco, y decide suspender el tratamiento tras ser examinada por una facultativa de la citada Unidad. El que el aviso urgente a la paciente procediera del traumatólogo, que le prescribió un análisis tras acudir a su revisión después de la intervención quirúrgica, resulta irrelevante a estos efectos, pues lo importante es que la atención sanitaria en su conjunto lo detectara a tiempo, y se resolviera sin consecuencias para la paciente. Destaca este aspecto de la prestación sanitaria en su conjunto la Inspectora Médica (folio 332) en su segundo informe:

“Los pacientes del Servicio Murciano de Salud no pertenecen en exclusiva a un determinado médico o servicio, y el fin primordial de todos los agentes sanitarios deber ser preservar o restaurar la salud (...). Las pruebas diagnósticas de control solicitadas a un paciente por un especialista en un momento determinado de su evolución, suelen tener validez para el resto de especialidades implicadas en su salud, excepto que existan dudas razonables sobre la viabilidad de las mismas (...). En el caso de x., la doctora x. entendió la prioridad del Servicio de Traumatología (...), por lo que consideró, una vez supervisadas las analíticas solicitadas en dicho Servicio, que le servían para el control de la artritis reumatoide, evitando someter a la paciente a más pruebas”.

(...) Es lógico por tanto que la analítica de control la hicieran los traumatólogos”.

Por otra parte, no puede obviarse el hecho de que las reacciones adversas de los medicamentos deben ponderarse teniendo en cuenta la ecuación riesgo-beneficio y la existencia o no de alternativas terapéuticas y, en el presente caso, como reconoce la reclamante, la prescripción fue adecuada, sin que se haya acreditado inadecuada *praxis* médica en el cambio de tratamiento, ni en los controles finalmente realizados. Por ello, no cabe considerar el daño alegado antijurídico, teniendo en cuenta que la mucositis y la pancitopenia que sufrió la paciente no se produjo con ocasión de la prestación del servicio público sanitario, sino que, por el contrario, fue una reacción adversa a la medicación de MTX (están descritas en el prospecto como frecuentes o muy frecuentes) y que, por susceptibilidad individual,

estas reacciones pueden presentarse a dosis normales, como la recomendada en el presente caso.

Por último, tampoco la reclamante ha acreditado que las secuelas alegadas (anemia normocítica e insuficiencia renal crónica), por las que solicita indemnización, sean secundarias al tratamiento con Metotrexato, basándose para reclamar exclusivamente en sus apreciaciones, frente a las consideraciones médicas obrantes en el folio 312 (informe de los peritos de la compañía aseguradora).

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 sanitaria.

No obstante, V.E. resolverá

DICTAMEN 83/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, y otra, como consecuencia de daños sufridos en accidente de circulación.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 04/05/09

Extracto de Doctrina

1. A la vista de la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, ha de concluirse a favor de la no extinción “mortis causa” de los derechos indemnizatorios generados por los daños que el anormal funcionamiento administrativo pudo causar al reclamante, así como la aptitud de tales derechos (reclamados, pero no reconocidos al momento del fallecimiento de la víctima) para ingresar en su herencia, a favor de la comunidad hereditaria resultante.

2. Las recomendaciones técnicas relativas a las carreteras son instrumentos que permiten determinar de forma objetiva el estándar de calidad y seguridad exigible para dichas infraestructuras.

3. Debe recordarse, como de forma reiterada ha hecho el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 29/2009) que, desde la sentencia dictada con fecha de 12 de marzo de 1991 por la Sala de Revisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la doctrina jurisprudencial viene admitiendo la compatibilidad, dado que obedecen a títulos diferentes, entre el derecho de obtener prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial y el derecho a las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicha compatibilidad entre distintos títulos de devengos económicos no tiene otro límite que el derivado del principio de plena indemnidad o reparación integral de la lesión patrimonial padecida.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo Jurídico ya conoció del expediente de responsabilidad patrimonial sobre el que versa el presente en el Dictamen número 166/2006, cuyos antecedentes se dan por reproducidos.

Los hechos más relevantes son los siguientes:

1. Con fecha 12 de noviembre de 2004, x, y, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de indemnización por la muerte de su hijo x, 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 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.

2. El Parque de Maquinaria de la Consejería consultante informa 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”.*

3. El Jefe de Explotación de la empresa x., concesionaria de la Autovía del Noroeste-Mula (C-415) emite informe, cuyo contenido, en síntesis es el siguiente:

a) La vía pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por tanto de titularidad autonómica

b) 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.

c) 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.

d) 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.

e) 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.

f) 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 la norma, por lo que no existía obligación de colocar dicha protección.

g) 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.

h) 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.

i) 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.

4. El atestado policial realizado por la Guardia Civil, en el apartado destinado al estudio técnico del accidente, hace constar como causa eficiente del mismo la *“distracción-desatención en la conducción por parte del conductor”*.

5. El 22 de febrero de 2006 la Letrada de los reclamantes comunica que uno de ellos, x., ha fallecido, subrogándose en su posición actora sus hijos y herederos x, y.

6. Practicada prueba testifical, los dos testigos coinciden en relatar que el accidente se produjo cuando el coche se fue hacia la izquierda y luego se salió por la derecha de la calzada, chocando de costado contra la señalización de la autovía, que no estaba protegida por elementos de contención de vehículos. No consta la influencia en el accidente de ningún agente externo.

7. 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 las 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.

8. Por el órgano instructor se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

SEGUNDO.- Sometido el expediente a consulta de este Consejo Jurídico, se emite Dictamen 166/2006 que concluye indicando la necesidad de realizar nuevas actuaciones instructoras, en orden a aclarar si el diámetro del poste de sujeción del cartel informador con el que chocó el vehículo es superior a 15 cm., como sostienen los reclamantes, lo que habría determinado la necesidad de proteger el indicado elemento según los estándares de seguridad establecidos en las normas y recomendaciones técnicas de construcción de carreteras.

TERCERO.- Recabado informe de la Dirección General de Carreteras acerca del diámetro de los postes de soporte del cartel indicador, se remite el del Jefe de Explotación de la empresa concesionaria, de fecha 29 de noviembre de 2006, que se expresa en los siguientes términos:

“1º.- La orden Circular 321/95 T y P “Recomendaciones sobre sistemas de contención de vehículos” define su propio ámbito de aplicación indicando que las citadas recomendaciones “...constituyen una guía que se pone a disposición de los técnicos de carreteras para que sirva de ayuda en la elección del diseño de estos elementos”, no estando incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por Orden Ministerial.

No obstante, debe reconocerse que las recomendaciones recogidas en la mencionada Orden Circular, suponen actualmente la principal referencia a los estándares de seguridad sobre dicha materia, a falta de una regulación más estricta de la misma.

2º.- Las dimensiones de los perfiles metálicos empleados en la sustentación de la cartería de señalización vienen determinadas por la forma del elemento y los criterios de normalización aplicados en su fabricación. Así pues, no existe, en el caso de un perfil no cilíndrico y tipo IPN, la dimensión “diámetro” que defina los distintos tipos fabricados, si no que éstos vienen clasificados por la altura, ancho, espesor, etc., debiendo considerarse la “altura”-en este caso 140 mm. -la mayor y principal dimensión que debe asimilarse a la dimensión “diámetro” indicada en la recomendación y no la circunferencia envolvente de la sección transversal, que es lo que el reclamante justifica geoméricamente en su escrito.

3º.- Mecánicamente un perfil metálico tipo IPN, de las mismas dimensiones que el colocado en el cartel (h= 140 mm., a=70 mm.), presenta una menor rigidez al doblado respecto a un perfil circular de 150 mm. de diámetro exterior y 6 mm. de espesor.

Las diferencias se pueden observar en la siguiente tabla:

	Área de sección de acero	Momento de inercia (rigidez de doblado)
Perfil IPN h =140 mm a=70 mm. e=6 mm	23.76 cm ²	587,04 cm ⁴
Perfil circular Diámetro=150 mm e=6 mm.	27,14 cm ²	704,78 cm ⁴

Estos valores indican que un perfil metálico de sección circular y diámetro 150 mm., el cual cumpliría con el límite prescrito en la Orden Circular 321/95 T y P, es más resistente que el cuestionado perfil tipo IPN de 140 mm., que bajo la acción de una misma fuerza horizontal, sería menos deformable y por lo tanto presentará mayor resistencia respecto a éste último, pudiendo provocar dicho perfil circular, mayores daños en caso de impacto.

4º.- La Dirección General de Carreteras, titular de la carretera “Autovía del Noroeste C-415”, tanto en su fase de construcción como en la posterior de explotación, no consideró justificada la instalación de sistemas de contención en la zona donde se produjo el siniestro antes de poner la vía al servicio de los ciudadanos, hecho que se produjo en dos ocasiones, la primera en febrero de 2001 con la apertura al tráfico del primer tramo de obra ejecutado, y posteriormente con la puesta en servicio definitiva de los 62 kms. de autovía en octubre de 2001. La disposición de la barrera metálica así como el resto de aspectos de la infraestructura, se rige por lo prescrito y aprobado en los correspondientes proyectos de construcción”.

CUARTO.- Conferido trámite de audiencia a los reclamantes, el 9 de febrero de 2007, presentan escrito de alegaciones en el que, con base en un nuevo informe técnico que aportan, combaten las afirmaciones contenidas en el informe de --, S.A. y reiteran sus alegaciones iniciales.

En este sentido, manifiestan que la Orden Circular 321/95 T y P recoge la dimensión diámetro, en su apartado 3.2.1, para referirla a los obstáculos, árboles o postes situados en

el borde de la calzada, por lo que no entienden la afirmación de la concesionaria respecto a que dicha dimensión no está recogida en la normativa aplicable.

Asimismo, se oponen a que se deba considerar como mayor dimensión del perfil IPN 140 la de su altura (h) 140 mm., estimando, por el contrario, que sería la de las diagonales que unen los extremos opuestos del perfil, cuya longitud sería de 15,5 cm.

Y es que, de aceptar la interpretación realizada por la empresa concesionaria -que la dimensión asimilable al diámetro a que hace mención la Orden Circular 321/95 T y P, sea la altura-, en ese hipotético diámetro de 140 mm se quedaría fuera parte del perfil. Concluyen, pues, que el diámetro de la figura en “P” es asimilable al de la circunferencia envolvente a la totalidad del perfil, no a parte del perfil, como se propone en el informe de x.

QUINTO.- Solicitado informe a la Oficina de Supervisión de Proyectos de la Consejería consultante, se emite con fecha 8 de noviembre de 2007, que concluye que el poste o viga contra el que chocó el vehículo accidentado debería haber estado protegido con una barrera de seguridad metálica BM*NA2/100. Alcanza esta conclusión al considerar que el choque se produce contra una viga de soporte de un cartel de señalización de los recogidos en la Norma 8.1- IC “Señalización Vertical”, cuyo artículo 3.6 dispone que se instalarán sistemas de contención de vehículos protegiendo los soportes de carteles de preseñalización, pórticos y banderolas, conforme a la normativa específica. Para la Oficina de Supervisión de Proyectos, ésta vendría dada por el apartado 3.2.1, c) de la Orden Circular 321/95 T y P “Recomendaciones sobre sistemas de contención de vehículos”, que fija los estándares de seguridad en materia de contención de vehículos, *“pudiendo ser consideradas como referencia en relación con las normas de seguridad sobre la materia, dada su aceptación por todas las partes implicadas y el consenso unánime de los técnicos que trabajan en esta materia”*. Dichas recomendaciones establecen la distancia de un obstáculo al margen de la carretera por debajo de la cual se justifica la colocación de una barrera de seguridad, en función del riesgo de accidente. Atendida la configuración del tramo en el que se produjo el choque, la situación de la viga del cartel de señalización a una distancia inferior a seis metros del borde de la calzada justificaba la colocación de elementos de protección de los que carecía el poste de sujeción.

SEXTO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a los interesados, los reclamantes presentan nuevo escrito para ratificar sus alegaciones iniciales. La empresa concesionaria no hace uso del trámite al dejar transcurrir el plazo concedido al efecto sin presentar alegación ni justificación alguna.

SÉPTIMO.- El 22 de enero de 2008 se formula nueva propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, cuantificando la indemnización en 157.518,89 euros, que debe abonar la empresa concesionaria.

OCTAVO.- Remitido el expediente al Consejo Jurídico para Dictamen, se advierte que no está completo al haberse omitido la preceptiva fiscalización previa, por lo que mediante Acuerdo 3/2008, se requiere a la Consejería consultante que proceda a cumplimentar el trámite omitido.

NOVENO.- El 15 de octubre de 2008, la Intervención General repara el expediente, no fiscalizándolo de conformidad, al discrepar del cálculo de la indemnización, considerando que, tras aplicar las cantidades derivadas del sistema de valoración de daños a las personas establecido por la legislación de seguros privados, procede minorar el resultado en un 50%, atendiendo a la determinante intervención de la conducta de la propia víctima en la

producción del accidente. Asimismo, la indemnización referida a los daños sufridos por el vehículo, no debe superar su valor venal a la fecha del accidente.

DÉCIMO.- Con fecha 12 de febrero de 2009, se formula nueva propuesta de resolución ajustada a los criterios de cálculo de la indemnización indicados por la Intervención General, siendo fiscalizada de conformidad el 23 de febrero de 2009.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite nuevamente el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de marzo de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación, plazo y procedimiento.

Cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas al respecto en nuestro Dictamen 166/2006.

1. Como ya señalamos en el indicado Dictamen, la subrogación procedimental de los herederos del reclamante en su posición actora, sin modificar la causa de pedir, no altera la conclusión acerca de la existencia de legitimación activa para reclamar. Cabe recordar ahora que, a la vista de la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, ha de concluirse a favor de la no extinción “*mortis causa*” de los derechos indemnizatorios generados por los daños que el anormal funcionamiento administrativo pudo causar al reclamante, así como la aptitud de tales derechos (reclamados, pero no reconocidos al momento del fallecimiento de la víctima) para ingresar en su herencia, a favor de la comunidad hereditaria resultante. En el Dictamen 184/06 de este Consejo Jurídico se contiene una extensa síntesis de dicha doctrina, cuya reiteración no se estima necesaria.

2. Una vez realizadas las actuaciones instructoras y de control interno cuya omisión determinó los reiterados requerimientos realizados por este Consejo Jurídico para su cumplimentación, puede afirmarse que la tramitación de la reclamación ha seguido, sustancialmente, lo establecido en las normas rituarías aplicables, sin perjuicio de advertir acerca de la excesiva tardanza en resolver un procedimiento iniciado el 12 de noviembre de 2004.

3. Cabe destacar, asimismo, que el informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos de la Consejería consultante no despeja una de las cuestiones cuya aclaración se requería en nuestro anterior Dictamen, cual es la aplicabilidad de la dimensión “diámetro” a una forma geométrica en “I”. No obstante, dicho informe ofrece otros elementos de juicio suficientes en los que apoyar la resolución del procedimiento.

SEGUNDA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (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.

El atestado policial y las declaraciones de los testigos obrantes en el expediente son suficientes para considerar acreditados tanto el evento dañoso, es decir, la producción del accidente de tráfico, como las circunstancias en que éste tuvo lugar.

También se ha probado el daño alegado: la desgraciada muerte del joven, como consta en el atestado policial, en el informe de autopsia y en certificación del Registro Civil, así como los desperfectos sufridos por el vehículo en el que viajaba, acreditados tanto por el atestado policial (descripción de daños e informe fotográfico) como por un presupuesto de reparación unido al expediente.

Queda por establecer la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño producido, y el carácter antijurídico de éste.

Según los reclamantes, el indicado vínculo causal responde a la existencia en el lugar del accidente de un cartel señalizador que carecía de protección mediante sistemas de contención de vehículos, siendo éstos necesarios conforme a los estándares de seguridad plasmados en la normativa aplicable.

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.

Respecto de la primera medida, el expediente muestra 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 mínimas 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).

La obligatoriedad de la segunda de las medidas ha sido objeto de contradicción entre los reclamantes y --, S.A, empresa concesionaria de la Administración para la explotación, conservación y mantenimiento de la vía en la que se produjo el accidente.

Según la mercantil, los postes que servían de soporte al cartel indicador son 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”).

Frente a esta consideración, los reclamantes, con el apoyo técnico de sendos informes realizados por un topógrafo, insisten en que el diámetro del soporte no coincide con la altura de su sección, sino que sería la de las diagonales que unen los extremos opuestos del perfil, cuya longitud sería de 15,5 cm., pues, de aceptar la interpretación realizada por la empresa concesionaria -que la dimensión asimilable al diámetro a que hace mención la Orden Circular 321/95 T y P, sea la altura-, en ese hipotético diámetro de 140 mm se quedaría fuera parte del perfil. Concluyen, pues, que el diámetro de la figura en “T” es asimilable al de la circunferencia envolvente a la totalidad del perfil, no a parte del perfil, como se propone en el informe de x.

Para la mercantil, por el contrario, no existe en el caso de un perfil no cilíndrico y tipo IPN, la dimensión “diámetro” que defina los distintos tipos fabricados, si no que éstos vienen clasificados por la altura, ancho, espesor, etc., debiendo considerarse la “altura”-en este caso 140 mm.- la mayor y principal dimensión que debe asimilarse a la dimensión “diámetro” indicada en la recomendación y no la circunferencia envolvente de la sección transversal, que es lo que el reclamante justifica geoméricamente en su escrito.

Tales argumentaciones, no obstante, han sido superadas por la aportación técnica de la Oficina de Supervisión de Proyectos, cuyo informe apunta la necesidad de proteger el soporte del cartel señalizador con una barrera metálica, atendida la colocación del mismo a una distancia inferior a 6 metros, medidos desde el borde de la calzada.

Alcanza esta conclusión al considerar que el choque se produce contra una viga de soporte de un cartel de señalización de los recogidos en la Norma 8.1- IC “Señalización Vertical”, cuyo artículo 3.6 dispone que se instalarán sistemas de contención de vehículos protegiendo los soportes de carteles de preseñalización, pórticos y banderolas, conforme a la normativa específica. Para la Oficina de Supervisión de Proyectos, ésta vendría dada por el apartado 3.2.1, c) de la Orden Circular 321/95 T y P “Recomendaciones sobre sistemas de contención de vehículos”, que fija los estándares de seguridad en materia de contención de vehículos, *“pudiendo ser consideradas como referencia en relación con las normas de seguridad sobre la materia, dada su aceptación por todas las partes implicadas y el consenso unánime de los técnicos que trabajan en esta materia”*. Dichas recomendaciones establecen la distancia de un obstáculo al margen de la carretera por debajo de la cual se justifica la colocación de una barrera de seguridad, en función del riesgo de accidente. Atendida la configuración del tramo en el que se produjo el choque, la situación de la viga del cartel de señalización a una distancia inferior a seis metros del borde de la calzada justificaba la colocación de elementos de protección de los que carecía el poste de sujeción.

Como ya adelantábamos en nuestros Dictámenes 166/2006 y 29/2009, este tipo de recomendaciones técnicas relativas a las carreteras son instrumentos que permiten determinar de forma objetiva el estándar de calidad y seguridad exigible para dichas infraestructuras. En el mismo sentido se han expresado otros consejos consultivos como el castellano-manchego que, en Dictamen 111/2007, expresa:

“La Orden 321/1995 T y P mencionada define su propio ámbito de aplicación señalando que las citadas recomendaciones “constituyen una guía que se pone a disposición de los técnicos de carreteras para que sirva de ayuda en la elección y diseño de estos elementos”, y que el propio documento y su anexo, denominado “catálogo de los sistemas de conten-

ción de vehículos”, se declaran aplicables “en los proyectos de construcción de nuevas carreteras o de acondicionamiento de las existente”. De esta forma, la configuración de sus determinaciones como meras “recomendaciones” dirigidas a los técnicos redactores de proyectos y su formulación por la Dirección General de Carreteras del Estado, lógicamente circunscrita al ámbito competencial asociado a la gestión de la carreteras de titularidad estatal, impiden advertir primeramente que el contenido de la citada Orden revista un carácter obligatorio para la Administración autonómica y los órganos de la misma encargados de la conservación y mantenimiento de las carreteras de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Sin embargo, la negación de ese carácter imperativo en la Orden Circular 321/95 T y P analizada no impide reconocer en su contenido –a falta de una regulación regional al efecto, que el propio Servicio de Carreteras informante reconoce-, una objetivación de los estándares de seguridad vigentes en la materia utilizables como patrón de referencia a la hora de valorar la concurrencia de un funcionamiento anormal de la Administración”.

Queda acreditado, en consecuencia, que los estándares de seguridad exigibles en la construcción de autovías exijan la protección del cartel de señalización con una barrera metálica de contención.

Ahora bien, la omisión de esta medida de seguridad no puede considerarse la causa del accidente, pues atendido tanto el informe policial obrante en las actuaciones, como las declaraciones de los testigos visuales del suceso, cabe considerar acreditado que se produjo por causas únicamente imputables al conductor fallecido que, probablemente por distracción o desatención, inicialmente se desvió hacia la izquierda, llegando a rodar con una de sus ruedas por el exterior de la calzada e impactando con varias balizas de señalización ubicadas en el margen interior de la misma, para después, al intentar corregir la dirección del vehículo, perder el control deslizándose de forma lateral hacia la derecha de la vía y girando sobre su eje vertical, impactando contra el poste de sujeción del cartel informador por el lado del conductor, quedando orientado en sentido contrario al de la marcha. La presencia de elementos externos o ajenos al propio conductor que pudieran influir en la producción del accidente no ha sido alegada por los reclamantes, pudiendo considerarse acreditada su ausencia, atendida la descripción del tramo donde se produce el accidente contenida en el atestado policial (tramo recto, con aglomerado asfáltico en buen estado de conservación y mantenimiento, limpio y seco, libre de obstáculos y de sustancias deslizantes).

Es evidente, por tanto, que el accidente no guarda una relación causal con la falta de medidas de protección del soporte, aunque sí la agravación de las heridas sufridas por el joven x. En este sentido, la descripción de aquéllas efectuada por el informe forense, que responden a un fuerte impacto en el costado izquierdo, y la expresividad de las fotografías contenidas en el atestado policial, que muestran el soporte hundido en el lateral correspondiente al puesto de pilotaje del coche, permiten considerar que los daños físicos sufridos por el conductor se vieron multiplicados por la circunstancia del impacto directo con el soporte del cartel, máxime porque el acompañante sólo sufrió heridas leves en el mismo accidente.

Así las cosas, la causa del accidente resulta ser la distracción o falta de atención del conductor, mientras que la causa principal de su muerte fue el choque y consecuente impacto directo contra el soporte, indebidamente desprotegido.

El Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 6 de marzo de 2001, señala la posibilidad de concurrencia de causas, no sólo en la producción del accidente, sino también en el

resultado dañoso, como ocurre cuando la causa determinante del accidente no reviste entidad suficiente como para considerar “*que constituya la causa exclusiva de todos los efectos del accidente*”. En el mismo sentido, el Consejo Jurídico en Dictamen 29/2009.

A la vista de tal doctrina, cabe concluir, con la propuesta de resolución, en la existencia de una concurrencia de causas, no en la producción del accidente en sí mismo, sino en el fatal desenlace derivado de él. Se considera, asimismo, adecuada la ponderación que el órgano instructor realiza de la incidencia de cada una de las concausas en la producción del accidente y sus consecuencias, otorgando un 50% a la distracción del fallecido y un 50% a la falta de protección del cartel señalizador.

TERCERA.- Cuantía de la indemnización.

1. Valoración del daño.

Alcanzada la conclusión de que se dan en el supuesto sometido a consulta todos los elementos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, resta por determinar el importe de la indemnización a satisfacer a los interesados.

La doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales, como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de 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).

2. La indemnización por muerte.

En el supuesto sometido a consulta se ha producido la muerte del hijo de los reclamantes (el fallecimiento sobrevenido de x. y la subrogación de sus herederos en su posición actora no altera esta situación), por lo que cabe inferir que la indemnización se reclama en concepto de daños morales por la pérdida de un pariente tan cercano.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea.

En su ausencia, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, su valoración queda abocada a un juicio prudencial que pondere las circunstancias que concurren y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico sobre el resarcimiento en supuestos similares. En la conformación de ese juicio, y para tener una mínima referencia objetiva que oriente la labor valorativa, el Consejo Jurídico de ordinario acude al baremo correspondiente al sistema para la cuantificación de las lesiones producidas a las personas en accidentes de circulación, sistema al que expresamente acuden los reclamantes para cuantificar su pretensión indemnizatoria.

El baremo aplicable, en atención al momento de producirse la muerte, es el aprobado por Resolución de 9 de marzo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que prevé como indemnización para los padres, por la muerte de un hijo menor de 65 años, sin cónyuge ni hijos y conviviente con ellos, la cantidad de 82.754,87 euros. A esta cantidad ha de añadirse hasta un 10 % más (8.275,48 euros), como factor de corrección por perjuicios económicos, en atención a que la víctima se encontraba en edad laboral al momento de fallecer (21 años).

Procede, asimismo, aplicar el factor de corrección consistente en la discapacidad física o psíquica acusada (anterior al accidente) del perjudicado, toda vez que ambos padres estaban afectados por dicha circunstancia, como queda acreditado en el expediente mediante sendas certificaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, expresivas del cobro de sendas pensiones de invalidez. En este sentido, si bien la pensión cobrada por la x. se identifica como “pensión F.O.N.A.S.”, que admite una doble modalidad, de auxilio a ancianos, por un lado, y a enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo, por otra, el hecho de que en el momento de reconocérsele el derecho al cobro de la pensión (1 de julio de 1983) contara con una edad de 30 años, excluye la ancianidad como hecho causante de la pensión (sólo se reconoce a los mayores de 69 años), restando únicamente la circunstancia de “*encontrarse absolutamente incapacitada para el trabajo*”, según los requisitos exigidos por el entonces vigente Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a ancianos y a enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo (art. 1.2, letra e).

Del mismo modo, consta en el expediente que x. percibía en el momento de la muerte de su hijo una pensión no contributiva. Al reconocérsele dicha pensión (1 de enero de 1997), el reclamante contaba con 57 años de edad, lo que excluye la posibilidad de que la pensión lo fuera en su modalidad de jubilación, restando únicamente la de invalidez, de las dos que prevé el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece prestaciones no contributivas en el sistema de la Seguridad Social. Su artículo 1, letra c), establece como requisito para ser beneficiario de esta pensión no contributiva de invalidez el de “*estar afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65 por 100*”.

El baremo prevé, en la aplicación de este factor a los padres de la víctima (“Cualquier otro perjudicado/beneficiario”) una escala de entre el 25 al 50% sobre la indemnización que

corresponda al beneficiario discapacitado. Cabe entender que este factor se aplica sobre la indemnización básica (82.754,87 euros), corregida con el factor por perjuicios económicos, como establece la sentencia 4/2004, de 21 de mayo, de la Audiencia Provincial de Sevilla, pues sólo así se entiende la nota (2) contenida en la Tabla II del baremo de referencia, que establece que el factor de corrección se aplicará “sobre la indemnización que corresponda al beneficiario discapacitado”, a diferencia de la nota (3) de la misma Tabla para otros supuestos de aplicación del factor, que lo será “sobre la indemnización básica que corresponda a cada perjudicado”. Supone así una excepción a la regla general de que los factores de corrección se aplican sobre las indemnizaciones básicas.

Del mismo modo, la determinación cuantitativa del porcentaje aplicable dentro del tramo del 25 al 50%, debe establecerse en atención a dos variables, según la jurisprudencia (por todas, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla): el mayor o menor grado de discapacidad del perceptor de la indemnización y la intensidad de su dependencia de la víctima. Si bien el grado de discapacidad de los padres de la víctima cabe entenderlo elevado, nada se ha acreditado en el expediente acerca de una posible dependencia de los padres respecto del hijo para la realización de actividades de su vida diaria. Por ello, no parece adecuado aplicar el factor de corrección en su grado máximo del 50%, sino reducirlo a un 40%.

En consecuencia, por este factor de corrección, aplicado sobre la indemnización ya corregida con el factor de perjuicios económicos, correspondería una cantidad de 36.412,14 euros.

Sumadas las cantidades correspondientes a la indemnización básica más los factores correctores aplicados, el resultado total sería de 127.442,49 euros.

3. La intrascendencia, a efectos del cálculo de la indemnización, de la cantidad cobrada por los reclamantes en concepto de indemnización derivada de contrato de seguro.

Consta en el expediente que los padres del joven fallecido resultaron beneficiarios de una indemnización de 1.784,88 euros, en virtud de contrato de seguro de vida suscrito en su condición de prestatario de una entidad bancaria.

Para el órgano instructor, dicha cantidad debe minorar la indemnización a percibir a título de responsabilidad patrimonial.

Debe recordarse, como de forma reiterada ha hecho el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 29/2009) que, desde la sentencia dictada con fecha de 12 de marzo de 1991 por la Sala de Revisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la doctrina jurisprudencial viene admitiendo la compatibilidad, dado que obedecen a títulos diferentes, entre el derecho de obtener prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial y el derecho a las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicha compatibilidad entre distintos títulos de devengos económicos no tiene otro límite que el derivado del principio de plena indemnidad o reparación integral de la lesión patrimonial padecida.

La indemnización percibida ex contrato de seguro responde a la relación jurídica constituida entre aseguradora y asegurado, sobre la base de un previo abono de las correspondientes primas, siendo absolutamente ajena a la relación que, en concepto de responsabilidad extracontractual, une a la Administración titular del servicio público con quien sufre los perjuicios derivados de su funcionamiento. Estamos, pues, en términos de la STS, 3ª, de

26 de febrero de 1991, “*en presencia de relaciones autónomas e independientes de causas distintas*”.

En el mismo sentido, que propugna la compatibilidad entre las cantidades percibidas como indemnización derivada del contrato de seguro y las generadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que proceda minoración de éstas por compensación con aquéllas, se expresa la STSJ del País Vasco, núm. 292/2006, de 24 de abril.

En consecuencia, la cuantía de la indemnización a abonar a los reclamantes no debe verse disminuida en la percibida en su condición de beneficiarios del seguro de vida de su hijo.

4. El daño material en el vehículo.

De la documentación obrante en el expediente, se deduce que el vehículo accidentado pertenece a x., hermano del conductor fallecido. Así consta en el permiso de circulación del vehículo, en la documentación del seguro del coche y en el presupuesto de reparación aportado al procedimiento.

Los padres del fallecido no ostentaban legitimación activa para reclamar los daños patrimoniales sufridos por su hijo mayor de edad. No obstante, la personación de éste en el procedimiento —aunque en rigor sea una mera subrogación en la posición procesal del padre— y la no advertencia por el órgano instructor acerca de la eventual falta de legitimación activa de aquél, permiten considerarle legitimado para sostener la reclamación sobre dichos daños patrimoniales.

En lo tocante a su cuantía, este Consejo Jurídico acoge (por todos, Dictamen 35/2000) aquella doctrina según la cual corresponde indemnizar pagando el valor venal del vehículo, no el de la reparación según presupuesto, a menos que se haya acreditado en el expediente mediante la pertinente prueba que la reparación ha sido ya efectuada por el reclamante (Dictamen del Consejo de Estado 643/1999), sobre la base del principio de indemnidad que obliga a resarcir los daños efectivamente causados. En el mismo sentido, la sentencia núm. 976/2005, de 18 octubre, TSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

En el presente supuesto no se acredita que se haya desembolsado efectivamente la cantidad reclamada (12.000 euros), ni siquiera la reflejada en el presupuesto de reparación del automóvil (9.595,28 euros); por tanto, el montante indemnizatorio no debe superar el valor venal del vehículo que, según el informe del Parque de Maquinaria, no contradicho por los interesados, a la fecha del siniestro ascendía a 2.869 euros.

En consecuencia, la suma total de los daños, tanto personales como materiales, asciende a 130.311,49 euros (127.442,49+2.869 euros). Aplicada a esta cantidad el porcentaje de reducción del 50% derivado de la concurrencia de causas expuesta en la Consideración Segunda de este Dictamen, el monto total de la indemnización asciende a 65.155,74 euros.

CUARTA.- La pretendida responsabilidad de la empresa concesionaria.

La propuesta de resolución establece que la indemnización habrá de ser abonada de manera efectiva por la empresa concesionaria de la Administración regional “*al resultar los perjuicios irrogados a los reclamantes consecuencia de sus acciones y estar obligada a indemnizar los daños que cause con sus acciones a terceros en el marco de su relación contractual con la Administración*”. Esta afirmación es congruente con lo dispuesto en el

artículo 97.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

No obstante, la aplicación de dicho precepto exige que la acción u omisión de la que se deriva causalmente el daño sea efectivamente imputable al contratista, y, en el supuesto sometido a consulta, no se ha acreditado que así sea. En efecto, la disposición de los elementos de seguridad y contención de vehículos en los márgenes de la carretera es extremo a contemplar en el proyecto de construcción de la obra pública. Como afirma la concesionaria en su informe de 16 de febrero de 2005, “*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*”, cuya aprobación y supervisión se afirma que correspondieron a la Dirección General de Carreteras, sin que conste qué entidad (Administración regional o empresa contratista) fue la encargada de su redacción.

Por ello, una eventual acción de regreso frente a la contratista debería ir precedida de la averiguación de si el Proyecto de Construcción de la carretera, prevé la protección del cartel señalizador en cuestión. De no hacerlo, el daño no sería imputable a un defectuoso mantenimiento o conservación de la vía, sino a un error de proyección, del que habría de responder el autor del Proyecto.

De constar en el Proyecto la protección del cartel, su omisión en la práctica sería imputable a la empresa encargada de la ejecución de las obras.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que aprecia la existencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA.- Se informa desfavorablemente la cuantía indemnizatoria contenida en la propuesta de resolución, cuya valoración debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- Previamente a declarar la obligación de la empresa concesionaria debería actuarse conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 84/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 04/05/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 85/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 04/05/09

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 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).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de mayo de 2008 tuvo entrada en el registro general de la entonces Consejería de Educación, Ciencia e Investigación escrito de comunicación del suceso ocurrido a la alumna x. el 25 de abril anterior, suscrito por el Director del Centro de Educación Infantil y Primaria (CEIP) Santa María de Gracia, en el que se expone lo siguiente:

“Fecha: 25-04-08. Hora: 11. Lugar: colegio. Actividad: preparación excursión.

Personas presentes: tutora, logopeda ABC, dos madres.

Daños sufridos: Pérdida de petaca del procesador externo del implante coclear.

Relato de los hechos: a las 10,45 h. los alumnos bajaron en fila al patio, lo cruzaron y se dirigieron a la puerta del colegio y subieron al autobús. Una vez en el autobús el profesorado se dio cuenta de la pérdida. Se buscó por el aula, el patio y el autobús sin que apareciera”.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de abril de 2008, x., en representación de su hija menor, presentó reclamación por los daños sufridos por su hija el 25 de abril de 2008 en el citado Centro, que valora en 1.011 euros, aportando la siguiente documentación:

— Fotocopia compulsada del Libro de Familia.

— Original de la factura del Gabinete Auditivo Gaes, de 5 de mayo de 2008, en concepto de compra de “controlador coclear freedom corporal plata”, por el importe reclamado.

TERCERO.- Con fecha 21 de julio de 2008, el Secretario General de la Consejería competente en materia de educación resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, realizándose un primer intento de notificación en el domicilio del reclamante el 28 de julio de 2008, siendo finalmente recibido el 11 de septiembre de 2008, según consta en el expediente.

CUARTO.- Por Resolución del mismo órgano de 23 de octubre de 2008, se resuelve el cambio de instructora del procedimiento por baja por maternidad, que es finalmente notificado al reclamante el 10 de noviembre siguiente, tras dos intentos fallidos.

QUINTO.- Solicitado informe al Director del centro escolar sobre las circunstancias que concurrieron en la pérdida, así como cualquier otra merecedora de reseñar, es evacuado el 6 de noviembre de 2008 con el siguiente contenido:

“El día 25/4/08, a las 10:45 h. aproximadamente, los alumnos de la clase de 4 años C bajaron en fila, desde su aula al patio, lo cruzaron, se dirigieron a la puerta este del colegio y subieron al autobús que les estaba esperando para ir al auditorio de La Alberca a realizar una actividad complementaria.

Acompañaban a los alumnos la tutora x, y., logopeda del proyecto ABC (alumnos sor-dos) y dos madres de alumnos.

Iniciado el viaje (11:00 h. aprox.), el profesorado se dió cuenta que la alumna x. no tenía “la petaca del procesador externo del implante coclear”. Suponiendo que se le podría haber desprendido, el profesorado y las madres lo buscaron por el autobús, al tiempo que se avisaba al jefe de Estudios del Centro que, inmediatamente, procedió a su búsqueda, tanto en el interior como en el exterior del Centro.

Asimismo, al regreso de la visita, la logopeda pasó por todas las aulas preguntando por si alguien la había visto. Además se informó a las familias, se colocaron carteles por el Centro, etc., por si algún niño lo encontraba y no sabía lo que era.

El resultado de todas estas gestiones fue negativo”.

SEXTO.- Con fecha de 10 de noviembre de 2008 se otorga un trámite de audiencia al reclamante para que formule alegaciones y aporte cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, y tras dos intentos infructuosos de practicar la notificación, es finalmente recibida el 13 de diciembre siguiente, compareciendo la madre de la menor ante el órgano instructor el 18 de diciembre, manifestando lo siguiente:

“1.- Que le ha sido notificada la apertura del Trámite de Audiencia conforme a lo establecido en el artículo 11 del real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, según escrito del Instructor de fecha 10 de noviembre de 2008.

2.- *Relata que la niña lleva la petaca que se extravió metida en una mochila especial para tal fin por debajo de su ropa en la espalda, que lleva un enganche de seguridad y que ella sola no se la puede quitar”.*

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 26 de enero de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no existir relación de causalidad entre la pérdida de la petaca del procesador sufrido por la alumna y la prestación del servicio público educativo.

OCTAVO.- Con fecha 2 de febrero de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por quien goza de legitimación activa para ello, el padre de la menor, a quien corresponde su representación legal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La reclamación se ha presentado dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

Por último, a la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y el RRP para la tramitación de esta clase de reclamaciones.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: falta de acreditación de la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño por el que se reclama.

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.

En el presente supuesto el reclamante no efectúa una imputación expresa del daño (pérdida de la petaca del procesador externo) a una determinada acción u omisión del Colegio Público, por lo que cabe deducir que su reclamación se basa en el hecho de que la pérdida se produjera cuando la alumna se encontraba en un centro de titularidad pública.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, el 155/2003) 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. Y ello, en primer lugar, porque no resulta acreditado ni donde ni cómo se produjo la pérdida de la pieza, teniendo en cuenta, según describe la madre de la menor, que llevaba la petaca que se extravió metida en una mochila especial por debajo de su ropa en la espalda y, por tanto, no visible.

De otra parte, lo relevante a los efectos que nos ocupa es que se mantuvieron los niveles de vigilancia normales para la situación de que se trataba, constando la presencia del profesorado que vigilaba y acompañaba adecuadamente a los niños (tutora, una logopeda y dos madres de alumnos), sin que se impute ninguna omisión o descuido al citado profesorado, limitándose a describir la parte reclamante, sin que extraiga ninguna consecuencia reprochable al centro escolar, que la mochila llevaba un enganche de seguridad y que la menor no se la pudo quitar sola. Por ello, como indicamos en nuestro Dictamen 67/2006, el extravío ha de considerarse como un riesgo normal e inevitable propio de las circunstancias de la alumna, que ha de llevar dicho aparato, pero también realizar las actividades propias de su edad.

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, habiéndose comprobado también la actuación correcta del profesorado en la búsqueda de la pieza extraviada.

En consecuencia, y a la vista 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 daño alegado todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa del mismo, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre la pérdida producida y el funcionamiento del servicio público educativo, ya que aquella, aunque la-

mentable, no es en ningún caso atribuible a la actuación del profesorado que acompañaba a los alumnos, siendo un hecho desafortunado ajeno al servicio público.

En el mismo sentido se han pronunciado los Dictámenes 1704/2004 del Consejo de Estado, 100/2003 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana y 67/2006 del Consejo Jurídico, ya citado.

2) Por último este Órgano Consultivo ha de reiterar nuevamente la inadecuación general del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas para atender reclamaciones de origen semejante a la presente, como indicábamos en nuestro Dictamen núm. 155/2003. También la necesidad de que la Administración educativa adopte medidas que preserven a los alumnos de daños que, como en el caso presente, no gozan de la cobertura adecuada por el vigente sistema de protección social.

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 86/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 04/05/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 43.

DICTAMEN 87/09.- Proyecto de Decreto por el que se desarrollan los requisitos básicos para la inscripción y funcionamiento del registro oficial de establecimientos y servicios biocidas de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 11/05/09

Extracto de Doctrina

La primera medida a aplicar en el ejercicio de la competencia de desarrollo y ejecución que le corresponde a la Región de Murcia es la de creación del Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de la Comunidad Autónoma, en cumplimiento del artículo 27 del Real Decreto precitado, para que así adquiriera sentido la normativa prevista en el Proyecto, que regula los requisitos para la inscripción y funcionamiento de dicho Registro, hasta la fecha inexistente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- A iniciativa de la Dirección General de Salud Pública formulada el 11 de septiembre de 2007 se inició el procedimiento para la elaboración y posterior tramitación de un Proyecto de Decreto por el que se desarrollan los requisitos básicos para la inscripción y funcionamiento del registro oficial de establecimientos y servicios biocidas de la Región de Murcia, para lo cual elevó a la Secretaría General de la Consejería proponente un borrador inicial, la memoria justificativa, el informe sobre impacto por razón de género y una memoria económica. En tales documentos se aprecia que la iniciativa se inscribe en el ámbito de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de las materias Sanidad e Higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la Seguridad Social, atribuidas a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, aprobado por Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el número 16 del artículo 149.1 de la Constitución.

Al amparo de este ámbito competencial le corresponde a la Consejería de Sanidad y Consumo la gestión de este registro y, en consecuencia, la propuesta normativa para la concreción de los requisitos básicos contenidos en la referida legislación estatal del funcionamiento del Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El coste de las medidas propuestas se cifra en 23.800 euros.

SEGUNDO.- En el trámite de información pública alegaron los siguientes órganos y entidades:

— De la Administración pública autonómica:

- a) La Consejería de Empleo y Formación (14 de febrero de 2008).
- b) La Consejería de Agricultura y Agua emite informes del Servicio Jurídico (27 de marzo de 2008) y del Servicio de Sanidad Vegetal (6 de marzo de 2008), indicando que se debía regular con más claridad el deslinde entre los registros de plaguicidas y biocidas.

c) La Consejería de Educación, Ciencia e Investigación propone la adecuación del Proyecto a las titulaciones oficiales desarrolladas a partir de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (20 de mayo de 2008).

d) El Consejo de Salud (27 de febrero de 2008) emitió informe favorable.

e) La Comisión Regional para la Seguridad Alimentaria (5 de junio de 2008) también emitió informe favorable.

Se solicitó informe a la Consejería de Desarrollo Sostenible (folio 18), sin que conste que formulara observaciones.

— De los sectores afectados y Corporaciones competentes:

a) La Asociación Nacional de Empresas de Control de Plagas (ANEPLA) realizó diversas alegaciones, principalmente al artículo 5.2,c), para que se exija a las empresas que tengan un almacén registrado en la Comunidad Autónoma.

b) El Colegio Oficial de Químicos de la Región de Murcia (12 de marzo de 2008) alega al artículo 7 precisiones sobre la actividad técnica de los profesionales de la industria.

c) A la Asociación Murciana de Industrias Químicas le fue dada audiencia, sin que conste que formulara alegaciones (folio 22).

TERCERO.- Todas las alegaciones fueron valoradas por la Consejería proponente a través de un Técnico de Vigilancia Ambiental que, en informe de 9 de julio de 2008 (sin visar), expone las novedades principales que se introducen para formar el segundo borrador: a) el requisito de la colegiación, en su caso, de los técnicos competentes; b) el requisito de la disponibilidad de un almacén; c) las adaptaciones de titulaciones que deben ostentar los responsables técnicos.

CUARTO.- Emitido el informe jurídico de la Vicesecretaría se sometió el Proyecto a la Dirección de los Servicios Jurídicos, que lo informó favorablemente (18 de diciembre de 2008), si bien formulando determinadas observaciones a la denominación y al articulado. De dicho informe han resultado modificaciones, resultando de ello el tercer borrador en el cual se ha recogido la observación formulada al artículo 1 y al título en la disposición, modificando su denominación; se ha eliminado el inciso final del segundo párrafo del artículo 2; se ha modificado el apartado 2 del artículo 7 en relación a los niveles de peligrosidad de los biocidas, de conformidad con la clasificación establecida por la legislación básica estatal; se recogen las observaciones realizadas a los artículos 11 y 12, así como la relativa al 14 (la autorización municipal) y al 16 (sobre infracciones).

Con posterioridad al informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos se ha añadido un inciso final en el artículo 7.1 del Proyecto, relativo a las personas que pueden ser responsables técnicos, para adecuar la redacción a lo dispuesto en el Real Decreto 1.837/2008, de 8 noviembre, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2.005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2.006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Elaborados el extracto de secretaría y el índice de documentos, se ordenó la consulta (16 de febrero de 2009), que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el 26 de febrero siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un Proyecto de Decreto que desarrolla legislación básica del Estado.

SEGUNDA.- Procedimiento.

El expediente ha sido tramitado de forma adecuada para cumplimentar lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno. Así, obran, principalmente, las memorias justificativa y económica, el informe de impacto por razón de género y el del Vicesecretario de la Consejería consultante.

TERCERA.- Competencia autonómica.

Como se indica en el expediente, la iniciativa se inscribe en el ámbito de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de las materias Sanidad e Higiene, atribuida a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por el artículo 11.1 de su Estatuto de Autonomía, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que ésta establezca.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 25.1 remite a la regulación reglamentaria la exigencia de autorizaciones sanitarias a empresas y productos, y en el artículo 40, apartados 5 y 6, atribuye al Estado la competencia para la reglamentación y autorización de las actividades y almacenes de productos y artículos sanitarios.

El Estado, en el ejercicio de sus competencias sobre la materia (art.149.1, 16 y 23 CE), y en desarrollo de las previsiones legales citadas, aprobó el Real Decreto 1.054/2002, de 11 octubre, que regula, como base general de la sanidad, el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas, cuyo artículo 27 dispone:

“Los locales o instalaciones donde se fabriquen y/o formulen biocidas, así como los que almacenen y/o comercialicen biocidas autorizados para uso profesional y las empresas de servicios biocidas que así se determinen reglamentariamente, deberán inscribirse en el Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de cada Comunidad Autónoma. Este Registro será gestionado por la autoridad sanitaria competente”.

En el mismo Real Decreto también se facultó al Ministerio de Sanidad y Consumo para dictar las normas necesarias de *“coordinación de los requisitos de inscripción en los Registros de las Comunidades Autónomas”* sobre establecimientos y servicios biocidas, a cuyo efecto fue dictada la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 13 de octubre de 2006, que establece las *“condiciones y requisitos básicos”* para la inscripción, estructura y funcionamiento de los Registros Oficiales de Establecimientos y Servicios Biocidas de las Comunidades Autónomas (art.1).

Por lo tanto, la primera medida a aplicar en el ejercicio de la competencia de desarrollo y ejecución que le corresponde a la Región de Murcia es la de creación del Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de la Comunidad Autónoma, en cumplimiento del artículo 27 del Real Decreto precitado, para que así adquiera sentido la normativa prevista en el Proyecto, que regula los requisitos para la inscripción y funcionamiento de

dicho Registro, hasta la fecha inexistente (art.1 del Proyecto). De esta manera se podrá dar cumplimiento, también, a lo que prevé la indicada Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 13 de octubre de 2006 en su Disposición adicional segunda, sobre remisión de los expedientes de los establecimientos y servicios biocidas, actualmente inscritos en el Registro de Establecimientos y Servicios Plaguicidas, al nuevo Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas.

Ambas previsiones deben incorporarse al Proyecto que, desde este ángulo, resulta ser un desarrollo conjunto del Real Decreto 1.054/2002, y de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 13 de octubre de 2006, explicaciones que deben ser recogidas en la Exposición de Motivos. Así, el artículo debería dividirse en dos párrafos: el 1 con la redacción actual del artículo , añadiendo que es también un desarrollo del citado Real Decreto 1.054/2002; y el 2 con la fórmula de creación del Registro.

Los artículos 8 y 9 del Proyecto, referidos respectivamente a la documentación de las empresas y al Libro Oficial de Movimiento de Biocidas, no forman parte de la normativa del Registro, sino de la reglamentación de la actividad de las entidades que prestan los servicios, por lo que tampoco son desarrollo de la Orden, sino del Real Decreto.

CUARTA.- Observaciones al articulado.

El artículo 3, apartado 2, carece de carácter innovativo, ya que es una reiteración de la normativa estatal más la del Proyecto, igual que el artículo 4, que es una completa reiteración del artículo 4 de la Orden antes citada. Por ello es más conveniente su eliminación que su mantenimiento y, de optarse por esto último, resulta necesario citar, en el segundo, la procedencia del texto que se transcribe. Igual ocurre con el 14 del Proyecto respecto al 9.3 de dicha Orden.

En el artículo 13 carece de sentido fijar dos plazos, uno inmerso en el otro, para solicitar que se renueve la inscripción, siendo suficiente con uno. La remisión a “los requerimientos que en esos momentos se soliciten” debe ser, en puridad, a la normativa vigente en la fecha, aunque, por obvia, se puede prescindir de tal mención.

Algunos de los artículos adolecen en su redacción de imprecisiones ortográficas: en el artículo 1, deben incluirse las siglas del Registro; en el 7.2 deben agregarse comas después de “deberá ser” y “utilizados” (cuarta línea); en el artículo 7.2, último párrafo, primera línea, incluir “en” después de “inscripción; en el 8 debe corregirse el título y eliminarse la coma de la primera línea (después de “biocidas”); en el 8.2. segundo párrafo, línea segunda, debe eliminarse la coma después de “tratada”; Disposición adicional, segunda línea, acentuar “esté”; Disposición final, primera línea, acentuar “entrará”

La Disposición transitoria debe redactarse así: *“Las empresas titulares de establecimientos y servicios ya inscritos, dispondrán de un plazo de 6 meses, desde la entrada en vigor de este Decreto,...”*

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Puede elevarse a la consideración del Consejo de Gobierno el Proyecto consultado.

SEGUNDA.- Tiene carácter esencial la observación relativa a la creación del Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de la Comunidad Autónoma.

TERCERA.- Las restantes observaciones contribuyen a la mejora técnica del Proyecto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 88/09.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la ejecución de las obras de “Ampliación y reforma del Centro Social de Mayores de Los Ramos (Murcia)”.

Consultante: Ayuntamiento de Murcia

Fecha: 11/05/09

Extracto de Doctrina

La más reciente doctrina jurisprudencial viene sosteniendo la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008; STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 233/2008, de 11 de marzo).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal de 9 de abril de 2008, el 21 de mayo siguiente el Ayuntamiento de Murcia suscribió un contrato de obras con --, S.L., cuyo objeto es “*la ampliación y reforma del centro social de mayores de Los Ramos (Murcia)*”, con un precio de adjudicación de 107.465,00 euros y un plazo de ejecución de 6 meses.

SEGUNDO.- El Jefe de la Oficina Técnica de Arquitectura de dicho Ayuntamiento, en informe de 12 de septiembre de 2008, manifiesta que a esa fecha las obras no habían comenzado, porque la adjudicataria ni había aportado el Plan de Seguridad y Salud ni designado Coordinador de Seguridad.

TERCERO.- El 30 de septiembre de 2008, la Jefe del Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministro propuso al Teniente de Alcalde de Presidencia, que lo acordó, iniciar el procedimiento de resolución del contrato, al amparo de las cláusulas 15.6 y 17.11 del Pliego y del artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP) lo que fue notificado al contratista y al avalista, concediendo un plazo de 10 días para hacer alegaciones.

CUARTO.- El 29 de octubre de 2008 la adjudicataria presentó en el Ayuntamiento un escrito remitiendo el Plan de Seguridad y Salud y proponiendo Coordinador de Seguridad. El 5 de noviembre presentó un escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución, respecto a las cuales informó el Jefe de la Oficina Técnica municipal el 17 de noviembre de 2008;

dicha oficina comunica posteriormente que el 9 de febrero de 2009 seguían sin comenzar las obras.

QUINTO.- La Mesa de Contratación informó favorablemente y propuso el 16 de abril de 2009 que se resolviese el contrato por la causa prevista en el artículo 111.e) TRLCAP, en relación con las cláusulas 15.6 y 17.11 del Pliego, con incautación de la fianza

Tras ello, fue recabado el Dictamen de este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 23 de abril de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento por el que se pretende resolver un contrato, 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, letra a) TRLCAP, aplicable al contrato cuya resolución se pretende en atención al momento de adjudicación de aquél; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA. Procedimiento.

A) De conformidad con el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, 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 consignados con las letras a) y b). La emisión de este Dictamen persigue hacer efectivo el de la letra d).

Carece, sin embargo, el expediente del obligado informe del “Servicio Jurídico” del Ayuntamiento, trámite del que únicamente cabe prescindir en los supuestos de resolución contemplados en los artículos 41 (falta de acreditación de haber constituido el adjudicatario la garantía definitiva en plazo) y 96 (resolución por demora del contratista) de la TRLCAP. Su omisión en el procedimiento de resolución contractual puede determinar la invalidez del acto administrativo que le pone fin, como ilustra la STS, Sala 3ª, de 14 de julio de 2003.

B) La propuesta objeto de Dictamen se formula por la Mesa de Contratación, que la eleva a la Junta de Gobierno Local, órgano de contratación designado en el artículo 127 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Según se desprende del artículo 81 TRLCAP la Mesa de Contratación ostenta competencias para auxiliar al órgano de contratación exclusivamente en la adjudicación del contrato por procedimiento abierto o restringido; por ello la propuesta para la resolución corresponde al titular del órgano al que las normas internas de ese Ayuntamiento atribuyan la competencia para elevarla a dicha Junta.

C) Estamos en presencia de un procedimiento iniciado de oficio para cuya resolución la TRLCAP no fija plazo. Sería de aplicación supletoria, pues, lo dispuesto en los números 2

y 3 del artículo 42 LPAC, debiendo haberse resuelto el procedimiento en un plazo máximo de tres meses contados a partir del indicado día 30 de septiembre de 2008.

El transcurso del plazo máximo de tramitación sin que haya recaído resolución expresa y se haya notificado obliga a considerar los efectos que ello conlleva sobre el procedimiento.

El Consejo de Estado, seguido por otros Consejos Consultivos, aboga por la inaplicación a los procedimientos de resolución contractual, con carácter general, del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC. Dice el Consejo de Estado que resulta difícil la incardinación de las potestades resolutorias ejercitadas por la Administración en las sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, pues *“la materia contractual presupone necesariamente un vínculo de esa naturaleza entre las partes (la Administración y la contrata) que excluye la relación general de sujeción en que pueden ejercerse potestades de intervención o de sanción, a la que viene referido expresamente el artículo 44.2 de la Ley 30/1992”* (Dictámenes del Consejo de Estado 277/2002 y 1382/2008, entre otros, y del Consejo Consultivo de Canarias 159/2008). Pero, además, siendo la LPAC de aplicación meramente supletoria en relación con los procedimientos regulados en la LCAP (Disposición adicional séptima), el hecho de que los indicados procedimientos de resolución contractual tengan genéricamente atribuido el carácter de urgentes (artículo 157 Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre y, luego, artículo 109.2 RCAP), impone el deber legal de resolverlos en el menor tiempo posible, lo que es difícilmente compatible con una eventual declaración de caducidad y posterior nueva incoación del procedimiento.

En todo caso, no puede olvidarse que el citado artículo 44.2 LPAC tiene una excepción en el 92.4 de la misma Ley, que impide la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general (la invocación del interés público, combinada con razones de economía procesal, como obstáculos a la declaración de caducidad de los procedimientos de resolución contractual también se encuentra presente en la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 342/2008, entre otros). Ahora bien, la utilización de este criterio demanda prudencia, en la medida en que no puede realizarse aquí una interpretación del concepto de “interés general” tan amplia que prive de virtualidad al artículo 44.2 citado, y que el 92.4 debe limitarse a supuestos en los que el interés general sea especialmente relevante.

A pesar de los razonamientos anteriores, la más reciente doctrina jurisprudencial viene sosteniendo la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008; STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 233/2008, de 11 de marzo), por lo que cabe concluir la procedencia de declarar caducado el sometido a consulta, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo al que podrán incorporarse las actuaciones seguidas en el caducado, conforme a un elemental principio de economía procesal. Ello permitirá, a su vez, cumplimentar aquellos trámites cuya ausencia se ha advertido en el procedimiento sometido a consulta.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede declarar caducado el procedimiento de resolución contractual sometido a consulta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 89/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 11/05/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 35.

DICTAMEN 90/09.- Resolución contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por la construcción del Centro de Atención Infantil de la calle Médico Miguel Rodríguez de Yecla.

Consultante: Ayuntamiento de Yecla

Fecha: 11/05/09

Extracto de Doctrina

La doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2007, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Yecla adjudica a --, S.L. (en lo sucesivo la contratista), mediante subasta y procedimiento abierto, el contrato de obras de un Centro de Atención Infantil en la calle Médico Miguel Rodríguez de dicha localidad, por el precio total de 354.495,06 euros, incluido IVA.

Practicada la notificación del precitado acuerdo a la mercantil, procedió a la constitución de la garantía definitiva (14.179,80 euros), mediante la presentación de aval ante la Caja del Ayuntamiento, y al pago de los gastos derivados del anuncio del expediente de contratación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, cifrados en 273,3344 euros.

SEGUNDO.- El 19 de abril de 2007, el Alcalde del Ayuntamiento de Yecla suscribe con el representante de la mercantil el contrato que tiene por objeto las obras del Centro de Atención Infantil en la calle Médico Miguel Rodríguez, según el detalle previsto en la Cláusula Primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la contratación (PCAP).

En la estipulación tercera del contrato se establece:

“Las obras deberán ejecutarse conforme a las instrucciones de la dirección facultativa de las mismas, en el plazo máximo de seis meses y medio desde el día siguiente al del levantamiento del acta de comprobación del replanteo, que tendrá lugar como máximo dentro de los diez días hábiles que siguen a la firma del presente, si no hubiere reservas o, en caso contrario, desde el siguiente al de la notificación al contratista de la resolución autorizando el inicio de las obras”.

Además, conforme al PCAP, que forma parte del contrato según la estipulación quinta del mismo, *“el contratista se entenderá incurso en mora por el transcurso del plazo sin que haya cumplido el contrato, no siendo precisa interpelación o intimación previa”* (Cláusula Novena PCAP). La misma Cláusula Novena recoge:

“Si el contratista, por causas a él imputables, incumpliere el plazo final de ejecución de las obras, o los parciales que en su caso se establecieren, el Ayuntamiento podrá optar indistintamente por la resolución del contrato, con incautación de la garantía constituida, o por la imposición de penalidades diarias señaladas en el artículo 95 LCAP”.

TERCERO.- El 27 de julio de 2007 se extiende el acta de comprobación del replanteo de las obras, sin que conste observación alguna por parte de la contratista.

CUARTO.- Con fecha 30 de octubre de 2007, el arquitecto técnico municipal, que forma parte de la dirección facultativa de las obras, comunica a la Secretaría del Ayuntamiento lo siguiente:

“Que con fecha 27 de julio de 2007 se firma acta de comprobación de replanteo de las obras del Centro de Atención Infantil en la Urbanización Alameda, que dichas obras han sufrido retrasos en la ejecución de los trabajos, ejecutándose hasta la fecha la fase de cimentación y muros de carga de forjado sanitario; al comienzo de las obras, este técnico comunicó al jefe de obra x. de la empresa adjudicataria --, SL que debería aportar tres copias del Plan de Seguridad y Salud a este Ayuntamiento para su aprobación por la Junta de Gobierno Local”.

Asimismo informa en la fecha arriba indicada:

“Que no se ha recibido el mencionado Plan de Seguridad y Salud, por lo que las obras se encuentran sin coordinador de seguridad y salud, sin acta de aprobación del Plan y sin comunicación de la apertura del centro de trabajo a la Dirección General competente.

Por lo que este técnico entiende que se debe reclamar de forma urgente a la empresa (...) 3 copias de su Plan de Seguridad y Salud para la mencionada obra para proceder a su tramitación”.

QUINTO.- El mismo arquitecto técnico municipal emite un nuevo informe (Asunto: paralización de las obras por parte de la contrata --, S.L. para el Centro de Atención Infantil en la Urbanización Alameda) el 14 de noviembre de 2007, en el que informa lo siguiente:

“Que hace aproximadamente 3 semanas que se terminó la cimentación y muros de carga para el forjado sanitario, comunicando el encargado de obra a este técnico que seguidamente se procedería al montaje de las placas prefabricadas para la continuación de la estructura de la edificación, desde la mencionada fecha no se ha continuado la obra sin que por parte del nuevo jefe de obra y el encargado se de alguna explicación a la dirección de obras, y sin que se conozca fecha alguna para la continuación de los trabajos.

Lo que supone un importante retraso en las partidas restantes de la obra. Teniendo en cuenta que el acta de comprobación del replanteo se firmó el 27-7-07 y que el plazo de ejecución es de 6,5 meses (plazo consumido 3,5 meses). Este técnico consultante con el arquitecto y como Directores de obra, ante el retraso mencionado y por el ritmo de los trabajos, deducen que no se van a cumplir los plazos para la ejecución de las obras del Centro de Atención Infantil”.

En una diligencia ulterior del mismo técnico, de 4 de febrero de 2008, hace constar que la situación de la obra no ha variado respecto a la descrita en el informe de 14-11-07.

SEXTO.- El 5 de febrero de 2008, la Junta de Gobierno Local adopta el acuerdo de comunicar a la contratista que no va a consentir retrasos en el cumplimiento del plazo de ejecución, que finaliza el 11 de febrero siguiente, reiterando lo ya indicado a la mercantil en el acuerdo anterior de 31 de julio de 2007, que no consta en el expediente, y que hace referencia, al parecer, al conjunto de obras adjudicadas por el Ayuntamiento a la misma empresa. También el órgano municipal solicita informe al Secretario de la Corporación sobre las medidas legales a adoptar por el más que probable incumplimiento de los plazos de ejecución de la obra. Dicho acuerdo fue notificado a la mercantil el 11 del mismo mes (folios 28 y 29), otorgándole los recursos pertinentes, sin que conste que los haya presentado.

SÉPTIMO.- A petición de la Junta de Gobierno Local, el Secretario del Ayuntamiento de Yecla emite informe el 5 de marzo de 2008, en el que expresa que el presente contrato se encuentra incurso en causa de resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 111, e) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP): *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)”*. Concluye que la Junta de Gobierno puede optar indistintamente por la resolución del contrato, de acuerdo con lo indicado anteriormente, sujetándose al procedimiento previsto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, o por la imposición de penalidades diarias, conforme a lo previsto en el artículo 95.3 TRLCAP.

En cuanto a los efectos de la resolución, recoge los previstos en el apartado 4 del artículo 113 del citado Texto Refundido:

“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”.

OCTAVO.- Con fecha 11 de marzo de 2008, el Arquitecto Técnico Municipal emite un informe sobre el estado de las obras, en el que señala:

“Que con fecha 11 de febrero de 2008 se convocó una reunión con la contrata adjudicataria de las obras para ver el estado de las obras y su continuidad.

Por lo que a día de hoy solamente se ha procedido a descargar las placas de forjado, colocándose el armado del forjado.

Este técnico junto con el Arquitecto se reunió con el encargado para detallar los armados de forjado, se han realizado varias visitas a la obra para comprobar la correcta puesta en obra, estando la obra cerrada y sin personal, se ha intentado contactar con la contrata sin que nadie dé explicaciones”.

NOVENO.- En la misma fecha, la Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo de incoar el expediente para la resolución del contrato de obras con incautación de garantía definitiva, y conceder un plazo de audiencia tanto a la contratista, como a la entidad avalista x. También se acuerda que la eventual reclamación a la empresa contratista de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, queda pospuesta a que el Ayuntamiento la valore de forma precisa pero, en todo caso, comprenderá el importe de la subvención que financia íntegramente la obra, en caso de perderse ésta.

DÉCIMO.- Se registra un escrito del técnico municipal, de 4 de abril de 2008, para hacer constar que con dicha fecha se le han entregado tres ejemplares del Plan de Seguridad y Salud por parte de la contratista.

UNDÉCIMO.- De la misma fecha data el registro de entrada del escrito presentado por x., en representación de la contratista (folios 45 y 46), que se opone a la resolución del contrato en base a las siguientes razones:

1ª) Que se está cumpliendo el compromiso adquirido.

2ª) Que a su debido tiempo se notificó al Arquitecto Técnico Municipal una diferencia en el acero empleado en la cimentación de aproximadamente 4.000 kg. y 40 m3 de hormigón, sin que hasta el momento se haya recibido ninguna contestación al respecto.

3ª) Que, conforme a las comunicaciones que se adjuntan, desde el 9/7/07 hasta el 3/3/08 la contratista de buena fe ha estado esperando la documentación que verifica la aprobación del Plan de Seguridad y Salud de la obra, así como el aviso previo a la autoridad laboral.

4ª) Que, según el artículo 7.2 del RD 1627/1997, de 24 de octubre, el Plan de Seguridad y Salud debe ser aprobado antes del inicio de la obra por el coordinador en materia de seguridad y salud, no constando en los archivos de la mercantil el acta de aprobación.

Finalmente, solicita que se opte por la continuación de la ejecución del contrato, y que se remita la aprobación del Plan de Seguridad y Salud y el aviso a la Autoridad Laboral, acompañando correos electrónicos remitido por personal de la empresa a un empleado municipal de fechas 9 de julio de 2007, 27 y 29 de febrero, y 3 de marzo del 2008 (folios 46 a 57).

DUODÉCIMO.- También, el 4 de abril de 2008, el Arquitecto Técnico Municipal emite un nuevo informe, en el que expresa que en el día citado la dirección facultativa de las obras ha ordenado en el libro de órdenes la paralización de los trabajos hasta que la construcción se encuentre totalmente normalizada en materia de seguridad y salud.

También expresa: *“este técnico en llamada telefónica comunicó al x., encargado de obra de -, S.L., visita de obra para la firma del enterado del libro de órdenes, confirmándose en 2 ocasiones hora y lugar, sin (que) nadie acuda a obra al efecto de la firma, incluso reclamándose la espera vía telefónica”*.

Concluye que debe remitirse a la contratista por fax el presente informe, adjuntando copia de la hoja 3 del libro de órdenes (folios 60 y 61), en la que se hace constar por el director de las obras, entre otros aspectos:

“La obra se encuentra en el siguiente punto:

- Se ha ejecutado la excavación y cimentación.*
- Se ha ejecutado el forjado sanitario.*

— *Se han ejecutado los pilares.*

Se solicitan a la constructora los resultados de ensayos de hormigón de cimentación, las fichas de características técnicas de las placas de hormigón de forjado sanitario y los ensayos de acero, conforme al proyecto, ya que no se disponen por parte de la dirección técnica.

Se ordena paralizar las obras ya que no se ha presentado el Plan de seguridad y Salud ni ha sido aprobado por el coordinador de seguridad y salud ni por el Ayuntamiento.

Esta medida no se tomó antes ya que los trabajos han sido discontinuos, con claro abandono de la obra, habiéndose realizado algunos de ellos sin que se haya avisado a la dirección técnica”.

Consta también el burofax remitido por el Ayuntamiento a la empresa contratista el mismo día (folio 62 y ss.).

DECIMOTERCERO.- Mediante escrito suscrito por el Arquitecto Técnico Municipal (registro de salida 17 de abril de 2008), se remite a la contratista copia del aviso previo a la autoridad laboral y de la reanudación de la actividad respecto a varias obras, entre ellas la del Centro de Atención Infantil objeto del presente expediente.

DECIMOCUARTO.- Previa valoración de las alegaciones presentadas por la empresa contratista por parte del Arquitecto Técnico Municipal y del Secretario de la Corporación (folios 67 a 70), la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 6 de mayo de 2008, asume la propuesta de resolución elevada por la Alcaldía (en la que existe un error material en la parte dispositiva sobre el objeto del presente contrato), y solicita el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, dando cuenta del trámite efectuado a las empresas contratistas y avalistas.

DECIMOQUINTO.- Recabado por la Alcaldía el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico en fecha 2 de junio de 2008 (registro de entrada) se adoptó el Acuerdo 14/2008, en el que se solicitó al Ayuntamiento que completara el expediente con las siguientes actuaciones:

1º) En el caso de que se hubiera adoptado, ha de remitirse copia del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Yecla sobre la aprobación del Plan de Seguridad y Salud del Centro de Educación Infantil, sobre el que versa el presente expediente de resolución contractual, tras la recepción por parte del técnico municipal de tres ejemplares del mismo, documentada en el folio 44 del expediente.

2º) No consta en el expediente la copia del aviso previo y comunicado de apertura o reanudación de la actividad para las obras del Centro de Atención Infantil en La Alameda, al que hace referencia el oficio del Arquitecto Técnico de 17 de abril de 2008, obrante en el folio 66 del expediente, por lo que debería ser remitido para su incorporación al mismo.

3º) Entre la documentación aportada por la empresa contratista figura un correo electrónico correspondiente al 9 de julio de 2007 (folio 46), enviado a una dirección de un funcionario municipal, en el que se hace constar:

“Tenemos elaborado el Plan de Seguridad y Salud de la Obra del Centro de Atención Infantil “La Alameda” y necesitamos saber a quién se lo debemos enviar para que lo revise por si hiciera falta alguna modificación y posteriormente proceder a su envío en papel ya firmado a quien proceda su aprobación.

Por ello, convendría disponer de la respuesta recibida por la remitente a dicha petición, si obrara en las dependencias municipales.

4º) Se solicita aclaración sobre si la contratista fue requerida documentalmente para que aportara el Plan de Seguridad y Salud, según recomendación del técnico municipal contenida en su informe de 30 de octubre de 2007 (folio 25). En caso afirmativo debería acompañarse el oficio correspondiente.

5º) Interesa conocer el estado actual de la obra tras el comunicado de reanudación de la actividad, según el oficio del técnico municipal citado en el apartado 2º) del presente Acuerdo”.

DECIMOSEXTO.- Con fecha 23 de febrero de 2009 (casi siete meses después) ha tenido entrada en el Consejo Jurídico el oficio del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Yecla, acompañando la documentación solicitada y, en su defecto, aclarando algunos de los apartados reseñados, entre los que cabe citar que el Centro de Atención Infantil se encuentra en la Urbanización La Alameda, por lo que también aparece identificado con tal denominación en el expediente.

Entre la documentación remitida, cabe destacar:

— El acuerdo de aprobación del Plan de Seguridad y Salud de la obra del Centro de Atención Infantil en calle Miguel Rodríguez, adoptado por la Junta de Gobierno Local el 8 de abril de 2008.

— El aviso previo a la autoridad laboral del comienzo de las obras por parte del Ayuntamiento de Yecla, suscrito por el arquitecto técnico municipal en su representación, en el que se especifica que las obras comenzarán en abril de 2008, con una duración prevista de 6,5 meses, así como el comunicado de apertura/reanudación de la actividad.

— Un informe del Arquitecto Técnico Municipal de 28 de enero de 2009, sobre el estado actual de las obras, en el que, después de afirmar que han transcurrido 18 meses desde la firma del acta de replanteo, constata que:

“Dicha obra se encuentra en fase de fachada, particiones y cubierta terminada (49,35% de obra ejecutada s/total), por lo que según planning de obra de proyecto, quedará un plazo de ejecución de 2 meses (resta por ejecutar un 30,76% de plazo de ejecución)”.

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.- Objeto del contrato, causa de resolución y normativa aplicable.

El contrato de obras suscrito el 19 de abril de 2007, cuya resolución se propone, tiene por objeto la ejecución de las obras de un Centro de Atención Infantil en calle Médico

Miguel Rodríguez (Urbanización La Alameda) en la localidad de Yecla, con cargo a la subvención concedida al Ayuntamiento por la Administración regional para tal finalidad, siendo la contratista la empresa --, S.L., al igual que de la construcción de otro Centro de Atención Infantil en la calle Doctor Grande Covián de la misma localidad, cuyo expediente de resolución contractual también ha tenido entrada en este Órgano Consultivo para consulta.

Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Junta de Gobierno Local), se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 59 TRL-CAP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación el citado Texto Refundido y el RD 1.098 /2001, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La causa invocada para la resolución contractual en el acuerdo de incoación del expediente, de 11 de marzo de 2008, es el incumplimiento por parte de la contratista del plazo convenido para la ejecución de las obras (6 meses y medio), según la Cláusula Tercera, concurriendo con ello la causa prevista en el artículo 111,e) TRLCAP: *“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)”*, a la vista de la paralización de las obras, según constata la dirección facultativa el 11 de marzo de 2008, es decir, superado ya el plazo total convenido para la ejecución de las mismas, que finalizaba el 11 de febrero anterior.

En su descargo, la empresa contratista se opone a la misma (Antecedente Undécimo), solicitando la continuación de las obras, y atribuye la tardanza a la falta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud de la obra, que corresponde a la Administración contratante, según el Real Decreto 1.627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

Sin entrar a considerar el fondo de la consulta planteada, por las razones procedimentales que seguidamente se abordarán, han de ponerse de manifiesto ciertas actuaciones de la Administración contratante posteriores a la finalización del plazo de ejecución del presente contrato de obras, que no se orientan precisamente a la resolución contractual, sino más bien a su consumación:

1ª) Con posterioridad al inicio del expediente para la resolución contractual, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Yecla aprobó el 8 de abril de 2008 el Plan de Seguridad y Salud remitido por la empresa el 4 de abril anterior, según consta en el expediente, comunicando a la contratista el aviso previo a la autoridad laboral y el comunicado de apertura/reanudación de las obras, que se habían suspendido también el 4 de abril por orden de la dirección facultativa, hasta tanto no se presentara y aprobara el tan nombrado Plan de Seguridad y Salud.

2ª) En el aviso previo a la autoridad laboral de la dirección facultativa se hace constar que la fecha prevista para el comienzo de las obras es abril de 2008, con una duración de 6,5 meses, cuando ya había finalizado el plazo de ejecución del contrato el 11 de febrero anterior.

3ª) El mismo técnico municipal, en su informe de 5 de mayo de 2008, tras poner de manifiesto la paralización de la obra existente con anterioridad pese a sus requerimientos

verbales y escritos a la contratista, reconoce que sólo en fechas recientes a la indicada, que coincide con las actuaciones recogidas en el apartado anterior, se han empezado a “acometer con seriedad las obras”.

4ª) Según el informe de la dirección facultativa sobre el estado actual de las obras, fechado a 28 de enero de 2009, evacuado a petición de este Consejo Jurídico, aquéllas se encuentran ejecutadas en un 49,35%, quedando pendiente un 50,65 %, con un plazo de ejecución de 2 meses, plazo que ya ha transcurrido, lo que suscita a este Órgano Consultivo si las obras han continuado ejecutándose y si se encuentran ya terminadas, de acuerdo con la planificación señalada por el técnico municipal.

Lo anterior se pone de manifiesto por el tiempo transcurrido, y si la obra se hubiera ejecutado y recepcionado resultaría improcedente la resolución de un contrato ya extinguido, sin perjuicio de que el incumplimiento del contratista acreditado en tiempo y forma permita a la Administración declarar la responsabilidad de aquél y, en consecuencia, su obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme a lo previsto en el artículo 43.2,b) TRLCAP para lo que habría de instruirse el oportuno expediente, ya sin la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico.

TERCERA.- Procedimiento para la resolución contractual. Efectos del transcurso del plazo: la caducidad.

A la vista del plazo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento (acuerdo de 11 de marzo de 2008) sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria 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 las consecuencias que acarrea si el mismo está incurso en caducidad.

La legislación contractual, tanto legal como reglamentaria aplicable a la resolución del presente contrato, no establece plazos específicos de duración del procedimiento, ni previsiones del silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la LPAC, según la Disposición adicional séptima del TRLCAP:

“Los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

En este punto conviene traer a colación, respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite facultades de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, que de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC resulta que el vencimiento de plazo (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC.

La aplicación supletoria de los preceptos indicados de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación, como más adelante se expondrá.

Por el contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 78/2003) ha mantenido, con carácter general, la inaplicación del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2

LPAC a los procedimientos de resolución contractual, por las razones indicadas en nuestro Dictamen 59/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y procedimental, que se concreta, en términos generales, en que son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de que se esté ante una resolución contractual por causa imputable al contratista, pues el procedimiento incoado por el Ayuntamiento es de los llamados de intervención y susceptibles de producir efectos desfavorables, esto es, de los previstos en el artículo 44.2 LPAC, dado que, de prosperar la pretensión administrativa, acarreará la pérdida de fianza, la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración, y concurrirá el presupuesto legal para declarar su prohibición de contratar con la misma.

Sin embargo, también el Consejo Jurídico, conociendo las peculiaridades inherentes a la contratación administrativa y la especial presencia del interés público que cada caso la justifica, consideró que esta circunstancia podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad con base al artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Aunque también ha señalado que esta última excepción debe aplicarse con cautela, en los casos en que el contrato afecte de modo esencial a un servicio público o al mantenimiento del mismo, pues de interpretarse de modo general que concurre tal condición en toda contratación administrativa no haría operativa la aplicación de la caducidad, en cuanto garantía que ofrece al afectado para evitar una excesiva pendencia del procedimiento. Así se consideró esta excepción en nuestro Dictamen 103/2003, que citaremos con posterioridad.

En fechas recientes, la doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008). Así en la primera de las sentencias citadas se señala (F.D. Cuarto):

“al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución de contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a la Administraciones Públicas impone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido en su norma reguladora, la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el artículo 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades (...) de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo del expediente, con los efectos previstos en el artículo 92”.

Como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo

que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía (...)”.

En la segunda sentencia citada (F.D. Tercero, B) se responde a las posturas ya citadas que sostienen la incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de contratación administrativa, señalando el Alto Tribunal que *“no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos y menos, aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación a la contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad de un procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica, que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución (...)*.

La anterior doctrina sobre la aplicación de la caducidad a este tipo de procedimientos ha sido ya incorporada en diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 11 de marzo de 2008) en la que se resuelve, en contra de la opinión vertida en nuestro Dictamen 103/03, ya citado, en el que se excepcionaba la aplicación de la caducidad por razones de interés general, declarar la nulidad de la resolución por la que se resolvía definitivamente el contrato al haber transcurrido en exceso el plazo de 3 meses que disponía para hacerlo, incluso descontando el tiempo necesario para que este Consejo Jurídico evacuara su Dictamen. En el mismo sentido, las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunitat Valenciana (sentencia de 10 de marzo de 2008), del País Vasco (sentencia de 23 de mayo de 2005) y de Extremadura (sentencia de 18 de abril de 2008). También las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de noviembre de 2007, y 7 de octubre de 2008.

Aplicada al presente supuesto, habiendo transcurrido en exceso el plazo de tres meses desde que se inició de oficio el presente procedimiento de resolución contractual (el 11 de marzo de 2008), incluso descontando el plazo para la emisión de nuestro Dictamen, cabe concluir en la procedencia de declararlo caducado, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo, como se ha indicado en nuestros Dictámenes núms. 57/2000 y 59/2009.

CUARTA.- Sobre las siguientes actuaciones que proceden.

Declarada la caducidad del procedimiento por el órgano contratante, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, y notificada a los interesados, puede incoarse por el órgano de contratación un nuevo procedimiento de resolución contractual, al que se deberían incorporar en tal caso las actuaciones seguidas en el caducado, por evidentes razones de economía procesal, aunque no puede eludirse en ningún caso una nueva audiencia a la contratista y avalista, ni el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico sobre la cuestión de fondo planteada. No obstante, con carácter previo a la decisión del órgano contratante sobre la incoación de un nuevo procedimiento, habría que recabar un informe de la dirección facultativa de las obras sobre el estado de ejecución de las mismas, a la vista de las observaciones realizadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

Cabe advertir, por último, que también puede adoptarse en el nuevo procedimiento, dentro del plazo, la suspensión por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico, y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede declarar caducado el procedimiento de resolución contractual sometido a consulta, sin perjuicio de la posibilidad del órgano contratante de incoar uno nuevo (Consideración Cuarta), condicionado a la previa comprobación del estado de las obras por las razones que se señalan en la Consideración Segunda.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 91/09.- Proyecto de Decreto por el que se aprueban los estatutos del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)

Fecha: 13/05/09

Extracto de Doctrina

Entendido el Instituto como entidad financiera, la Comunidad Autónoma está facultada para su “establecimiento y desarrollo” “de acuerdo con la legislación del Estado” lo que, realmente, equivale a inscribir la competencia autonómica “en el marco de la ordenación de la economía y de acuerdo con las disposiciones que en uso de sus facultades dicte el Estado”, como reza el artículo 10.1.32 EA. El ejercicio de esta competencia, por otra parte, ha de procurar que la distribución de la inversión se realice según los principios de “proporcionalidad y solidaridad comarcales”, concretando en este aspecto la invocación genérica del artículo 9.2, f) EA, previsión que se ha recogido adecuadamente en el artículo 7 del Proyecto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Director General de Finanzas y Patrimonio elevó al Secretario General de la Consejería de Economía y Hacienda, el 12 de enero de 2009, la documentación relativa a la puesta en marcha del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia, consistente en un borrador de Estatutos, un informe de necesidad y oportunidad, otro de impacto por razón de género y un Programa de Actuación, Inversiones y Financiación (PAIF) para el ejercicio 2009.

El informe de impacto por razón de género, de 16 de diciembre de 2008, concluye que los Estatutos no contienen medida alguna que atente contra la igualdad de hombres y mujeres.

El informe de necesidad y oportunidad, de 12 de enero de 2009, después de reseñar las funciones que debe cumplir el Instituto a tenor de la normativa de creación, destaca que la oportunidad de su puesta en funcionamiento proviene, en primer lugar, de la necesidad de una mayor eficiencia y eficacia en la gestión financiera de la Comunidad Autónoma y, en segundo lugar, de la necesidad de proporcionar financiación directa a empresas, dado el escenario económico limitativo de la concesión de crédito; finalmente, repasa la configuración jurídico-administrativa de institutos semejantes creados por otras Comunidades Autónomas.

El PAIF de 2009 recoge en la cuenta de resultados del presupuesto de explotación unas pérdidas previstas de 1.064.244 euros, y en el presupuesto administrativo unos ingresos de 22.140.000 euros y gastos de 19.454.244 euros.

SEGUNDO.- En el curso de la instrucción se solicitó informe a la Dirección General de Presupuestos y a la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, ambos a los efectos del artículo 41.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia, en adelante, Ley 7/2004. El primero fue emitido el 30 de enero de 2009 poniendo de relieve que el Proyecto cumple con la normativa presupuestaria; el segundo, de fecha 16 de febrero de 2009 y emitido por la Dirección General de Empleo Público, concluye que se cumplen las previsiones de la legislación sobre recursos humanos.

TERCERO.- El Servicio Jurídico de la Consejería consultante emitió informe favorable el 23 de febrero de 2009, si bien cuestionando la legalidad del artículo 19.3 y la falta de concreción de la disposición derogatoria. La Vicesecretaría emitió el 24 de febrero de 2009 el informe preceptivo que le corresponde a tenor del artículo 53.2 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno (Ley 6/2004).

CUARTO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos emitió su informe preceptivo el 10 de marzo de 2009. Después de realizar unas consideraciones sobre la adecuación del procedimiento a la normativa aplicable, formula observaciones sobre diversos preceptos del Proyecto de Estatutos, en concreto sobre los artículos 1.1, 2.1, 3, 4, 5.2 y 3, 8.1, 16.1, 19.3, y 24.2, así como sobre la Disposición derogatoria.

QUINTO. - A la vista del anterior informe fue elaborado un nuevo borrador, sometido al Consejo Económico y Social, que en dictamen de 8 de abril de 2009 concluyó, en síntesis, lo siguiente:

1.- El CESRM comparte la conveniencia de que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia disponga de un organismo altamente especializado en el sector financiero, el Instituto de Crédito y Finanzas, por la complejidad de las relaciones financieras y el elevado nivel de recursos dinerarios que gestiona la Administración Regional. No obstante, la coincidencia con el INFO en cuanto a cometidos e instrumentos de actuación pudiera generar disfuncionalidades de gestión.

2.- A criterio del CESRM, los Estatutos constituyen la oportunidad de delimitar los ámbitos de actuación de cada Instituto, aunque otra opción sería que se realizara mediante una norma específica del Consejo de Gobierno. En cualquier caso, dada la enorme trascendencia de las funciones atribuidas al Instituto de Crédito y Finanzas, sería conveniente que se estableciese como una actuación debida del Consejo de Gobierno la elaboración de las directrices a las que se refiere el apartado 1.a) del artículo 10 de los Estatutos,

conforme a las cuales el Consejo de Administración ha de definir las líneas generales de actuación del Instituto.

3.- En relación con la composición del Consejo de Administración considera el CESRM, en primer lugar, que se debiera garantizar de forma expresa la presencia, entre los vocales designados en representación de la Administración General de la Comunidad Autónoma, de representantes de las consejerías que ejerzan las competencias de mayor relevancia económica y laboral (agricultura, empleo, industria y turismo), y de forma singularizada aquella consejería a la que esté adscrito el Instituto de Fomento de la Región de Murcia. En segundo lugar, en relación con el grupo de expertos de reconocida competencia, prestigio y experiencia en el área de economía y finanzas, considera el Consejo que a las cualidades señaladas debiera añadirse explícitamente la de independencia. Por otra parte, la propuesta para su nombramiento debiera realizarse de forma conjunta por las mismas consejerías representadas en el Consejo de Administración.

4.- En lo que concierne a la facultad de delegación de importantes funciones del Consejo de Administración en el Presidente o Director General previstas en el artículo 10.2, considera el CESRM que devalúa significativamente la capacidad ejecutiva de aquel órgano de gobierno y pudiera convertirlo en un órgano de control a posteriori de las actividades realizadas por el órgano delegado, especialmente si se tiene en cuenta que el mínimo anual de reuniones previsto para el Consejo de Administración es de sólo dos al año.

5.- A juicio del Consejo Económico y Social el régimen de incompatibilidades debería ampliarse respecto a los consejeros, administradores, directores generales, gerentes, asesores o asimilados y empleados de las entidades de crédito, no limitando la incompatibilidad a aquellos que estén en activo sino a quienes hayan prestado sus servicios en esta clase de entidades durante los últimos dos años. A su vez, sería apropiado que el régimen de incompatibilidad, cuya regulación debería incluir asimismo al Director General, debería establecerse para todos los supuestos de conflicto de intereses y no limitarse a los de carácter permanente.

SEXTO.- En informe de 24 de abril de 2009 y tras analizar el dictamen del CES, el Director General de Finanzas y Patrimonio dedica unas amplias consideraciones a razonar por qué, en su criterio, no existe duplicidad de funciones entre las atribuidas en el Proyecto al Instituto de Crédito y Finanzas y las correspondientes al Instituto de Fomento. Concluye aceptando que se introduzcan las modificaciones propuestas por el CES a los artículos 3,b), 6 y 21.

Elaborados los preceptivos extractos de secretaría e índice de documentos, la consulta fue formulada, teniendo entrada en el registro del Consejo Jurídico el 28 de abril de 2009.

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. Parece claro que ese es el caso del presente Proyecto porque, según se ha expuesto en anteriores ocasiones, la naturaleza de esta norma es de reglamento ejecutivo de su Ley de creación (Dictamen 7/2006), aquí la 11/2007, de 27 de diciembre, de Medidas tributarias en materia de Tributos cedidos y Tributos propios, año 2008 (en adelante, Ley 11/2007).

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento y la técnica normativa

I. Procedimiento. Respecto a las previsiones sobre instrucción de procedimientos para la elaboración de disposiciones de carácter general, recogidas en el artículo 53 de la Ley 6/2004, es preciso observar que no siempre los trámites se han despachado siguiendo fielmente lo preceptuado. Así, es de destacar lo siguiente:

A) El 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, dispone que el 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, los artículos 19 y 20 de los Estatutos son normas generales sobre Función Pública que han debido ser sometidas a dicho informe.

B) En el expediente no figura una memoria económica con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, como es exigible a tenor del apartado 3 del mencionado artículo 53 de la Ley 6/2004. Figura el PAIF previsto para 2009, pero tal documento ni es el señalado ni ilustra adecuadamente el requerimiento legal. Dicha memoria es especialmente exigible si se tiene en cuenta que este órgano es nuevo, por lo que le es aplicable lo previsto en el artículo 14.4 de la Ley 7/2004: *“la creación de todo órgano administrativo que suponga aumento del gasto público requerirá un estudio previo del coste de su funcionamiento y del rendimiento o utilidad de su servicio”*.

C) El artículo 41.2 de la Ley 7/2004 preceptúa que, sobre la propuesta de Estatutos, emitan informes las consejerías competentes sobre *“hacienda”* y sobre *“organización administrativa”*. La primera es la de Economía y Hacienda, y la segunda la de Presidencia y Administraciones Públicas (Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma 26/2008, de 25 de septiembre, de Reorganización de la Administración Regional). La de Economía y Hacienda da por cumplido el trámite con un informe emitido por la Directora General de Presupuestos que, lógicamente, trata nada más que sobre las cuestiones de su competencia, quedando sin informe, pues, las restantes áreas competenciales de la citada Consejería: control, tributos, patrimonio y economía, principalmente; la de Presidencia y Administraciones Públicas emite su informe a través de la Dirección General de Empleo Público, que trata sobre el cumplimiento de la normativa sobre personal, sin examinar los aspectos de organización administrativa.

D) En su informe, la Directora General de Presupuestos manifiesta que, en caso de que se estime que la puesta en marcha del Instituto va a generar nuevas obligaciones no contempladas en los Presupuestos o una disminución de los ingresos inicialmente previstos, debería elaborarse la memoria económica referida 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. Aunque a lo largo del expediente no se da respuesta a la interrogante, ha de presumirse que las nuevas obligaciones estarían contempladas en la Ley 8/2008, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009, cuyo artículo 1

aprueba los presupuestos del indicado Instituto, citados también expresamente en la Exposición de Motivos.

E) El artículo 3.1.e) de la Ley 7/2004 dice que la coordinación es un principio organizativo de la Administración pública regional. Ello, más allá de lo que indica el artículo 53 de la Ley 6/2004, hubiera debido llevar a que en la elaboración del Proyecto se solicitase informe de las restantes Consejerías, todas afectadas, de una u otra forma, por lo que en él se dispone. En particular hubiese sido deseable que se tuviera en cuenta lo que hubiera podido decir la Consejería de Universidades, Empresa e Innovación, dada la superposición de competencias entre ella y el Instituto de Crédito y Finanzas. La mencionada Consejería tiene su ámbito competencial acotado en el artículo 10 del Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma 26/2008, de 25 de septiembre, de Reorganización de la Administración Regional, el cual le asigna las competencias relativas a “apoyo empresarial” y le adscribe el ente público Instituto de Fomento de la Región de Murcia. Éste, regulado por la Ley 9/2006, de 23 de noviembre, está adscrito a la Consejería “*a la que estén atribuidas las competencias en materia de fomento del desarrollo económico y en especial de la industria en la Región de Murcia*” (art.1.2). Por su parte, el Instituto de Crédito y Finanzas, según la memoria justificativa elaborada por la Dirección General de Finanzas y Patrimonio, pretende “*consolidarse como un verdadero motor de la economía*” mediante el estímulo del “*desarrollo de empresas que actúan en aquellos sectores que se consideran estratégicos para la Región*”; para ello, la norma de creación prevé que pueda conceder “créditos, préstamos y avales a *empresas privadas regionales o con proyectos de inversión en la Región*” (Disposición adicional quinta de la Ley 11/2007, último párrafo del apartado 3, letra b).

El Instituto de Fomento, dentro del objetivo general y prioritario de “*promover el desarrollo económico regional*” y “*potenciar los sectores productivos claves de nuestra economía*” (Exposición de Motivos de la Ley 9/2006) tiene entre sus competencia “*estimular y apoyar nuevas iniciativas empresariales, especialmente de carácter innovador, con el fin de contribuir al fortalecimiento, productividad y diversificación del tejido empresarial*” (art. 2.2, h) Ley 9/2006).

A la vista de ello, son perfectamente visibles las concomitancias entre ambos entes, que coinciden en un campo material común, cual es el apoyo a las empresas con fines de desarrollo económico regional, actividad que es una submateria o fragmento que debe entenderse englobado en el título competencial principal de fomento del desarrollo económico, al que nada añade en sentido estricto (art. 10.Uno, 11 EA; Dictamen 123/2005). Ya que ambos entes son meros entes instrumentales adscritos a diferentes Consejerías, la superposición de competencias implica directamente a éstas, razón por la que parece imprescindible establecer un sistema de dirección unificada.

II. Técnica normativa. 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, se debe dejar advertencia -mediante llamadas concretas en el texto del reglamento- de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se da cuenta de los contenidos meramente reglamentarios y se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia (Dictamen 23/98). Aunque esa directriz se ha seguido en general, quedan algunos preceptos todavía por reseñar, como el artículo 1.2, que es reiteración de la adicional quinta 2 de la Ley 11/2007. Debe repararse el texto, pues, para procurar su depuración.

TERCERA.- Sobre la habilitación normativa.

I. Habilitación formal y temporal.

El Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia fue creado por la Disposición adicional quinta de la Ley 11/2007, modificada a su vez por la Adicional segunda de la Ley 7/2008, de 26 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas en materia de Tributos cedidos, Tributos propios y Tasas regionales. La primera concedió al Consejo de Gobierno un plazo de 12 meses desde su entrada en vigor para la aprobación de los Estatutos, plazo prorrogado por igual número de meses por la Disposición adicional sexta de la Ley citada en segundo lugar.

II. Habilitación competencial.

A efectos de contextualizar adecuadamente el Proyecto es preciso situarlo en sus fundamentos competenciales. La Comunidad Autónoma tiene competencia para estructurar su propia Administración (art. 51 EA) y se pone aquí en juego, además, la referida a la *“planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional, así como la creación y gestión de un sector público regional propio de la Comunidad Autónoma”* (art. 10.Uno, 11).

El artículo 48 EA, por su parte, dispone lo siguiente en el primer apartado:

“La Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación del Estado, impulsará el establecimiento y desarrollo de instituciones públicas de crédito y ahorro territoriales, adoptando las medidas que considere necesarias para garantizar su funcionamiento y posibilitar la captación y asignación del ahorro regional.

De igual manera, y dentro de sus competencias, procurará que la organización y la distribución de la inversión que tales entidades realicen, se adapten a los principios de proporcionalidad y solidaridad comarcales”.

El contenido del precepto apoya la competencia autonómica para asumir la regulación proyectada. Nos remite al campo normativo del sistema financiero, es decir, el conjunto de entidades y operaciones que tienen por objeto suministrar dinero u otros medios de pago para financiar, a través de la inversión y del crédito, las actividades propias de los distintos agentes económicos. Dentro de él son entidades protagonistas de tales actividades, además de los denominados intermediarios financieros básicos (Banco de España y bancos), las instituciones financieras no bancarias, entre las que cabe incluir a las instituciones públicas de crédito referidas en el precepto, tanto por ese carácter de institución de crédito como por el de empresa pública. En ese mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1.298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, incluye al Instituto de Crédito Oficial entre las entidades financieras (art.1.2,a).

Así pues, entendido el Instituto como entidad financiera, la Comunidad Autónoma está facultada para su *“establecimiento y desarrollo”* *“de acuerdo con la legislación del Estado”* lo que, realmente, equivale a inscribir la competencia autonómica *“en el marco de la ordenación de la economía y de acuerdo con las disposiciones que en uso de sus facultades dicte el Estado”*, como reza el artículo 10.1.32 EA.

El ejercicio de esta competencia, por otra parte, ha de procurar que la distribución de la inversión se realice según los principios de “*proporcionalidad y solidaridad comarcales*”, concretando en este aspecto la invocación genérica del artículo 9.2, f) EA, previsión que se ha recogido adecuadamente en el artículo 7 del Proyecto.

Tales títulos competenciales debieran ser explicados en la Exposición de Motivos.

III. Habilitación material.

Además de por las disposiciones citadas, el marco normativo del Proyecto sometido a Dictamen se completa con el artículo 41 de la Ley 7/2004, según el cual los Estatutos de las entidades públicas empresariales regularán, como mínimo, las siguientes materias:

- a) La estructura organizativa, y las funciones y competencias del organismo.
- b) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que haya de financiar el organismo.
- c) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.
- d) El régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y contabilidad.

Interpretando los artículos 11.6 y 40.1, c de la Ley 7/2004, ya ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones que será misión de los estatutos el desarrollo reglamentario de las prescripciones organizativas esenciales contenidas en la Ley de creación del organismo, 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 (Dictámenes 128/2005 y 7/2006, entre otros).

El Proyecto cumple con tales determinaciones, apreciándose en su conjunto un desarrollo normativo respetuoso con los límites citados, no obstante lo cual merecen observación particular los artículos 19 y 23. El primero excepciona de la convocatoria pública la selección de personal del Instituto cuando la incorporación sea de personal permanente de las Administraciones Públicas. Como han indicado tanto el informe del Servicio Jurídico de la Consejería como el de la Dirección de los Servicios Jurídicos, el artículo 47.3 de la Ley 7/2004 requiere que tal previsión se realice por la Ley de creación del ente.

El artículo 23, en su apartado 2, dispone que, respecto a sus bienes patrimoniales propios, el Instituto “*tendrá la libre disposición de los mismos, pudiendo explotar, adquirir y enajenar, a título oneroso o gratuito, permutar, poseer, pignorar, ceder e imponer gravámenes, arrendar bienes y derechos de cualquier clase de conformidad con las normas de Derecho Privado*”. Sobre una previsión normativa casi idéntica a ésta, pero recogida en un anteproyecto de Ley, expresó el Consejo jurídico que se trata de una regla inusual, no prevista para la mayor parte de los organismos públicos y opuesta a la declaración de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad del artículo 9.1 de la Ley 3/1992, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma, que no admite la ilimitada capacidad de disposición de un ente instrumental, conclusión que refuerza el artículo 30.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) con carácter de norma aplicable a todas las Administraciones públicas a virtud del artículo 149.18ª CE (Disposición final segunda, 2). De una manera explícita la Ley 3/1992, en cuanto ley general, concibe el patrimonio autonómico con sentido de unidad, de tal forma que los bienes de los organismos públicos forman parte del mismo (art. 2), proclamando pues unas pretensiones de centralización y coordinación opuestas al fraccionamiento del patrimonio regional que se

derivaría de la absoluta disponibilidad del patrimonio separado de los diversos organismos (Dictamen 123/2005).

Ahora bien, la unidad conceptual y de régimen jurídico no impide que, como en todo sistema, estén presentes excepciones más o menos acertadas a los planteamientos del mismo, lugar en el que encuentra razón de ser la remisión a la peculiaridad de los diversos organismos que recoge la Ley 3/1992, en su artículo 3.2, y a la que se refiere también el 40.2, d) de la Ley 7/2004, excepción que, inicialmente, va dirigida a que las normativas particulares contemplen detalles privativos de cada organismo directamente relacionados con el cumplimiento de su función, connaturales a la misma (así ocurre, por ejemplo, con las facultades especiales de disposición a favor de la Entidad de Saneamiento y Depuración, recogidas en el artículo 19.4 y 5 de la Ley 3/2000); sin embargo, resulta imprescindible, conforme a los preceptos citados: a) que esa excepción sea realizada por una Ley formal; b) que se justifique su necesidad en relación con los fines y funciones del ente; y c) que se establezcan especiales controles. Por ello, no cabe establecerla “*ex novo*” con rango reglamentario.

CUARTA.- Observaciones al articulado.

A) Proyecto de Decreto.

— Disposición adicional. Su redacción resulta innecesariamente confusa. Basta con decir que las referencias que la normativa vigente realiza a la Dirección General de Patrimonio y Finanzas, se entenderán realizadas al Instituto de Crédito y Finanzas en las competencias que a éste asigna la Disposición adicional quinta de la Ley 11/2007.

— Disposición transitoria. La referencia que hace a todas las unidades administrativas de la Dirección General de Patrimonio y Finanzas es innecesaria. Basta con limitarla a las unidades afectadas por lo establecido en la Disposición adicional quinta de la Ley 11/2007 y en este Decreto.

B) Proyecto de estatutos.

— Artículos 7 y 10. Como quedó indicado, el Instituto reúne los caracteres de una institución financiera. Ello ha de reflejarse en la regulación de la concesión de créditos, parte importante de su actividad, indicando expresamente que se realizará con criterios bancarios, único modo de preservar la estabilidad de la institución.

Esta misma función de concesión de créditos se somete “*a las directrices del Consejo de Gobierno*”, resultando contradictorio que en el artículo 10.1,a), más general, se condicione el sometimiento a tales directrices del Consejo de Gobierno mediante la expresión “en su caso”, que parece necesario eliminar.

— Artículo 8. El concepto de órgano no debe confundirse con el de cargo, pues éste es el centro de imputación de aquél, como se advierte en el dualismo Presidencia (órgano) – Presidente (cargo). El órgano comprende o puede comprender un conjunto de unidades orgánicas (que a su vez pueden o no tener carácter orgánico), lo que nunca ocurre con el cargo que, en cuanto concepto organizativo, es indivisible (Dictamen 95/2004). Por ello no es exacto afirmar, como hace el apartado 1, que es órgano del Instituto el Director, mención que habría de sustituirse por la del verdadero órgano: la Dirección.

— Artículo 18. La atribución de la letra i) debe excepcionar, necesariamente, a las competencias que se ejerzan por delegación (art. 13.5 LPAC); la de la letra j) parece inne-

cesaria, además de ser confusa y, en todo caso, el carácter instrumental del Instituto hace que su posición institucional no le habilite para relacionarse con el Consejo de Gobierno, atribución que corresponde al titular de la Consejería de adscripción.

— Artículo 21. La ubicación del precepto es impropia, correspondiéndole estar, más bien, en el Capítulo III, Sección primera. Al margen de ello, el inciso final debe ser eliminado, ya que entre la entidad supervisora y las supervisadas siempre existe conflicto de intereses.

— Artículo 23. Dice el artículo 23.1 que el Instituto tendrá, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, formado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que sean de su titularidad, sin perjuicio del patrimonio adscrito, para su administración, proveniente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Se exceptiona el principio de unidad del patrimonio de la Comunidad Autónoma establecido por el artículo 1.2 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma, según el cual forman parte del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Murcia los bienes y derechos de las entidades de derecho público dependientes de la misma, sin perjuicio de las especialidades contenidas en esa Ley y en sus leyes de creación. No obstante, esta excepción se apoya en la Disposición adicional 5ª de la Ley 11/2007 (apartado 1) y, como ha expuesto este Consejo Jurídico en otras ocasiones, adecuadamente entendida no contradice el artículo 41 EA. En efecto, el carácter único del patrimonio de la Comunidad Autónoma no impide que puedan existir masas patrimoniales diferenciadas o patrimonios separados, sometidos a una gestión especial debido a razones instrumentales, en los que, si bien puede hablarse formalmente de una titularidad del organismo sobre él, tal titularidad sólo puede tener un sentido fiduciario y no puede esconder el hecho primario de que dicho patrimonio, al igual que el organismo titular, no son más que medios dispuestos y financiados por la Comunidad Autónoma para el cumplimiento de sus fines estatutarios. Sólo en ese sentido puede entenderse la referencia del artículo 23.1 del Proyecto a la existencia de patrimonio propio, precepto que quedaría más claro y mejorado si comenzase diciendo “*Dentro del patrimonio general de la Comunidad Autónoma...*”. Éste parece ser el espíritu que late en la Ley 7/2004 cuando, por una parte, reconoce la existencia de tales patrimonios propios de los organismos públicos (art. 38.1), pero, por otra, remite su régimen jurídico patrimonial al de la Administración regional (arts. 45 y 48). Y precisamente esa concepción unitaria del patrimonio, pese a la diversidad de órganos gestores, debe conducir a que se incorpore al apartado 4 del artículo 23 la obligación del Instituto de remitir anualmente a la Consejería de Hacienda el inventario de sus bienes y derechos.

— La redacción de algunos artículos precisa ser revisada para eliminar pequeñas incorrecciones: así, en el 2.2, línea 6ª, falta “en” después de “y”; en el 8.2, segunda línea, falta “de” después de “y”; en el 12, se reitera innecesariamente “Consejo de Administración”; en el 18,e), segunda línea, sobra “podrá”; en el f) falta “ejercer” después de “así como”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Proyecto sometido a consulta puede elevarse a la consideración del Consejo de Gobierno una vez subsanadas las imperfecciones que señalan las siguientes y esenciales observaciones:

— Sobre el procedimiento, las recogidas en la Consideración Segunda, I, letras A), B) y C).

— Sobre el Proyecto de Estatutos, las referentes a los artículos 19 y 23.2 (Consideración Tercera, III) y las realizadas a los artículos 7, 8, 10, 18, 21 y 23.1 en la Consideración Cuarta.

SEGUNDA.- Las restantes observaciones contribuyen a la mejora técnica del Proyecto y a su adecuada inserción en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 92/09.- Modificación del contrato de “Concesión para la redacción de Proyecto de obras y construcción de un parque recreativo resultante de la unión del Jardín del Desierto y Parque Norte, y posterior gestión del servicio”, adjudicado a la U.T.E. “-”.

Consultante: Ayuntamiento de Murcia

Fecha: 18/05/09

Extracto de Doctrina

1. No pueden extrapolarse afirmaciones generales sobre el interés público a cada supuesto concreto de modificación, dado que se correría el riesgo de desnaturalizar la institución descajándola de sus límites legales, debiendo observarse tales afirmaciones en conexión con los avatares del concreto contrato que se pretende modificar (en tal sentido, ver la Consideración Sexta del Dictamen 17/2007 de este Consejo Jurídico, en relación con los antecedentes allí recogidos).

2. Es doctrina ampliamente seguida por este Consejo Jurídico (Dictamen 70/2007) y por los distintos Consejos Consultivos que las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban imprevisibles para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional (...)

3. Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre supuestos análogos al presente (así, Dictámenes 50/1998, 44/2000, 164/2002 y 190/2006), las obras efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el facultativo representante de la Administración y posteriormente recibidas de conformidad, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla.

4. La Corporación concedente ostenta la potestad de modificar la forma de retribuir al concesionario (art. 127.1 RSCL), disponiendo que su equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de la concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial (art. 126.2 RSCL).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Murcia, de 30 de abril de 2003, se adjudica a la UTE “--, S.A. --, S.L.”, contrato cuyo objeto es la “concesión para la redacción del proyecto de obras y construcción de un parque recreativo resultante de la unión del Jardín del Desierto y Parque Norte, y posterior gestión del servicio”.

El Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas que rige el indicado contrato establece, entre otras, las siguientes:

— El parque se realizará en la parcela municipal sita junto a la Autovía A-7, en la que actualmente existen dos instalaciones denominadas “Parque Norte de Espinardo” y “Jardín del Desierto”, con una superficie total de 126.500 m².

— El plazo de duración de la concesión será de treinta y cinco años, a contar de la fecha del acta de conformidad de las obras definidas en el proyecto y consiguiente puesta en servicio del mismo, que será formalizada entre el concesionario y la Administración municipal, a través del Servicio de Parques y Jardines.

— El contrato se califica expresamente como de concesión de obra pública, comprensivo de la ejecución de la obra del parque y la posterior gestión del servicio, rigiéndose por los artículos 130 a 134 y 159 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

— Las tarifas a percibir del público por el concesionario en concepto de retribución, serán propuestas por los concursantes en su oferta. Dichos precios públicos podrán ser revisados anualmente por la Corporación conforme a las variaciones del IPC.

— Si el licitador, a la vista del estudio económico-financiero que presente, estima que los previsibles ingresos no son suficientes para equilibrar el coste de la inversión más el de funcionamiento de la instalación, deberá presentar en su oferta propuesta de cifra anual de subvención que abonará el Ayuntamiento y cuya finalidad es la de mantener el equilibrio financiero de la concesión. En su caso, anualmente, hasta la extinción de la concesión, a la vista de las cuentas anuales auditadas del adjudicatario y del acuerdo municipal de revisión de precios públicos, se recalculará el importe de la subvención solicitada con el objetivo de mantener el equilibrio financiero de la concesión, previos los informes del Servicio de Parques y Jardines.

— La concesión está sujeta al abono de un canon anual por parte del adjudicatario. Dicho canon, hasta tanto se establezca el equilibrio económico de la concesión, será de 0 euros. En el supuesto de no ser necesaria la subvención o cuando ya no lo fuere por la revisión de los precios públicos, el canon anual a satisfacer por el concesionario será el equivalente al 4% de los ingresos brutos, al alza.

— El contrato se hace a riesgo y ventura del contratista, que no podrá solicitar alteración de precio o indemnización, excepto por alguna de las causas señaladas en la legislación vigente.

— El plazo máximo para la ejecución del proyecto de obras con destino a la construcción del Parque se fija en dos años.

SEGUNDO.- En el Acuerdo plenario de adjudicación, y con base en la oferta de la UTE adjudicataria, se precisan el cuadro de tarifas, el canon a abonar por la concesionaria al Ayuntamiento cuando se alcance el equilibrio económico de la concesión (6% sobre los ingresos brutos) y la subvención anual media —valor medio estimado durante toda la vida de la concesión— solicitada al Ayuntamiento (343.279,91 euros). El importe total de las subvenciones a otorgar durante toda la vida de la concesión asciende a 12.014.797 euros. Dichas cantidades son provisionales, dada la previsión de recalcularlas anualmente, a la vista de las cuentas anuales auditadas y de los acuerdos de revisión de precios públicos.

Asimismo, se fija en 11.600.000 euros la inversión inicial necesaria para la construcción y puesta en funcionamiento del parque, con una previsión de reinversiones periódicas cuatrienales —siendo la primera en 2008 y la última en 2032—, de 1.045.760 euros, para una inversión total de 18.920.320 euros.

TERCERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2003, el Pleno aprueba el proyecto de obras presentado por la concesionaria. En el referido Acuerdo se indica de forma expresa que *“las obras se ajustarán al proyecto aprobado por la Administración, debiendo ser sometida previamente a la aprobación municipal cualquier modificación que se presente como necesaria durante su construcción. La Inspección de las obras quedará a cargo del Ingeniero Jefe del Servicio de Parques y Jardines, debiendo ajustarse las mismas al Pliego de Condiciones base de la contratación y oferta presentada por la empresa”*.

CUARTO.- La Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 29 de septiembre de 2004, aprueba el texto del convenio para la fijación del canon concesional y de la subvención municipal. Respecto de esta última, se indica que *“se calculará de la misma forma que se siguió para elaborar las proyecciones de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias presentada en su momento para optar al Concurso de la Concesión”*, careciendo el expediente remitido al Consejo Jurídico de los indicados parámetros de cálculo. El convenio se suscribe el 4 de octubre.

Se adjunta al convenio un Anexo con estudio económico financiero, compuesto por Plan de Amortización (2005-2038), evolución de la deuda bancaria e intereses (2005-2019) y Cuenta de Pérdidas y Ganancias (2005-2038).

El 12 de enero de 2005 se incorpora una addenda al convenio, para establecer las obligaciones del concesionario que han de ser atendidas preferentemente con las cantidades obtenidas en concepto de subvención.

QUINTO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 25 de enero de 2006, se aprueba *“formalizar el ámbito de los terrenos municipales incluidos”* en la concesión, totalizando una superficie de 162.859 m², frente a los 126.500 m² del Pliego de Condiciones.

El 4 de octubre de 2006 se amplían los indicados terrenos mediante la inclusión, a petición de la concesionaria, de una parcela municipal de nueva adquisición de 11.800 m², recibida de la Comunidad Autónoma. Según el contratista, en esa superficie se pretende

ubicar parte del vial perimetral y zona de servicios (almacén, mantenimiento, clínica veterinaria, etc.).

SEXTO.- El 26 de abril de 2007 se extiende acta de conformidad parcial de las obras, en la que únicamente se indica que “*se procede a la inspección de las obras del Parque Zoológico previstas en proyecto y encontrándolas en buen estado y adaptándose en lo sustancial al proyecto presentado, se da su conformidad*”. No consta a qué parte de las obras se refiere dicha conformidad “parcial” y qué parte quedaba al margen de la misma.

Según consta en el expediente, por referencias en otros informes, al día siguiente se inaugura el Parque, siendo abierto al público el 14 de mayo.

SÉPTIMO.- El 4 de junio de 2007 el concesionario solicita una actualización de las tarifas a percibir del público acordes a valores actualizados del año 2007, con la finalidad de restablecer el equilibrio económico-financiero de la concesión. Dichas tarifas, tanto del parque zoológico como del acuático, sufren unos incrementos que varían desde un 50% a un 75% para el primero y entre un 6,5% y un 12,5% para el segundo.

La solicitud se fundamenta en los siguientes razonamientos:

“II.- Que el proyecto inicialmente presentado para la ejecución de las obras objeto de la concesión, fue objeto de una modificación que a fecha 31-05-07 comporta una desviación de la inversión inicialmente prevista de 11.600.000,00 € a una nueva inversión de 22.216.126,00 €, sufriendo por tanto un incremento de 10.616.126,00 € la inversión final a ejecutar.

III.- Que un análisis detallado de la desviación producida en la inversión nos revela que la misma se ha debido principalmente a la ampliación de superficie de la concesión, y por ello una parte de la desviación procede del incremento y mejora de las propias instalaciones del Parque y otra se debe fundamentalmente al incremento experimentado por los costes unitarios de ejecución de los presupuestados inicialmente en el año 2.003 y los realmente producidos en los años 2.006 y 2.007.

(...)

V.- Que la cifra de reinversión a practicar en los años 2.010, 2.014, 2.018, 2.022, 2.026, 2.030 y 2.034 será de 1.045.760 € por año, ascendiendo a un montante total de 7.320.320,00 €. Estas cifras no han sufrido variación alguna respecto al contrato firmado.

VI.- Que atendiendo a la cifra global de inversión prevista para el ejercicio 2.008 que sería de 22.216.126,00 € y el importe de las reinversiones previstas hasta el año 2.034 que ascenderían a la cantidad de 7.320.320,00 €, podemos establecer una cifra de inversión total de 29.536.446,00 €.

VII.- Que como consecuencia de la desviación sufrida en el capítulo de inversiones, (...) se ha producido una ruptura del equilibrio económico-financiero que debe presidir toda concesión tal y como se recoge en el artículo 248 apartado primero de la Ley 13/2003, de 23 de Mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras públicas”.

OCTAVO.- La solicitud es informada favorablemente por el Jefe del Servicio de Parques y Jardines, quien considera lógica la subida propuesta por el concesionario, “*con los datos aportados por la propia empresa y a falta de su auditoría externa, ya que es cierto que la superficie de la concesión fue ampliada y con ello aumentaron las instalaciones y se ha duplicado la inversión inicial, pasando de 11.600.000 euros a 22.216.126 euros. Por*

otro lado, aunque el proyecto fue aprobado en 2003, las dificultades técnicas (líneas de alta y media tensión) produjeron un retraso en las obras, lo que originó que los precios del proyecto quedasen desfasados por el tiempo transcurrido entre redacción y ejecución”.

Sometida la solicitud a informe de la Dirección Económica y Presupuestaria, este órgano pone de manifiesto la gran diferencia existente entre las cifras de inversión consignadas en la oferta inicial y que sirvió de base para la adjudicación de la concesión, y las que recoge la empresa en su proyección económico-financiera, “*no constando en el expediente (...) documentación aceptada por esta Administración distinta al citado acuerdo de adjudicación*”. Considera dicho órgano municipal que ello afecta a la solicitud de aprobación de nuevas tarifas propuesta por la empresa, por lo que no informa la solicitud hasta que no le sea comunicada dicha documentación.

NOVENO.- En noviembre de 2007, el concesionario presenta unas nuevas “proyecciones financieras” en las que insiste en que “*el proyecto inicialmente calculado para la ejecución de la concesión ha sufrido una importante modificación respecto a la inversión realmente ejecutada*”, con una fuerte desviación en la inversión, debida principalmente a la ampliación de superficie de la concesión, con el consiguiente incremento de las instalaciones del parque. Se cifra la desviación de la inversión inicial (para construcción y puesta en marcha del Parque) en 13.148.800,85 euros, pues, frente a la inversión inicialmente proyectada de 11.600.000 euros, se habría efectuado una inversión real de 24.748.800,85 euros.

Como consecuencia del incremento de la inversión, las dotaciones para amortizaciones reales difieren en más de un 60% respecto de las inicialmente proyectadas.

Otra de las causas que inciden en la nueva proyección económica del Proyecto es la diferencia entre la afluencia de visitantes prevista y la real, que se cifra entre 22.000 y 27.350 personas menos cada año.

La conclusión que alcanza el concesionario es la siguiente:

“Este estudio económico-financiero de la situación actual y las comparaciones con el proyecto inicial del parque recreativo Terra Natura Murcia plantea la necesidad de ajustar el importe a aportar por el Ayuntamiento de Murcia en concepto de subvención anual, para reestablecer el equilibrio económico de la concesión, después de duplicar la inversión y por tanto aumentar el producto ofertado.

La subvención municipal queda de la siguiente manera:

— *La subvención anual media pasa de 343.300,00 euros a 1.732.385,00 euros con tarifas actuales y a 1.245.503,00 euros con tarifas propuestas.*

— *La subvención máxima se sitúa en el 2.008, primer año completo de explotación, con 3.661.827,00 euros, frente a 1.189.000,00 euros de las proyecciones de 2.003, según tarifas actuales.*

Si se aplican las tarifas propuestas, el importe de subvención máxima pasaría a ser de 2.538.112,00 para el año 2007 y 3.105.696,00 euros para el 2008”.

DÉCIMO.- Con base en tales previsiones económicas, el contratista formula, con fecha 21 de diciembre de 2007, nueva solicitud de actualización de tarifas, que acompaña de una memoria justificativa en la que explica las modificaciones habidas sobre el proyecto original y sus causas. Como motivos “técnicos” explicita los siguientes:

“El primer motivo y principal que supone la modificación del proyecto es el requerimiento por parte de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de que la zona acuática (Aqua Natura), debido básicamente a que la Región de Murcia no tiene desarrollada la Ley sobre Parques Acuáticos y se ha aplicado la Normativa de Piscinas Públicas, aunque con matices negociados, cumpla los siguientes requisitos:

- 1. Toda la superficie destinada al baño deberá estar pavimentada. Por lo que en caso de existir parterres estos no deberían quedar en tierra y serian de las menores dimensiones posibles.*
- 2. Limitación de aforo a la superficie pavimentada del total de la zona acuática.*
- 3. Capacidad y tiempos de recirculación y filtrado de caudales de piscinas a la Normativa de Piscinas Públicas ya que la Región de Murcia no tiene legislación sobre Parques Acuáticos.*
- 4. Pendiente máxima de las zonas de baño y sus proximidades del 2% excepto en rampas de minusválidos.*
- 5. Edificio de vestuarios y aseos accesible sólo desde la zona acuática.*
- 6. Acceso restringido a zonas de almacenamiento de productos químicos y equipos de piscinas.*
- 7. Limitación de acceso a zonas de servicio de comidas en el interior de la zona de baño.*

La obligación de cumplir estos requisitos se traduce en:

— Nueva ordenación en lo relativo a planimetría y altimetría proyectada, con la creación de tres plataformas mediante muros de hormigón armado entre 5 y 7 metros de altura, que no existían en el proyecto original.

— Reubicación de las distintas atracciones acuáticas, en especial concentración de las atracciones: Río aventura, Kamikazes, Black Hole y Pistas blandas con el fin de concentrar en su proyección horizontal una zona ajardinada que se encuentre fuera de la zona de baño y evitar con ello el hormigonado de un talud con mas de 35° de inclinación que resultaría antiestético.

— Creación de un edificio de acceso que sirviera al mismo tiempo como oficinas, vestuarios y botiquín con centro médico accesible desde la zona acuática, vial perimetral y zoológico, sirviendo además de nexo de unión y acceso común a los dos zonas del parque; acuático y zoológico.

— Creación de un edificio de restauración y servicios dentro del acuático con limitación de acceso desde la zona acuática.

— Construcción de dos locales técnicos soterrados, bajo la superficie pavimentada del parque acuático, de mayores dimensiones a los proyectados capaces de albergar la maquinaria; bombas y depósitos de compensación; necesaria para las necesidades de tiempos de recirculación y filtrado del agua de baño y con las correspondientes galerías de comunicación entre ellas y las piscinas.

— Cambio en una de las atracciones acuáticas, multipistas por pistas blandas para conseguir una mayor atracción de marketing.

— *Redistribución y ampliación de la zona de picnic en acuático teniendo en cuenta la orografía del terreno en relación a la nueva ordenación.*

— *Creación de una zona de esparcimiento con vegetación y sombrajes que recrea las playas de Zanzíbar.*

— *Inclusión de vallado de seguridad para la protección de caídas a distinto nivel originada por la construcción de plataformas horizontales, así como otro de seguridad entre ambos parques.*

— *La nueva distribución realizada en la zona acuática nos obliga también a reordenar una gran parte del recinto destinado a zoo.*

En particular en los siguientes aspectos:

— *Adaptación de camino y zona de entrada común a acuático y zoológico añadiendo una pasarela en edificio de entrada y plaza de tornos y alquileres.*

— *Creación de nuevo camino de servicio entre el vial perimetral, de este a oeste, dividiendo acuático y zoo, y que sirve de acceso de emergencia a plataforma superior de zona acuática y torres de toboganes e instalaciones del zoo como sabana y Restaurante de Leones.*

— *Ampliación de la superficie de zoológico, traducida en el aumento de especies con respecto al proyecto original. En este apartado reseñar la creación de diversas zonas nuevas como:*

1. Estación de Tsavo (Cobijo y Pradera de Leones, Restaurante, Pergolado impermeable para zona de esparcimiento, Juego de Niños y la recreación en el entorno de la película Demonios en la Noche).

2. Mirador de Tsavo en tres alturas adaptadas a las necesidades de cada especie: Hipopótamos, Licaones y Jirafas, estando todas ellas tematizadas recreando la reserva natural Masai Mara de Kenia.

3. Mirador de sabana africana mediante pasarela de madera de unión con Fauna Ibérica de 120 metros de longitud y 12,50 metros de altura media imitando un puente de ferrocarril.

— *Cambio de ubicación de praderas de machos monteses y osos, con el fin ampliar la pradera de estos últimos y mejorar la visión de ambas praderas con una pasarela de 185 metros de longitud, que permite conseguir una zona de contacto en monteses y visión aérea en osos además de recomponer la gruta que estaba proyectada.*

— *Adaptación de las zonas de Arruis, Herbívoros y Lobos de tal forma que en las dos primeras se consiga la zoonmersión y la inclusión de más animales (especies y cantidades) en cobijos y praderas.*

— *Se añade además una pradera y mirador de corzos así como una zona de descanso, aseos y mesas para picnic en Corzos y Lobos con dos grandes pérgolas impermeables de sombraje.*

— *Ajuste de la pradera de nutrias al terreno existente con la creación de dos praderas independientes y tematizadas que permitan la cría de nutrias, así como la visión aérea, la visión a nivel de pradera y la visión subacuática por parte del visitante.*

— Ampliación de la zona de aviario así como cambio del tipo de estructura y cerramiento mediante red textil, para permitir albergar en el mismo un mayor número de especies y ser accesible para emergencias y mantenimiento desde los caminos de servicio.

— Acomodo de zona de albufera a la topografía existente de tal forma que sirva la laguna como tanque de regulación de aguas superficiales internas del zoo. Además se construye una pasarela elevada sobre la misma, juegos de niños con pérgola de sombra y barraca valenciana, los cuales no estaban proyectados.

El segundo gran motivo que supone un modificado en este proyecto constructivo es la gran diferencia existente entre los límites iniciales de la superficie de concesión y los definitivos.

La superficie de concesión inicial es de 126.500 m² y la de concesión final 174.659 m². Y aunque la diferencia existente entre ambas es significativa (> 27,6 %), ha influido aún más la planimetría de los límites ya que todo el vial perimetral sur ha tenido que ser modificado y realizar un gran desmonte (5,795 m³ en roca y 4203 m³ en tránsito) y terraplén (1.980 m³) en la zona de terrazas de cultivo existente para adaptarnos a la misma.

Además se tuvo que realizar una permuta de terreno con el Colegio La Milagrosa de 350 m² para poder adaptar en alzado a una pendiente máxima del 12% el vial perimetral y que de esta forma fuera transitable por vehículos de emergencia y mantenimiento sin olvidar la accesibilidad en las mismas condiciones a las zonas de servicios de clínica y depósitos.

Esta permuta se realizó a cambio de acondicionar el terreno permutado al Colegio como pista deportiva y reconstruyendo el vallado perimetral del mismo.

El tercer gran motivo lo tendríamos en los cambios necesarios realizados en las redes e instalaciones del Parque, debido a las modificaciones en:

— Trazado de caminos.

— Puntos de entronque: tres distintos para el saneamiento, agua potable en la zona sur a 440 metros del límite más próximo del parque y en el punto contrario al proyectado.

— Cambio de diámetro en las tuberías de saneamiento y agua potable que dieran servicio a la nueva ordenación y necesidades.

— Doble mallado de la red de agua potable que no impida en caso de rotura el corte del suministro.

— Depósito de riego existente en el parque insuficiente para la jardinería proyectada siendo necesaria la construcción de dos de 125 m³ con equipo de elevación y bombeo al sistema incluido.

— Desvío de dos tramos de tubería de la Red Urbana de Riego existentes en la parcela, mejorando además la sección existente de PE110 a PE160 mm.

— Red de puesta a tierra de todos los edificios y elementos de la inversión, incluyendo las piscinas y demás elementos de contacto con el público y el agua.

Otros motivos con significativa importancia presupuestaria, no contemplados en el proyecto original y necesario para la adecuada gestión y explotación de la instalación han sido, entre otros:

— Ampliación a cuatro carriles del vial de acceso y a tres el ramal de acceso al Parque que permita un tráfico fluido en la entrada y salida de las instalaciones así como en la confluencia de los alrededores.

— Instalación de red de datos mediante fibra óptica en todas las instalaciones de servicios que permiten configurar la intranet de las instalaciones.

— Inclusión en el recorrido de todo el zoo de sombras de madera y brezo así como vallado de madera con red de seguridad, que dote a los caminos de la seguridad necesaria respecto a caídas a distinto nivel, claridad en el recorrido y confortabilidad.

— Ampliación de la zona de oficinas de administración y servicios para dar cabida y cobertura a un número superior de empleados de los inicialmente previstos dada la realidad del proyecto.

— Creación de un edificio de Alquileres, Atención al Cliente y Servicios varios en una plaza de acceso común a las dos zonas del parque, acuático y zoo.

— Diseño y construcción de un restaurante Autoservicio en la zona de Leones dotado de los servicios necesarios de cocina, almacén, cámaras frigoríficas y congeladoras, etc., y cafetería en comedor, con una línea de servicio y con capacidad para 250 personas/hora.

— Diseño y construcción de un restaurante Autoservicio en la zona acuática dotado de los servicios necesarios de cocina, cámaras frigoríficas y congeladoras, almacén, etc., con dos líneas de servicio y con capacidad para 500 personas/hora.

— Diseño de un recorrido de público por medio de pasarelas de madera voladas para dar mayor recreación al parque y vistosidad al recinto.

— Realización de diferentes zonas de restauración y descanso a lo largo del recorrido del zoo mediante kioscos de madera, zonas de sombra, etc.

— Adecuación de zonas de aseos públicos adecuados al aforo en diferentes zonas del recorrido y cumpliendo la normativa sanitaria de dotaciones, así como la de minusválidos”.

Asimismo, se afirma en la indicada memoria que también inciden en la modificación los motivos derivados del diseño, ejecución y puesta en marcha de las instalaciones, efectuando a continuación una prolija enumeración de los gastos que conlleva dicha puesta en funcionamiento del parque.

La explicación cualitativa de las modificaciones se acompaña con un presupuesto comparativo del proyecto inicial y el finalmente realizado.

UNDÉCIMO.- Por el Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros se requiere al de Parques y Jardines para que informe las solicitudes presentadas, especificando las “actuaciones realizadas, su justificación, inversiones llevadas a cabo, valoraciones concretas y demás cuestiones procedentes”. El informe se emite el 20 de mayo de 2008.

En él se indica que la contratista presentó en abril de 2008 un proyecto de lo realizado en el que existían partidas alzadas con importes elevados, por lo que, a la vista de la petición de informe efectuada por el Servicio de Contratación, se solicita de la empresa un informe comparativo de los dos proyectos, que explicara detalladamente las ampliaciones y modificaciones que han dado lugar a la desviación de 13.148.800,85 euros. Según el Servicio de Parques y Jardines, dicho informe comparativo le fue presentado el 16 de mayo de 2008.

Ni el proyecto de abril ni el informe comparativo de mayo de 2008 se han incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico. No obstante, de las consideraciones que acerca del último de ellos efectúa el Jefe del Servicio de Parques y Jardines, su contenido debe de ser muy similar a la memoria justificativa y presupuestos que acompañan a la solicitud de actualización de tarifas de 21 de diciembre de 2007.

En cualquier caso, el Jefe de Servicio de Parques y Jardines, tras excluir o minorar diversas partidas cuyo importe no considera suficientemente justificado, cuantifica el importe final del Parque en la cantidad de 21.724.819,72 euros.

DUODÉCIMO.- Comunicado el anterior informe al concesionario, concediéndole diez días de plazo para presentar alegaciones al mismo, así como estudio de Viabilidad Económico-Financiera con los pertinentes ajustes económicos, el 28 de mayo de 2008 contesta aquél para poner de manifiesto la existencia de un error aritmético en la valoración final efectuada por el Jefe del Servicio de Parques y Jardines, debiendo quedar la cifra final de inversión en 21.736.343,22 euros.

Presenta asimismo el requerido estudio económico-financiero, del que destacan los siguientes extremos:

— Una vez realizados los correspondientes ajustes económicos, la cifra de inversión total (inversión inicial más inversiones cuatrienales) asciende a 29.056.663,22 euros.

— En el nuevo plan de amortización las cantidades difieren de las inicialmente previstas en más de un 70%.

— Se incrementan los costes financieros.

— Se mantiene una reducción en las previsiones de visitantes de entre 22.000 y 27.350 al año.

— Se reitera la necesidad de incrementar las tarifas.

— La conclusión que alcanza el indicado estudio es que, para restablecer el equilibrio económico de la concesión, debe incrementarse la subvención anual, pasando de 343.300 euros de media, a 1.398.182 euros (con las nuevas tarifas propuestas). La subvención máxima sería la correspondiente al año 2009, con 3.606.254 euros, frente a los 1.189.000 euros previstos en el año 2003.

DECIMOTERCERO.- Por el Servicio de Parques y Jardines se acepta la cantidad final de la inversión indicada por la contratista, que queda definitivamente fijada en 21.736.343,22 euros.

DECIMOCUARTO.- Solicitado informe a la Dirección Económica y Presupuestaria, se emite el 6 de junio de 2008, no dando conformidad a todos los gastos previstos por el contratista hasta tanto no se resuelvan las discrepancias que en el informe se indican. En particular, *“no se validan las cuentas de 2007 que determinarán la subvención a la que tiene derecho el contratista, siendo objeto de informe separado y específico para ese fin y que necesitará, entre otras cosas, de la oportuna auditoría de cuentas a que se refiere el acuerdo de adjudicación”* del contrato.

Del mismo modo advierte de la importante repercusión que el nuevo Plan de viabilidad del Parque tendría sobre los futuros presupuestos municipales, al pasar el importe total de las subvenciones a otorgar a lo largo de la concesión, de los inicialmente previstos 12.014.797 euros a 48.936.361 euros.

DECIMOQUINTO.- Sometido el expediente a la Intervención General del Ayuntamiento, su titular lo devuelve al considerar que la alteración en las tarifas solicitada por el contratista se debe, entre otras causas, a una mayor inversión de la contemplada en la adjudicación, sin que conste acuerdo municipal de modificación de las condiciones allí establecidas ni autorización de la mayor inversión realizada. En atención a ello, indica el Órgano de Control que *“deberán justificarse los motivos por los que se han producido los excesos no contemplados en las condiciones inicialmente aprobadas, tanto en gastos como en inversión realizada, y adoptarse, en su caso, los acuerdos oportunos para la aprobación de dichas modificaciones”*.

DECIMOSEXTO.- El 2 de julio, por el Servicio de Contratación se indica al de Parques y Jardines, la necesidad de tramitar la oportuna modificación contractual, lo que lleva a la emisión de un informe por el titular de esta última unidad, de fecha 3 de julio, que, como justificación de la modificación, reproduce los motivos contemplados por la memoria que el contratista acompañaba a su petición de revisión de tarifas y reposición del equilibrio económico financiero (transcritos en el Antecedente Décimo de este Dictamen). En relación con la ampliación de superficie del Parque, se indica que *“se hizo con objeto de completar y perfeccionar las instalaciones que son únicas en el municipio y en la Región y que evitarían el desplazamiento de sus habitantes a las comunidades vecinas de Valencia y Andalucía, que poseen instalaciones similares, repercutiendo positivamente en el ahorro de tiempo y productos energéticos para nuestros ciudadanos”*.

Afirma, además, que en dicha memoria la contratista *“compara las mediciones del proyecto original y sus importes con las correspondientes al proyecto definitivo, quedando, partida a partida, explicada la variación de su importe. La comprobación de los datos aportados en el proyecto definitivo y memoria explicativa se ha hecho, por una parte comparando los precios con los del proyecto inicial, dando unos valores iguales o similares en ambos proyectos”*. Los precios de las partidas eléctricas fueron informados como correctos por Servicios Industriales del Ayuntamiento.

Considera, finalmente, que el presupuesto final de 21.736.343,22 euros está justificado *“salvo que la auditoría externa diga lo contrario”*.

Concluye el informe que la ampliación de las instalaciones *“están justificadas como un fin social y de interés público, ya que aportará unos espacios lúdicos inexistentes anteriormente en la Región y que, con miras al desarrollo turístico de Murcia son muy convenientes y necesarios, rellenando un hueco con sus instalaciones zoológicas y acuáticas”*.

DECIMOSÉPTIMO.- Solicitado nuevo informe a la Dirección Económica y Presupuestaria, se emite informe, de 7 de julio, que no ve inconveniente en aprobar la solicitud de actualización de tarifas, dado que ello disminuirá la subvención municipal. En lo tocante al estudio económico-financiero, no se informa, toda vez que considera necesario que, con carácter previo, el órgano municipal competente defina los servicios a prestar (cuáles han de prestarse, calendario de prestación, horarios, y gastos de personal, mantenimiento, etc., ajustados a las anteriores determinaciones), *“atendiendo a la dotación presupuestaria existente”*.

DECIMOCTAVO.- Por Resolución de fecha 11 de julio de 2008, el Concejal Delegado de Limpieza Viaria y Recogida de Residuos constata la existencia de una desviación en la inversión inicial (11.600.000 euros), resultando una inversión final de 21.736.343,02 euros,

y resuelve “*que se impulse por los servicios municipales competentes el oportuno expediente reglamentario de conformidad con la legislación vigente*”.

DECIMONOVENO.- En respuesta a la petición de previa definición de los servicios a prestar y a las cuestiones planteadas por la Dirección Económica y Presupuestaria, la contratista, el 30 de octubre, presenta un nuevo informe en el que se distinguen los servicios básicos de los complementarios, indicando que la prestación de estos últimos no determina una mayor subvención municipal. Contempla, además, tres escenarios diferentes, según el parque se mantenga abierto todo el año, o cierre seis meses o tres meses cada año, concluyendo que el cierre estacional del parque no incide positivamente en la cuenta de resultados y sí generaría ciertas consecuencias negativas.

Se efectúa, asimismo, una proyección a 35 años de la cuenta de resultados, dando como resultado la necesidad de una subvención acumulada, durante todo el período de la concesión, de 105.002.105 euros. La subvención correspondiente al ejercicio 2008 sería de 5.344.406 euros. Se propone al Ayuntamiento “*linealizar la subvención*” a un importe fijo de 3.000.000 euros/año, actualizado anualmente según el IPC del año anterior al de las cuentas a examinar, a pagar durante los 35 años de la concesión, teniendo en cuenta que si el importe del déficit acumulado iguala a la subvención lineal acumulada, desde ese momento el Ayuntamiento pagaría únicamente el déficit real de ese año, a la vista de la correspondiente cuenta de explotación, con el límite máximo de la subvención lineal actualizada.

VIGÉSIMO.- Con fecha 19 de noviembre, el Director Económico y Presupuestario emite nuevo informe del que destacan los siguientes extremos:

a) En septiembre de 2008 la contratista aportó un tercer estudio de viabilidad económico-presupuestaria que no consta entre la documentación remitida a este Consejo Jurídico.

El indicado órgano económico contrasta este informe (al que denomina EV 3) con los anteriormente presentados por la empresa y pone de manifiesto que “*se observa una disminución importante de los ingresos principalmente por la bajada del número de visitantes, que pasan de los 195.520 para el año 2009 a los 170.000 para ese mismo año y esa diferencia se mantiene, en la proyección realizada hasta el final de los 35 años, lo que viene a suponer una disminución cercana a los 43 millones de euros. Los gastos totales a lo largo del periodo concesional se minoran en 5,5 millones, ya que entre otras razones en este nuevo estudio se subsana el exceso de gasto por los costes financieros y tipos de interés no aceptados desde este Servicio en el EV 2 (segundo estudio de viabilidad), pasando de 12.602.011 € en ese EV 2 a 10.459.982 € del presente EV 3. La subvención total pasa de 48.936.394 € a los 86.107.721 € que se fijan en el EV 3, con una subvención para el año 2008 de 4.862.340 euros frente a los 3.572.941 euros del EV 2, desde luego cantidades muy superiores si se comparan con el EV 1 aprobado el 30 de Abril de 2003, en el que se planteaba una subvención media anual de 343.279,91 € con un importe total durante todo el periodo de 12.014.797 €*”.

b) En relación con el presentado en octubre de 2008, observa que “*una vez más la previsión del número de visitantes por año vuelve a descender hasta los 155.310, frente a los 170.000 del anterior estudio de septiembre, lo que pone de manifiesto la poca garantía que existe de alcanzar los ingresos previstos, ya que si se comparan con los que figuran en el EV 1, existe una disminución cercana a los 70.000 visitantes por año, con la consiguiente repercusión en la subvención final. En cuanto a los gastos de explotación se produce un incremento respecto a los del estudio de septiembre, en los gastos de personal, espectáculos*

y limpieza y jardinería, manteniendo el mismo coste para los gastos financieros. La bajada de ingresos y el aumento de los gastos, hacen que el nuevo importe del déficit acumulado pase de los 86.107.721 € a 105.000.000 €, siempre a precios constantes”.

La conclusión que alcanza la Dirección Económica y Presupuestaria es que la evolución de la concesión “aconseja poner un límite a los compromisos que esta Administración puede aceptar para el largo periodo de concesión, 35 años, dado que, por la propia naturaleza del objeto de la concesión, los riesgos de que la subvención alcance niveles excesivos no es despreciable. Por tanto, a pesar de que la subvención total teórica del proyecto pasa de 86.107.721 euros del EV núm. 3 a 105.000.000 euros en el caso de aceptar la proposición de la UTE concesionaria de establecer una subvención lineal de 3 millones al año con los límites que en el presente informe se señalan, en opinión del firmante de este informe debe ser aceptado por los motivos siguientes:

1º.- Se traspasa al concesionario el riesgo de disponibilidad de las instalaciones. Los gastos de explotación, mantenimiento, financieros, de reposición de los equipos existentes y cualquier otro no serán causa de modificación de la subvención municipal.

2º.- Se traspasa igualmente al concesionario el riesgo de demanda, por tanto una menor afluencia de visitantes no perjudicará a esta Administración por un incremento de la subvención a aportar.

3º.- Con esta solución se evita que el Ayuntamiento deba discriminar en cada momento sobre qué servicios son excedentarios o deficitarios, cosa que correrá a cargo del concesionario.

4º.- Las subvenciones previstas para los primeros años de explotación son muy superiores a la subvención lineal solicitada.

5º.- El gasto financiero correspondiente a la diferencia entre el déficit real y la subvención lineal, que para el año 2008 será de 5,3 y 3 millones respectivamente, corren por cuenta del concesionario.

6º.- El establecimiento de la subvención lineal permite una mejor planificación de los gastos municipales”.

VIGESIMOPRIMERO.- El 24 de noviembre, el Jefe del Servicio de Parques y Jardines informa favorablemente la propuesta de “linealización” de la subvención.

Asimismo es favorable el informe de la Unidad de Supervisión de Proyectos, de 17 de diciembre, que de forma expresa afirma que los precios descompuestos de las unidades de obra se han realizado conforme a lo indicado en el artículo 124, letra d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que se ha incluido la justificación de los precios adoptados, conforme al artículo 127 del Reglamento de Contratos.

VIGESIMOSEGUNDO.- El 10 de diciembre se emite informe jurídico, según el cual, a la vista de las circunstancias en que se encuentra la concesión “y dada su incidencia en el equilibrio económico del contrato, equilibrio cuyo mantenimiento a lo largo de la vigencia del mismo se prevé en el artículo 126 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y atendiendo igualmente a las razones de interés público y causas imprevistas surgidas según el contenido de los citados informes, procede adoptar los acuerdos necesarios para la aprobación de las oportunas modificaciones”.

VIGESIMOTERCERO.- El 29 de diciembre informa la Intervención General para señalar las múltiples irregularidades existentes en la modificación efectuada al margen de lo señalado en el contrato, sin autorización municipal ni procedimiento administrativo “*ad hoc*” y con omisión de la preceptiva fiscalización previa de tales actuaciones. No obstante, en la medida en que las diversas instancias administrativas justifican las actuaciones y la efectiva realización de las obras y su valoración, considera que, para conseguir regularizar la situación creada por vía de hecho y la legitimación de las actuaciones consumadas, procede reconocer las inversiones realizadas, aprobar el nuevo estudio de viabilidad económica y la modificación del contrato, sobre la base de restablecer el equilibrio financiero de la concesión y evitar el enriquecimiento sin causa de la Administración.

VIGESIMOCUARTO.- El 16 de enero de 2009 se extiende acta de conformidad y valoración de las obras del Parque, con desglose de la inversión realizada.

VIGESIMOQUINTO.- El 26 de enero, la Comisión Especial de Cuentas informa favorablemente la modificación del contrato.

VIGESIMOSEXTO.- El 27 de enero, el contratista muestra su conformidad con la modificación del contrato.

VIGESIMOSÉPTIMO.- El 28 de enero, la Junta de Gobierno Local acuerda solicitar el Dictamen del Consejo Jurídico, con carácter de urgencia.

VIGESIMOCTAVO.- El 29 de enero, la Mesa de Contratación eleva a la Junta de Gobierno Local informe-propuesta de modificación del contrato, sobre la base de los informes previos que consideran justificado el incremento de inversión producida, con su inevitable repercusión en la concesión. Se fundamenta la propuesta en la evitación del enriquecimiento sin causa de la Administración y en la necesidad de restablecer el equilibrio financiero del contrato.

Asimismo se propone aprobar el último estudio de viabilidad económica presentada por el concesionario, la actualización de tarifas solicitada por aquél y reajustar la garantía definitiva prestada, incrementándola en 105.035,15 euros. Notificado dicho reajuste al concesionario, éste no formula alegación alguna.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de modificación de un contrato administrativo, que supone una modificación del precio inicial superior al 20% de éste, y se trata, además, de un contrato de cuantía superior a cien millones de pesetas (601.012,10 euros), concurriendo, con ello, el supuesto previsto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 59.3, b) TRLCAP.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Sin perjuicio de lo que en ulteriores Consideraciones se dirá acerca de la modificación realizada por simple vía de hecho del proyecto de las obras inicialmente aprobado y las

consecuencias que de ello se derivan para la concesión durante toda la vida de la misma, puede afirmarse que el procedimiento iniciado a raíz de los reparos efectuados por la Intervención General del Ayuntamiento de Murcia, para formalizar la situación creada por la ejecución de obras diferentes y de mayor entidad a las inicialmente previstas, no cumple todos los requisitos exigidos para este tipo de procedimientos.

Debe indicarse, al respecto, que el régimen jurídico aplicable al contrato, adjudicado el 30 de abril de 2003, es el establecido en el TRLCAP y normativa reglamentaria concordante, vigente con anterioridad a la modificación introducida en aquél por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, toda vez que su Disposición final tercera prevé la aplicación de la Ley únicamente a aquellos contratos cuya licitación se produzca con posterioridad a su entrada en vigor. Así, la Cláusula 2 del PCAP remite la regulación jurídica del contrato a los artículos 130 a 134 (contrato de concesión de obras públicas) y 159 y siguientes (relativos al contrato de gestión de servicios públicos) del TRLCAP y al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El expediente remitido no contiene todos los trámites establecidos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (señaladamente en los artículos 59, 101 y 146 TRLCAP) y concordantes de su reglamento ejecutivo (art. 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP)). En efecto, la tramitación *a posteriori* del procedimiento de modificación contractual, con una finalidad meramente formalizadora de la ya efectuada de facto sobre el proyecto inicial, conlleva que no conste en el expediente que la dirección facultativa recabara la autorización del órgano de contratación para proceder a la modificación del proyecto, que dicha autorización se concediera ni que se procediera a la redacción del proyecto modificado, ni su correspondiente autorización. Tampoco queda constancia en el expediente de que se observaran las previsiones del artículo 146.2 respecto de los precios aplicables a las nuevas unidades de obra.

También adolece el expediente de un informe o memoria que, de forma detallada, dé cuenta de las modificaciones que se introducen en el proyecto reformado, con su correspondiente valoración, y en qué causa de las aducidas como justificativas encuentra su apoyo cada una de ellas, no siendo suficiente a tal efecto la memoria elaborada por el Servicio de Parques y Jardines sobre la base de la elaborada por el concesionario para fundamentar su solicitud de revisión de tarifas e incremento de la subvención, que no especifica cuál es el coste de cada una de las modificaciones que se proponen.

Tampoco se sometió el expediente a fiscalización previa, si bien la Intervención General emite informe favorable a la modificación sobre la base de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración y restaurar el equilibrio económico de la concesión.

Sí constan, por el contrario, los informes del Servicio Jurídico del Ayuntamiento y el de conformidad del Servicio de Parques y Jardines, como unidad encargada de la coordinación y seguimiento del contrato.

Constan asimismo los siguientes trámites:

a) El informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, según el cual se ha incluido la justificación del cálculo de los precios adoptados. Sin embargo, en el expediente remitido al Consejo Jurídico no consta la justificación analítica de los nuevos precios, sino únicamente éstos.

b) La audiencia al contratista, trámite en el que muestra su conformidad a la modificación.

c) Informe favorable de la Comisión General de Cuentas, que resulta preceptivo de conformidad con el artículo 101.3 TRLCAP en relación con su Disposición adicional novena, apartado 4.

d) Acreditación de la existencia de crédito adecuado y suficiente.

Se ha incorporado, además, al expediente una propuesta de resolución para la aprobación de la modificación, requisito que resulta obligado a tenor de lo establecido en el artículo 102 RCAP, en relación con el 46.2,c),1º, del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y cuya justificación estriba en tener a la vista un formal acto administrativo en el que, previa reseña de los antecedentes fácticos y consideraciones jurídicas oportunas, se contenga la determinación de proponer al órgano competente la aprobación de la modificación contractual.

TERCERA.- Sobre las causas aducidas para justificar la modificación de la obra.

El expediente de modificación contractual sometido a consulta presenta un carácter complejo que aconseja dividir el análisis de las múltiples cuestiones que propone. Por ello, se dedica la presente Consideración al estudio de la modificación, a posteriori y con una finalidad meramente legalizadora de lo actuado, del proyecto de las obras.

La Consideración Cuarta, por su parte, responde al tracto sucesivo que en la ejecución del contrato impone su naturaleza concesional, y a la necesidad de adecuar las obligaciones respectivas nacidas del contrato y de su modificación de facto, al interés público y al ordenamiento jurídico.

I. Como ya se indicó en la Consideración Segunda de este Dictamen el régimen jurídico aplicable al contrato cuya modificación se pretende es el contenido en el TRLCAP vigente con anterioridad a la Ley 13/2003. Esta determinación reviste un carácter esencial toda vez que la indicada Ley supuso un cambio relevante en la regulación de los contratos de concesión de obras públicas, que dejan de ser un contrato mixto (art. 130.2 TRLCAP) inserto como modalidad del contrato de obras, para configurar una categoría autónoma con sus propias especificidades normativas. Entre ellas, la regulación de la modificación de las obras, contenida en el artículo 250 TRLCAP, incorporado por aquella Ley, según el cual lo esencial para poder modificar o ampliar la obra pública era que el interés público así lo exigiera, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

Sin embargo, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2003, la regulación del contrato de concesión de obra pública se contiene en los artículos 130 y siguientes del TRLCAP, que guardan silencio acerca de la modificación de este tipo de contrato, por lo que resulta aplicable el régimen general de modificación contractual establecido por el artículo 101 TRLCAP.

II. El artículo 101.1 TRLCAP establece que el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en los contratos administrativos por razones de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

Este Consejo Jurídico, en el Dictamen 91/2008, entre otros, recordó lo que a continuación se expone:

“Como señala el Dictamen del Consejo de Estado n° 168/07, de 1 de marzo de 2007, sobre el alcance de estos conceptos, *“el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el Código Civil de acuerdo con el cual “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos” (artículo 1091). Para lograrlo se atribuye a la administración la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (ius variandi, establecida en el artículo 59 LCAP). En el dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979, se aclaró que “esta naturaleza singular y privilegiada del ius variandi exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley”.*

Uno de estos límites resulta de la exigencia de que la modificación contractual esté “respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado” (Dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986, y 55.586, de 10 de enero de 1991), y que además “tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente” (Dictamen número 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). La concurrencia de este interés público debe quedar justificada en el expediente, como resulta del artículo 102 LCAP de 1995 (artículo 101.1 in fine LCAP) y del derogado artículo 149 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (actualmente, artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

Un segundo límite resulta en este caso de la necesidad de que concurren necesidades nuevas o causas imprevistas (artículo 102 LCAP de 1995, que se corresponde con el vigente artículo 101 LCAP). A este respecto ha declarado el Consejo de Estado que “el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los artículos 18 y 74 de la Ley de Contratos del Estado, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público” (Dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979). No cabe excluir la posibilidad de que “el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio”, mas “es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del ius variandi por la Administración requiere una singular motivación de hecho (“necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas”, reza el art. 149 del Reglamento de Contratación) que, de no existir, impide la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, recogidos, como queda dicho, por el principio ne varietur” (dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979).

La concurrencia de necesidades nuevas o causas imprevistas debe estar igualmente justificada en el expediente (artículo 102 LCAP de 1995 y restantes preceptos anteriormente citados).

El fundamento de este segundo límite debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en “la naturaleza de los recursos económicos administrativos”, de carácter público (Dictamen del Consejo de Estado número 45.238, de 12 de mayo de 1983). Por lo que respecta al primero de estos

fundamentos, en el Dictamen del Consejo de Estado número 45.942, de 15 de diciembre de 1983, se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene “la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia”.

Asimismo, en el Dictamen nº 79/93, de 1 de abril, el Consejo de Estado señaló que *“cuando el artículo 149 del Reglamento General de Contratación exige que las modificaciones se fundamenten en causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, debe interpretarse en el sentido de que concurran razones técnicas imprevisibles (razonablemente) en el proyecto originario, y no simplemente defectuosas o meras imprevisiones en dicho proyecto”.*

Ello no obsta para que haya casos en que *“aunque existen partidas que pudieran haber sido previstas, éstas no pueden separarse de las imprevisibles sin afectarse a la indivisibilidad del objeto del contrato, por lo que puede afirmarse que sí concurren causas que permiten fundar la modificación”* (Dictamen 348/07, de 26 de junio de 2007, del Consejo Consultivo de Andalucía).

El examen de estos asuntos nunca permite prescindir del análisis atento de los hechos concurrentes para determinar si tales circunstancias fácticas pueden enmarcarse dentro de los límites razonables de la potestad de modificar. Así, las causas nuevas o circunstancias imprevistas pueden surgir con mayor facilidad y son más explicables en las obras de reforma o ampliación de una edificación o de una infraestructura ya existente (Dictámenes 84/2004 y 175/2005, de este Consejo Jurídico), y son más difícilmente comprensibles en obras de nueva planta, como la que nos ocupa. Y, en todo caso, no pueden extrapolarse afirmaciones generales sobre el interés público a cada supuesto concreto de modificación, dado que se correría el riesgo de desnaturalizar la institución desencajándola de sus límites legales, debiendo observarse tales afirmaciones en conexión con los avatares del concreto contrato que se pretende modificar (en tal sentido, ver la Consideración Sexta del Dictamen 17/2007 de este Consejo Jurídico, en relación con los antecedentes allí recogidos).

Por su parte, en su informe 71/99, de 11 de abril de 2000, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa expresa que *“la necesidad de que por el órgano de contratación se fije el auténtico contenido del contrato es una condición básica que impida la profusión de modificaciones de los contratos, que lejos de responder a la situación excepcional determinada por el artículo 102 de la Ley, que señala que sólo podrán introducirse modificaciones por razón de interés público en los elementos que integran el contrato, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, se convierten en algo no sólo habitual en la práctica, sino considerado como un recurso para la solución de problemas imputables a la falta de programación y estudio previo de los contratos, aplicable con carácter general en el proceso de la adjudicación y ejecución de los contratos, con especial incidencia en los contratos de obras, entendiéndose como tal práctica (la de) que, en gran parte de los contratos, surgen necesidades nuevas o imprevistas, lo que indica que el órgano de contratación no determinó al inicio las auténticas necesidades ni realizó un específico control del contenido del proyecto definidor de la obra a ejecutar, lo que no significa que, en determinadas ocasiones, se produzcan tales incidencias que justifican la aplicación de las modificaciones de los contratos. Por tal razón, es evidente que, frente a la falta de previsión de las necesidades nuevas, deben imponerse criterios interpretativos restrictivos que impidan el abuso de las modificaciones de los contratos”.*

Por tanto, es doctrina ampliamente seguida por este Consejo Jurídico (Dictamen 70/2007) y por los distintos Consejos Consultivos que las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban imprevisibles para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional, cuando, según el TS, “(...) *el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los arts. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, las hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese “ius variandi”, en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus Pliegos regidos por el principio “ne varietur”*” (S de 16 de abril de 1984).

III. Aplicadas las precedentes consideraciones al supuesto sometido a consulta, se advierte que las determinaciones en que consiste la modificación objeto de Dictamen no pueden calificarse de imprevisiones en el momento de la adjudicación del contrato, al menos no todas ellas.

Al margen de las razones inicialmente consignadas en el expediente para intentar justificar la modificación que se propone y que aluden a la existencia de problemas con líneas de distribución eléctrica que habrían retrasado el inicio de las obras, con la consiguiente repercusión en los precios, y sin perjuicio de que la mera alegación de dicha circunstancia, sin acreditar las actuaciones realizadas durante la fase de proyección de las obras o, incluso, con ocasión del replanteo de las mismas, no puede configurar esta circunstancia como imprevisible, la memoria justificativa de la modificación ya no hace alusión expresa a la existencia de tales problemas y enumera de forma más extensa y precisa las diferentes razones que motivan la alteración respecto del proyecto original:

a) La necesaria adecuación de las instalaciones a la normativa sobre Piscinas de uso colectivo. En este sentido, las reglamentaciones técnicas a que habían de sujetarse las instalaciones ya estaban vigentes en el momento de la adjudicación, sin que se haya acreditado que experimentarían una variación sustancial posterior, razón por la cual las necesidades iniciales que dicha normativa planteaba para la construcción del Parque eran ya previsibles, por lo que su omisión en el proyecto inicial sólo puede deberse a un patente error de proyección.

Así, aunque el expediente resulta parco en exceso al describir la causa que expresamente califica como principal de la modificación, pues se limita a afirmar que “*el primer motivo y principal que supone la modificación del Proyecto*” (folio 512 del expediente) es la exigencia de la Consejería de Sanidad de que las instalaciones se ajusten a la normativa sobre piscinas públicas, se advierte que dicha normativa viene establecida por el Reglamento de condiciones higiénico-sanitarias de las piscinas de uso colectivo, aprobado por Decreto 58/1992, de 28 de mayo y vigente desde el 7 de junio siguiente. En consecuencia, el proyecto inicial debió tomar en consideración dichas normas de obligado cumplimiento, cuya inobservancia cabe calificar como falta de previsión en el proyecto. Esta falta de pre-

visión, por otra parte, resulta imputable al contratista, a quien, de conformidad con el PCAP, correspondía la elaboración del proyecto de construcción y quien, además, propuso en su oferta la construcción del parque acuático, no contemplada de forma expresa por el PCAP, que concebía la obra como un parque recreativo, de tema zoológico y botánico.

En consecuencia, todas aquellas modificaciones que pretenden ampararse en la necesidad de aplicar una normativa preexistente al proyecto inicial no pueden considerarse justificadas. Sería el caso, asimismo, de la adecuación de las zonas de aseos públicos para cumplir “*la normativa sanitaria de dotaciones, así como la de minusválidos*”.

b) A igual conclusión cabe llegar respecto a la ampliación de la superficie de la concesión, que habría pasado, según la memoria explicativa, de los 126.500 m² iniciales, a 174.659 m². No obstante, según consta en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 4 de octubre de 2006, sólo la incorporación de una superficie de 11.800 m² puede considerarse como ajena al proyecto inicial de construcción, pues tanto el anteproyecto presentado junto con la oferta en la fase de licitación, como el proyecto de las obras inicialmente aprobado, ya contemplaban una superficie de la concesión de 162.859 m² (folios 137 y 140 del expediente).

Los 11.800 m² restantes se incorporan a solicitud de la propia concesionaria, para la ubicación de parte del vial perimetral y zona de servicios (almacén, mantenimiento, clínica veterinaria, etc.), elementos dotacionales todos ellos que ya debían estar previstos en el Proyecto inicial, por lo que la citada ampliación difícilmente puede calificarse como necesidad nueva o causa imprevista, máxime cuando el expediente no acredita en qué medida la ampliación de la superficie sobre la que ejecutar las obras resultaba indispensable para el mejor servicio del interés público.

En cualquier caso, la justificación que ofrece el Servicio de Parques y Jardines para la ampliación de la superficie del Parque impide considerarla como una necesidad nueva o causa imprevista a los efectos de poder amparar la modificación del contrato, de conformidad con el artículo 101 TRLCAP, pues la ampliación se hizo “*con objeto de completar y perfeccionar las instalaciones que son únicas en el municipio y en la Región y que evitarían el desplazamiento de sus habitantes a las comunidades vecinas de Valencia y Andalucía, que poseen instalaciones similares, repercutiendo positivamente en el ahorro de tiempo y productos energéticos para nuestros ciudadanos*”. Es decir, aunque pudiera llegar a considerarse que el mejor servicio al interés público aconsejaba dicha ampliación, ésta debe considerarse como una mejora respecto del proyecto inicial, no impuesta por nuevas necesidades o causas imprevisibles, pues los motivos en los que pretende ampararse (inexistencia de parques similares en la Región y existencia de ellos en las comunidades vecinas) ya estaban presentes en el momento de elaborar el proyecto originario.

c) El “*tercer gran motivo*” se fija en los cambios realizados en las redes e instalaciones del parque (trazado de caminos, puntos de entronque y cambio de diámetro de las tuberías del saneamiento y agua potable, doble mallado de la red de agua potable, construcción de dos depósitos de riego con equipo de elevación y bombeo, desvío de dos tramos de la red urbana de riego, con mejora de la sección existente, y red de puesta a tierra de todos los edificios y elementos de la inversión). No obstante, en la medida en que tales alteraciones sobre el proyecto original tuvieran su origen en las causas anteriormente analizadas (imprevisión en el Proyecto por falta de observación de las reglamentaciones técnicas en materia de piscinas de uso colectivo y ampliación de la superficie de la concesión para mejorar el proyecto), vinculación ésta que no se alega en la memoria justificativa salvo

respecto del cambio de diámetro de las tuberías y la construcción de los depósitos de riego, habrían de seguir su misma suerte, en el sentido de no poder ser calificadas como necesidades nuevas o causas imprevistas y no poder amparar, en consecuencia, la modificación del proyecto.

d) Finalmente, la memoria justificativa de la modificación enumera “*otros motivos con significativa importancia presupuestaria, no contemplados en el proyecto original y necesarios para la adecuada gestión y explotación de la instalación*” que sólo en parte cabe vincular causalmente con la ampliación de las instalaciones y el mayor aforo de las mismas (aunque la memoria justificativa no lo hace, al menos de forma expresa) como es la ampliación de los viales de acceso, de la zona de administración y servicios para dar cabida a un número superior de empleados, la adecuación de las zonas de aseos públicos al mayor aforo y la construcción de dos restaurantes autoservicio y de diversas zonas de restauración y descanso. Otros aspectos no son sino meras mejoras que no es posible incardinar en los conceptos de nuevas necesidades o causas imprevistas del artículo 101 TRLCAP, como ocurre con la instalación de red de datos mediante fibra óptica, instalación de sombras de madera y brezo y vallado de madera con red de seguridad o la creación de un edificio de alquileres, atención al cliente y servicios varios.

IV. Tal como razona el Servicio de Parques y Jardines, es indudable que el interés público demanda que la obra a ejecutar reúna las condiciones mejores para servir al fin para el que se proyecta, procurando que sea lo más completa y adecuada posible para satisfacer las necesidades de ocio de la población. Pero tales postulados eran de tener en cuenta en el momento de redactar el proyecto, de supervisarlos y de aprobarlos, ya que, adjudicado el contrato e iniciada su ejecución, la posibilidad de modificación se enmarca en unas reglas que la convierten en excepcional, al confluir a partir de ahí con otros valores del ordenamiento, como la buena administración y la efectiva virtualidad de la licitación pública. Y es que la Administración no goza de una voluntad libre para modificar una relación contractual ya establecida, sino que la regulación de la contratación pública configura la *potestas variandi* de la Administración como reglada y tasada, de forma que sólo puede actuarse cuando, además de responder a un interés público claro y evidente, concurren los supuestos establecidos por el ordenamiento, en la forma de necesidades nuevas o causas imprevistas. Esa excepcionalidad en el uso del *ius variandi* de la Administración exige, además, que ni la Administración, ni el contratista, ni ambos de consuno, pueden introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto de contrato sin la debida aprobación. Y ello aunque la modificación ejecutada se pretenda basar en una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público, pues dicha agilidad y eficacia han de acomodarse siempre al respeto a la legalidad. Unas y otra no son incompatibles, de tal suerte que han de encauzarse armónicamente a fin de evitar efectos contraproducentes y mermas de las garantías jurídicas que deben presidir la contratación pública.

V. En cualquier caso, y aunque las consideraciones precedentes ya apuntan la improcedencia de aprobar la modificación propuesta, por no concurrir los requisitos que para su excepcional uso impone el ordenamiento jurídico, cabe añadir un nuevo argumento, que atiende al momento en que se inicia la tramitación de la modificación contractual y que nos enseña una reiterada doctrina del Consejo de Estado, según la cual “*la aprobación de las modificaciones contractuales y, más cuando, por su importancia, se sujetan a un procedimiento reforzado con la intervención del Consejo de Estado, sólo tiene sentido cuando las obras en que consisten no han sido ejecutadas. El procedimiento de aprobación de un proyecto modificado tiene por objeto valorar la pertinencia legal y la oportunidad de las*

variaciones a introducir en la obra inicialmente adjudicada en atención al interés público, a la disciplina presupuestaria y a las reglas rectoras de la contratación pública; en especial, a los principios de publicidad y concurrencia que aseguran los derechos de eventuales licitadores y de la propia Administración. Resulta pues impertinente la aprobación de modificaciones encaminadas a variar el objeto del contrato, cuando las obras en que éste consisten están ya ejecutadas. El procedimiento de aprobación entonces pierde su finalidad y, por tanto, su propia razón de ser, al chocar con el hecho, ya consumado, de los trabajos hechos” (Dictamen del Consejo de Estado 1082/2001).

Esta doctrina, construida en torno a los contratos de obra, es asimismo trasladable al supuesto sometido a consulta, toda vez que la modificación que aquí se pretende afecta a las obras ya realizadas y recibidas por la Administración (folio 2139 del expediente), en orden a regularizar la situación creada por simple vía de hecho e intentar legalizar actuaciones ya consumadas.

VI. No obstante, dado que la oportunidad y conveniencia de los trabajos efectuados, que no pueden ser valoradas por este Consejo, aparecen avaladas, bajo su exclusiva garantía técnica, por los órganos municipales, el Consejo Jurídico coincide con los órganos preinformantes en la procedencia de abonar al contratista las obras efectivamente ejecutadas, dada la imposibilidad de volver a la situación fáctica anterior a la comisión de los sustanciales vicios procedimentales puestos de manifiesto, y dado que tales obras han sido efectivamente recibidas de conformidad por el Ayuntamiento y destinadas, desde hace meses, al servicio público para el que se construyeron. Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre supuestos análogos al presente (así, Dictámenes 50/1998, 44/2000, 164/2002 y 190/2006), las obras efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el facultativo representante de la Administración y posteriormente recibidas de conformidad, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla. Así, en el presente caso, el Acta de Conformidad y Valoración de las obras, de 16 de enero de 2009, cuantifica la inversión realizada en 21.736.343,22 euros, frente a la inicialmente proyectada de 11.600.000 euros. Esta situación comporta un enriquecimiento de la Corporación Local parejo al empobrecimiento del contratista sin causa legítima para ello, que genera en aquélla una obligación de resarcimiento patrimonial a favor de éste, a título indemnizatorio.

Así, señala la STS (Sala 3ª) de 16 de mayo de 1986: *“Este enriquecimiento injusto, por razones de equidad o más bien por auténtica justicia conmutativa, sirve de cobertura al encargo efectivamente realizado (...) Se trata, como se ha dicho en ocasiones, de una conversión de actos o negocios jurídicos inexistentes o nulos de pleno derecho en la figura del cuasicontrato romano, subsistente en nuestro Código Civil (Art. 1887) para permitir la adecuada compensación económica y el equilibrio patrimonial de Administración y contratista. El simple hecho del enriquecimiento de aquélla, en detrimento de éste resulta así suficiente para generar la obligación de resarcimiento, nacida directamente de esta situación jurídica como constitutiva o sustitutoria de actos o contratos que no llegaron a nacer o que lo hicieron desprovistos de sus elementos esenciales”*. En tales casos la invalidez de la actuación administrativa genera una obligación de abono de las obras o servicios, pero tal obligación no tiene por título el contrato ni el encargo, sino únicamente evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido el producto de tal encargo irregular (STS, Sala 3ª, sec. 7ª, de 30 de septiembre de 1999).

Dada la naturaleza concesional del contrato, dicho resarcimiento se distribuirá a lo largo de la vida de la concesión mediante la correspondiente amortización.

Ahora bien, la indemnización de la mayor inversión realizada no debe alcanzar a aquellas desviaciones debidas a las imprevisiones del proyecto inicial, toda vez que su redacción y ejecución recayeron sobre el adjudicatario, que debe asumir el coste de sus propios errores de proyección. La memoria explicativa, como se ha indicado, no ofrece suficientes datos para determinar cuáles de las concretas alteraciones del proyecto fueron debidas a las causas que en las consideraciones precedentes hemos calificado expresamente como imprevisiones o errores de proyecto, y cuáles a ampliaciones, mejoras o replanteamiento de las instalaciones que fueron aceptadas por la Administración, por lo que su determinación concreta exigiría un informe técnico preciso y detallado del que carece el expediente.

En este sentido, habrá de ser la Corporación concedente la que, con base en el correspondiente informe técnico y previa audiencia del contratista, proceda a determinar cuáles de las obras ejecutadas al margen del proyecto original se deben a las imprevisiones del proyecto, por no tener en consideración ni la total superficie sobre la que debía asentarse ni la normativa a la que debía ajustarse el diseño, ejecución y explotación del parque en su zona acuática, excluyendo el importe de ejecución de las mismas de las cantidades a reintegrar al concesionario.

Sí serán abonables al contratista, por el contrario, aquellas alteraciones sufridas en el proyecto original que, al margen de los errores de proyección, se deban a mejoras o replanteamientos de las obras, sugeridos o meramente aceptados por el Ayuntamiento.

Lo expuesto, además, no es óbice para que el Ayuntamiento, con base en las imprevisiones del proyecto, pueda actuar conforme al artículo 124.5 TRLCAP, en cuya virtud, *“cuando la elaboración del Proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración de acuerdo con el artículo 196.2, letra a), el autor o autores del mismo incurrirán en responsabilidad en los términos establecidos en los artículos 217 a 219”*.

CUARTA.- De la modificación del sistema de retribución del concesionario.

I. El hecho de que las obras ya ejecutadas incidan en un mayor coste de la explotación respecto al inicialmente previsto y que tal efecto perdure durante toda la vida de la concesión, no exigiría una modificación contractual, si la determinación y actualización de la subvención municipal de sostenimiento de la inversión realizada se encauzara a través de la mera aplicación de las cláusulas contractuales, que prevén mecanismos específicos de actualización de la retribución del concesionario, en concreto la Cláusula Cuarta PCAP.

Sin embargo, la propuesta de modificación que se somete a Dictamen contempla también la aprobación de un sistema de retribución al concesionario que difiere del establecido en el PCAP. En efecto, su Cláusula Cuarta prevé que las tarifas a percibir del público por el concesionario en concepto de retribución, serán propuestas por los concursantes en su oferta. Dichos precios públicos podrán ser revisados anualmente por la Corporación conforme a las variaciones del IPC. Si el licitador, a la vista del estudio económico-financiero que presente, estima que los previsibles ingresos no son suficientes para equilibrar el coste de la inversión más el de funcionamiento de la instalación, deberá presentar en su oferta una propuesta de cifra anual de subvención que abonará el Ayuntamiento y cuya finalidad es la de mantener el equilibrio financiero de la concesión. En su caso, anualmente, hasta la extinción de la concesión, a la vista de las cuentas anuales auditadas del adjudicatario y del acuerdo municipal de revisión de precios públicos, se recalculará el importe de la

subvención solicitada con el objetivo de mantener el equilibrio financiero de la concesión, previos los informes del Servicio de Parques y Jardines.

Frente a este sistema, se propone ahora “linealizar” la subvención, de forma que el Ayuntamiento abonará al contratista una subvención anual máxima de 3.000.000 de euros, actualizada según el IPC del año anterior, a pagar durante los 35 años de la concesión, teniendo en cuenta que si el importe del déficit acumulado iguala a la subvención lineal acumulada, desde ese momento el Ayuntamiento pagaría únicamente el déficit real de ese año, a la vista de la correspondiente cuenta de explotación, con el límite máximo de la subvención lineal actualizada.

La principal diferencia entre ambos sistemas consiste, pues, en el establecimiento de un límite máximo a la subvención abonable por el Ayuntamiento al concesionario, y en tomar como parámetro de cálculo fundamental el déficit acumulado durante la vida de la concesión, pues sólo cuando éste se vea compensado con el importe de la subvención municipal, la cantidad anual a abonar al concesionario se verá reducida a la del déficit real de ese año.

Supone, en definitiva, limitar la cantidad subvencionable y referir el equilibrio económico de la concesión no a un determinado ejercicio, sino a su duración total, tomando como parámetros las cantidades acumuladas, tanto de déficit como de subvención municipal.

II. La modificación del sistema de retribución al concesionario en los contratos de concesión de obra pública reviste una especial dificultad, dado que afecta a una de las notas definitorias de esta modalidad contractual y que sirve para diferenciarlo del contrato de obras. En efecto, según el artículo 130.1 TRLCAP, se considera contrato de concesión de obras públicas aquél en que siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120 TRLCAP, la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

La trascendencia de esta característica forma de retribución del contratista se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, la cual aun no siendo aplicable de forma directa al contrato objeto de la consulta por razones cronológicas, sí es un elemento hermenéutico de primer orden en la medida en que asume las concepciones que, en interpretación de la normativa europea de contratos, han efectuado las instituciones comunitarias, singularmente la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea, 2000/C 121/02, sobre las concesiones en el derecho comunitario. Así, el preámbulo de la Ley dirá que *“en la contratación administrativa el contratista asume el riesgo y la ventura del contrato. La razón por la que se subraya la específica aplicación de este principio al contrato de concesión de obra pública deriva de la necesidad de que la traslación de los riesgos se produzca efectivamente al concesionario porque lo contrario no haría sino encubrir un contrato de obra en el que el precio se sustituiría por la financiación pública. Se alteraría la esencia de la concesión de la obra si mediante la financiación pública directa o indirecta tal riesgo no existiera, frustrándose el objeto de la concesión, esto es, el ahorro de recursos públicos y la contribución privada en la financiación de las infraestructuras públicas”*.

El riesgo concesional, en definitiva, alcanza la condición de elemento esencial de este tipo de contratos, de forma que se transfiere al concesionario la responsabilidad técnica, financiera y la gestión de la obra, asumiendo los riesgos vinculados a los capitales invertidos y a la explotación, como es el relativo a la frecuentación del equipamiento por el público.

A ello aluden las motivaciones esgrimidas por la Dirección Económica y Presupuestaria para aceptar la propuesta de “linealización” de la subvención municipal a la explotación, pues vienen a subrayar, en síntesis, que la nueva propuesta trasladaría al concesionario los riesgos de la explotación. En efecto, según las conclusiones del informe de 19 de noviembre de 2008 (folios 583 y siguientes del expediente), procede aceptar la propuesta del concesionario pues así:

“1º.- Se traspa al concesionario el riesgo de disponibilidad de las instalaciones. Los gastos de explotación, mantenimiento, financieros, de reposición de los equipos existentes y cualquier otro no serán causa de modificación de la subvención municipal.

2º.- Se traspa igualmente al concesionario el riesgo de demanda, por tanto una menor afluencia de visitantes no perjudicará a esta Administración por un incremento de la subvención a aportar.

(...)

5º.- El gasto financiero correspondiente a la diferencia entre el déficit real y la subvención lineal, que para el año 2008 será de 5,3 y 3 millones de euros respectivamente, corren por cuenta del concesionario”.

La interpretación que por el Ayuntamiento se ha dado al principio de equilibrio financiero de la concesión recogido en la Cláusula Cuarta PCAP y en el convenio por el que se fija la retribución del contratista ha dado lugar a una traslación total de los riesgos de la explotación al Ayuntamiento, haciendo inefectivo el principio de riesgo y ventura del concesionario, pues la subvención municipal se ha convertido en un auténtico seguro de beneficios mínimos.

Carece el expediente de los parámetros aplicados hasta ahora por el Ayuntamiento para el cálculo de la subvención municipal, pues el convenio suscrito el 4 de octubre de 2004 para la fijación de esta última, se limita a indicar que “*se calculará de la misma forma que se siguió para elaborar las proyecciones de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias presentada en su momento para optar al Concurso de la Concesión*”, que no consta entre la documentación remitida junto a la consulta. No obstante, de los diversos estudios económicos obrantes en el expediente, se advierte que el importe de la subvención municipal prevista para cada anualidad coincide con la diferencia entre ingresos y gastos, de forma que con ella se compensa totalmente el déficit de explotación y, además de éste, remunera totalmente el 19% de beneficio industrial del concesionario (creciente en proporción directa al déficit de la explotación del Parque, debido al incremento de las inversiones realizadas, que aumentan notablemente todos los parámetros económicos de la concesión, incluido el citado beneficio), así como la disminución de ingresos por la menor frecuentación de la instalación y los gastos financieros derivados de los capitales invertidos en la construcción de la obra.

Lo expuesto es demostrativo de una errónea concepción acerca del equilibrio financiero de la concesión pues, al eliminar la subvención municipal cualquier riesgo para el concesionario, impide considerar el contrato como concesión, no ya de obra pública, sino incluso de servicio público con obra, en los términos del artículo 114.2 RSCL y concordantes.

De conformidad con dicha regulación local, la Corporación concedente ostenta la potestad de modificar la forma de retribuir al concesionario (art. 127.1 RSCL), disponiendo que su equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de la

concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial (art. 126.2 RSCL).

La concepción normativa del equilibrio financiero en el RSCL nos la ofrece el artículo 127.2,2ª, en relación con el 128.2 y 129.3 y 4. La interpretación conjunta de estos preceptos exige que, al calcular la retribución del concesionario, se prevea su suficiencia para, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el coste de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial. Ahora bien, la retribución en forma de subvención no puede constituir una garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimar el aumento de gastos de explotación ni, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las resultas de la misma a la Entidad concedente, pues ello haría inefectivo el principio de riesgo y ventura del contratista.

Estas premisas, que sirven de base para el cálculo inicial de la retribución y que, como se ha dicho, no fueron acogidas en su día en el PCAP, deben mantenerse durante toda la vida de la concesión, y en ello consiste el mantenimiento del equilibrio de la misma, de forma que el concesionario sólo tiene derecho a la modificación de la retribución para restablecer dicho equilibrio en aquellos supuestos en que, de conformidad con el artículo 127.2, 2ª RSCL, la Administración concedente: a) hubiera ordenado modificaciones en el servicio que incrementaren los costes o disminuyeran la retribución (*factum principis*); o b) cuando sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, determinaren la ruptura de la economía de la concesión (doctrina del riesgo imprevisible, con el alcance que a la misma dimos en nuestro Dictamen 1/2008).

Partiendo de estas premisas cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) Las proyecciones de ingresos y gastos realizadas en su momento por la adjudicataria, cuya oferta preveía una subvención anual media a lo largo de toda la concesión de 343.279,91 euros, con un importe total de 12.602.011 euros (previsión ésta que le valió una mayor puntuación en el concurso, al ser más contenida que la presentada por la otra empresa competidora), han quedado claramente superadas en los sucesivos estudios económicos presentados por la contratista. Lo erróneo de este cálculo inicial queda patente cuando, en el último estudio económico, casi se multiplica por nueve la necesidad de financiación municipal, al prever una subvención total de 105.000.000 de euros.

b) El RSCL, al regular la retribución del concesionario, exige su suficiencia para cubrir el coste de las instalaciones, de la explotación y un beneficio industrial normal, estableciendo como premisa la buena y ordenada administración del servicio por parte de aquél. No parece acorde con esta condición que no consten en el expediente las cuentas auditadas de la concesión correspondientes a las anualidades vencidas, y ello a pesar de que el PCAP exige su presentación como requisito previo a la actualización de la retribución del concesionario, máxime si se consideran las importantes variaciones que se advierten en las proyecciones financieras realizadas por la concesionaria, que, en apenas cinco meses, ha pasado de considerar necesaria una subvención total de 48.936.394 euros en mayo de 2008, a casi doblar esa cantidad en el estudio de viabilidad presentado en septiembre del mismo año (86.107.721 euros) para pasar a exigir una financiación municipal compensatoria de 105.000.000 euros tan sólo un mes después. Tan sustanciales variaciones en un período de tiempo tan corto, sin que se acrediten en el expediente circunstancias que las justifiquen, hacen dudar de la bondad de tales cálculos y de que respondan al indicado principio de buena administración.

c) El expediente no ofrece información detallada acerca de si el Ayuntamiento ha dictado órdenes de modificación del servicio que hubieran podido romper el equilibrio de la concesión, si bien cabe presumir que las mayores inversiones realizadas responden a una continua relación dialogada entre la contratista y la dirección facultativa de las obras y el órgano municipal encargado de la coordinación y seguimiento del proyecto, que no se formalizó adecuadamente. En este sentido, como ya quedó expresado en la Consideración Tercera de este Dictamen, una buena parte de las modificaciones operadas sobre el proyecto inicial —que extienden sus efectos durante toda la vida de la concesión— son calificables como imprevisiones y errores de proyección. Por las mismas razones allí expuestas, tampoco pueden considerarse debidas a causas sobrevenidas o circunstancias imprevisibles, en los términos del artículo 127.2,2ª RSCL, ni los costes de amortización de aquellos gastos son debidos a causas imputables a la Corporación concedente.

d) Ya en la fase de explotación del parque, ha sido constante el aumento de gastos y la disminución de ingresos, sin que tampoco conste el dictado de órdenes por parte del Ayuntamiento que fueran determinantes de tales circunstancias. Antes bien, la causa principal de la disminución de ingresos está en la menor afluencia de público respecto de las previsiones iniciales. Según consta en el informe de la Dirección Económica y Presupuestaria de 19 de noviembre de 2008, y puede contrastarse en los sucesivos estudios de viabilidad económica presentados por el concesionario, dicha diferencia está cercana a los 70.000 visitantes por año, lo que, proyectado durante toda la vida de la concesión, supone una minoración de ingresos respecto a los inicialmente previstos, superior a los 50.000.000 de euros.

Ya se indicó que la disminución en la frecuentación del equipamiento por parte del público es uno de los elementos que conforman el riesgo de gestión para el adjudicatario. Para que su incidencia en la economía del contrato diera derecho al concesionario a exigir una compensación restauradora del equilibrio económico, al amparo de la teoría del riesgo imprevisible, sería necesario *“comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución”* (STS, 3ª, de 2 de marzo de 1999). En el mismo sentido, el ya citado Dictamen 1/2008 de este Consejo Jurídico.

La determinación de si esta disminución en la frecuentación de las instalaciones puede ser considerada como imprevisible para el concesionario, exigiría conocer en qué parámetros se basó el contratista para la realización de los cálculos iniciales de afluencia de público, lo que permitiría efectuar un juicio acerca de si aplicó una mediana diligencia en la determinación de tales previsiones, a las que no se puede exigir una certeza y precisión absolutas, en la medida en que responden a múltiples factores ajenos al ámbito de disposición del contratista. A pesar de ello, la situación del mercado es un riesgo previsible de todo negocio, pues la existencia de mayores o menores ventas en un determinado período o a lo largo de la concesión no es circunstancia inesperada cuando el propio objeto del contrato depende de la voluntad de un tercero que se desconoce en el momento de la adjudicación del contrato, por lo que una menor aceptación entra dentro de las posibilidades que han de afrontarse (STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 191/2004, de 17 de febrero). Por otra parte, el desconocimiento de los parámetros de cálculo utilizados por el concesionario para formular su oferta impide conocer también si se han producido cambios relevantes en los mismos durante los cinco años transcurridos desde el cálculo inicialmente realizado, para arrojar unos resultados tan dispares y que han ido disminuyendo progresivamente las previsiones de afluencia de visitantes. En cualquier caso, el expediente de

la modificación contractual tampoco apunta las causas de la constante disminución de las previsiones de afluencia, lo que a su vez impide conocer en qué medida la menor afluencia se ha debido o no a causas ajenas a la gestión del concesionario.

Ante tales circunstancias, únicamente cabe concluir que la oferta inicial del contratista adolecía de un notable error de base, a él imputable, posiblemente motivado por la insuficiencia de los criterios utilizados para calcular los parámetros que la debían conformar. Ello haría inaplicable en el presente supuesto la doctrina del riesgo imprevisible, pues no se habría acreditado uno de los elementos exigidos por la jurisprudencia para su consideración, como es el acaecimiento de circunstancias extraordinarias, sobrevenidas e imprevisibles en el momento de formular el adjudicatario su oferta, no siendo trasladable en su integridad el error de cálculo padecido por el concesionario a la Corporación Local.

Si bien el expediente remitido al Consejo Jurídico, por sus carencias y omisiones, no permite efectuar una consideración más ajustada al caso concreto sometido a consulta, no debe dejarse de advertir que, para el hipotético caso de que el concesionario pudiese acreditar la debida diligencia en la formulación de sus previsiones iniciales de afluencia de público, de forma que la sustancial diferencia existente entre aquéllas y la realidad pudiera llegar a ser calificada como imprevisible, una ponderada concepción del riesgo y ventura en los contratos de concesión de obra pública local, en orden a evitar una absoluta subversión de la economía de la concesión, y en razón de la equidad y la buena fe que debe presidir la relación contractual, aconsejaría un reparto de la carga económica derivada de la disminución de ingresos por taquilla entre la Corporación y el concesionario, como señala la jurisprudencia. Así, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 1985, dice que ante el desequilibrio producido por causas sobrevenidas e imprevisibles ajenas a la conducta de las partes, que ponen en peligro la supervivencia del servicio público por ruptura de la economía de la concesión, *“la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión, ni sea tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración concedente imponiendo a ésta en favor del concesionario, un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos; compensación que por tanto no puede determinarse en atención a los elementos de la retribución pactada, sino mediante una apreciación global de las circunstancias concurrentes en cada caso a fin de conseguir la más adecuada y equitativa redistribución de la carga extracontractual, lo cual sólo es posible con base en informes periciales prudente y racionalmente valorados”*.

e) En el capítulo de ingresos, también ha de advertirse que las nuevas tarifas de precios propuestas, a satisfacer por el público, contravienen lo establecido en el PCAP, en la medida en que los pretendidos aumentos no se ajustan a la Cláusula Cuarta del Pliego, según la cual las tarifas podrán ser revisadas anualmente por la Corporación, conforme a las variaciones del IPC. Comoquiera que la nueva propuesta de precios al público efectuada por la concesionaria, incluye aumentos para el parque zoológico de entre el 50 y el 75% y entre el 6,5 y el 12% para el acuático, superiores al índice de precios de referencia, dicha propuesta ha de ser considerada igualmente como de modificación del contrato.

III. De lo expuesto, cabe deducir que la modificación del sistema de retribución del concesionario, si bien persigue limitar el riesgo de explotación que asume el Ayuntamiento, no lo hace con el alcance y el rigor que debiera. La fundamentación que pretende ampararla

incide fundamentalmente en la limitación de la traslación de los resultados económicos de la explotación del Parque al Ayuntamiento, haciendo efectivo el principio de riesgo y ventura del concesionario, trasladándole de forma real los riesgos de la explotación o, al menos, limitando la hasta hoy total cobertura que de ellos ha venido asumiendo la Corporación concedente, considerando que ello sería lo más adecuado al interés público, dado el déficit creciente de la instalación.

Sólo desde esa visión dominante del interés público podría ampararse la modificación, como forma de evitar la quiebra de la concesión y la cesación en la prestación del servicio.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, el nuevo sistema de retribución del concesionario habría de ajustarse a los siguientes parámetros:

1. Presupuesto necesario de cualquier decisión al respecto ha de ser la efectiva presentación de las cuentas anuales auditadas, en las que se determinen “*claramente los resultados de explotación de la concesión*” (Cláusula 4.3 PCAP).

2. No debe obviarse el mantenimiento del canon, para el supuesto de que en algún momento de la concesión ésta llegara a ser exigible a la concesionaria, conforme a lo establecido en la Cláusula 4.4 PCAP y en la oferta de la adjudicataria en cuanto a su importe (6% de los ingresos brutos).

3. La cuantía de la subvención compensatoria debe establecerse considerando que:

a) No son imputables al Ayuntamiento los gastos de amortización de las mayores inversiones realizadas por el concesionario como consecuencia de las imprevisiones y errores en que incurrió al redactar el proyecto original, cuyo coste debe asumir el contratista.

b) Tampoco debe cubrir la Corporación consultante todos los riesgos de explotación de la concesión, incluido el de demanda, por la menor frecuentación de la explotación. Sólo en la medida en que el concesionario acredite que obró con la debida diligencia al efectuar los cálculos de afluencia de público a las instalaciones, y la concurrencia de circunstancias sobrevenidas y ajenas a su gestión, que hicieran imprevisible en el momento de formular su oferta la importante diferencia existente entre el número real de visitantes y sus previsiones, podría trasladarse al Ayuntamiento una parte del coste económico derivado de esa disminución de ingresos.

Tales determinaciones, como ha quedado razonado con anterioridad, quedan condicionadas a la realización de ulteriores actuaciones de carácter técnico que precisen tanto la imputabilidad a cada parte en el contrato de los correspondientes costes, como el alcance de éstos.

4. La determinación de qué servicios (y ya sean éstos deficitarios o excedentarios, por utilizar la terminología del último informe de la Dirección Económica y Presupuestaria) han de ser prestados en el Parque, debe corresponder a la Administración y no quedar en manos del concesionario, que viene obligado por su oferta y el contrato. Y ello sin perjuicio de las garantías con que cuenta el concesionario en caso de introducir la Administración modificaciones en el servicio concedido, al amparo del artículo 127.1 RSCL.

QUINTA.- Replanteamiento de la cuestión a la luz del interés público.

Considera el Consejo Jurídico que, en materia de contratación local, ha de tenerse en cuenta la situación que se produce cuando está afectada la vida de la Corporación por un

período de tiempo tan largo (35 años), de tal modo que la modificación de un contrato, que comprometa sustancialmente (respecto del inicial) los presupuestos locales durante un período de tiempo tan dilatado, debe examinarse a la vista de cuanto suponga un compromiso para una política local de gasto que puede ser distinta en el futuro. Aquí, para valorar ese extremo, debe recordarse que el gasto anual medio que significaría para la Corporación el contrato una vez modificado conforme a la propuesta sometida a consulta (3.000.000 de euros), supone, según el último estudio económico de viabilidad, un incremento de casi el 900% de la financiación compensatoria inicialmente requerida (343.279,91 euros).

En vista de un cambio tan sustancial, entre cuyas causas fundamentales se han identificado errores de proyección y previsión del contratista, tanto en la elaboración del proyecto inicial de las obras como en el número de visitantes del parque, quizás serviría mejor al interés público el ponderar de nuevo y más adecuadamente la situación creada, para determinar si procede la modificación, o, por el contrario, sería más acorde al interés público local poner fin a la misma, actuando en ejercicio de las potestades que reconoce a la Administración concedente tanto el artículo 167, b) y c) TRLCAP como la Cláusula 18.1, c) y d) PCAP.

Por otra parte, una vez actuado conforme se indica en la Consideración Cuarta de este Dictamen, y fijado definitivamente el importe de la subvención tras detraer aquellas cantidades que, por resultar imputables al propio contratista, no han de ser soportadas por la Administración, puede resultar inviable la concesión, cabiendo la posibilidad de resolver el contrato de mutuo acuerdo, conforme a lo dispuesto en el artículo 111, c) TRLCAP.

En cualquier caso, esta ponderación, que no consta que todavía se haya realizado, sólo corresponde efectuarla a la Corporación Local consultante, en cuanto titular del interés público implicado.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la modificación contractual en los términos propuestos por la Corporación consultante, de conformidad con lo indicado en las Consideraciones Tercera y Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- El Consejo Jurídico sugiere la ponderación de alternativas diferentes a la modificación contractual a la luz del interés público, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

TERCERA.- Si, finalmente, la Corporación consultante considerara que el interés público local demanda la continuación del servicio y la modificación contractual, ésta debería ajustarse a los parámetros indicados en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 93/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 20/05/09****Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 94/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en finca de cultivo de su propiedad por anormal funcionamiento de los servicios públicos.**Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)****Fecha: 20/05/09****Extracto de Doctrina**

Para que la reclamante pueda considerarse legitimada para deducir la acción resarcitoria no es suficiente la acreditación de su condición de nuda propietaria de la finca en cuestión, pues consta la existencia de un usufructo vitalicio a favor de sus padres, cuya extinción debería acreditar mediante la acreditación del fallecimiento de los mismos (consolidando así la plena propiedad), o bien haber adquirido el derecho de disfrute de la finca por cualquier título admitido en Derecho (adquisición del dominio útil, arrendamiento, etc.). Ello debería ser requerido en todo caso por la instrucción previamente a la resolución del procedimiento. De no acreditar un título adecuado al efecto, la reclamante carecería de legitimación activa.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 7 de abril de 2006, x. presentó reclamación dirigida a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes solicitando indemnización por los daños sufridos en una finca de cultivo de almendros de su propiedad, sita en Tallante, colindante con la carretera N-332. Alega que su plantación se vio afectada por el producto empleado en la fumigación realizada con un herbicida en las cunetas de dicha carretera por parte de los servicios regionales de mantenimiento de la misma, causándole daños a las dos primeras filas de almendros, según informe pericial aportado al efecto, que indica que no puede valorarse el daño en el momento de la reclamación, hasta analizar la evolución de los árboles, no obstante lo cual se estima inicialmente el daño en 585 euros, resultado de considerar un rendimiento de 1,50 kilogramos de almendra en pepita por árbol, por 65 árboles afectados, a 6 euros el kilogramo. Adjunta copia de ficha de la situación y de características agrícolas de la parcela, emitida por el sistema SIGPAC, sin autenticación oficial.

Además del citado informe pericial, aporta copia de escritura de donación, de fecha 27 de enero de 1988, en la que consta ser la nuda propietaria de tres fincas sitas en el paraje de Tallante, siendo sus padres los usufructuarios vitalicios, y señalando como la finca afectada una allí descrita como colindante por el Norte con la “*carretera de Mazarrón*”.

SEGUNDO.- Con fecha de 22 de mayo de 2006 el instructor del expediente formula escrito dirigido a la reclamante requiriéndole la subsanación y proponiendo la mejora de la reclamación presentada; en la misma fecha solicita el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras.

TERCERO.- El 30 de mayo de 2006 la interesada presenta escrito atendiendo al requerimiento de referencia.

CUARTO.- Con fecha 8 de junio de 2006 se emite informe por la Dirección General de Carreteras en el que, entre otros aspectos, se manifiesta que es cierto el evento lesivo expuesto en la reclamación, que los trabajos de fumigación se realizaron entre los días 8 y 10 de marzo de 2006, tratando las cunetas con herbicida para eliminar hierbas y malezas que obstaculizan el drenaje longitudinal de la carretera, la cual es de competencia regional. Añade que no pueden valorarse los daños causados.

QUINTO.- Mediante oficio de 2 de enero de 2007 se otorga a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, sin que conste la presentación de alegaciones.

SEXTO.- El 9 de mayo de 2008 se requiere a la reclamante a fin de que fije y concrete la realidad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos, dado que en el informe pericial se difiere la valoración a la evolución de los árboles dañados.

SÉPTIMO.- El 26 de mayo de 2008 la reclamante presenta escrito solicitando que la valoración final se ajuste a la cuantía de la valoración previa contenida en el informe pericial, al no haberse detectado hasta la fecha más daños que los ocasionados inicialmente.

OCTAVO.- El 22 de octubre de 2008 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación. En síntesis, porque, no planteando dudas el informe del Ingeniero de la Dirección General de Carreteras acerca de la producción de los hechos, procede abonar los gastos ocasionados según el informe pericial presentado por la reclamante, ya que recoge como afectados “*dos filas de almendros en la zona norte de la parcela en el lindero con la Carretera N-332, debido a que durante la fumigación de la hierba de la cuneta el herbicida aplicado mojó dichos árboles*”, considerando que el hecho de afectar a dos filas de árboles situados junto a la carretera parece una consecuencia lógica y no desmesurada, adecuada a la acción administrativa producida al fumigar las malas hierbas de la cuneta, admitida por el Ingeniero de la Dirección General de Carreteras. Por lo que respecta al importe de los daños reclamados, se acepta lo expresado en el informe presentado por la reclamante, al no existir otros informes de esa fecha sobre el particular.

Dicha propuesta, remitida a este Consejo Jurídico, en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de Dictamen preceptivo, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Al reconocer el informe de la Dirección General de Carreteras la realidad del hecho lesivo, debe incluirse en ello la fecha de su producción expresada por la reclamante, conforme a la cual la reclamación se habría presentado dentro del indicado plazo, según se desprende de los Antecedentes.

II. Para que la reclamante pueda considerarse legitimada para deducir la acción resarcitoria no es suficiente la acreditación de su condición de nuda propietaria de la finca en cuestión, pues consta la existencia de un usufructo vitalicio a favor de sus padres, cuya extinción debería acreditar mediante la acreditación del fallecimiento de los mismos (consolidando así la plena propiedad), o bien haber adquirido el derecho de disfrute de la finca por cualquier título admitido en Derecho (adquisición del dominio útil, arrendamiento, etc.). Ello debería ser requerido en todo caso por la instrucción previamente a la resolución del procedimiento. De no acreditar un título adecuado al efecto, la reclamante carecería de legitimación activa.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la realización por su parte de una actuación de conservación de una carretera de su titularidad a la que se imputa el daño. No consta que se haya realizado por un contratista, a efectos de su emplazamiento y de una eventual vía de regreso.

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y en el RRP para esta clase de procedimientos, salvo en lo atinente a la acreditación de la legitimación de la reclamante, en los términos ya expuestos, y en la determinación del alcance del daño efectivo imputable a la actuación administrativa, para lo que se debería haber solicitado un informe de los servicios de agricultura regionales, según lo que se expone seguidamente.

TERCERA.- Insuficiente instrucción en lo relativo a la determinación del alcance de los daños por los que se solicita indemnización.

I. Del artículo 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a responder por los daños y perjuicios efectivos, evaluables económicamente e individualizados que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos de su competencia, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

En el presente caso, los servicios de la Dirección General de Carreteras reconocen la realidad del evento lesivo, que por ello ha de imputarse a la Administración regional, si bien informan que no es posible evaluar el daño indemnizable. En tal circunstancia, no es procedente aceptar, sin más, las afirmaciones realizadas por el informe pericial aportado por la reclamante en el sentido de que, en todo caso, el hecho de que las hojas de las dos primeras filas de almendros fueran alcanzadas por el herbicida utilizado por la Administración supone la pérdida de una determinada (estimada, en realidad) producción de sus frutos, o la valoración realizada de tal producción. Tanto los posibles efectos dañinos del producto empleado, como su estimada incidencia sobre el número de árboles que se dicen afectados (que debería ser comprobado “in situ”), así como la estimación, en su caso, de la producción perdida por tal causa y su valoración económica, son parámetros que deberían ser objeto de contraste por los servicios competentes de la Consejería de Agricultura y Agua (en coordinación con la citada Dirección General), para disponer de ese modo de una adecuada instrucción de la decisión que deba adoptarse sobre la existencia y la valoración del daño cuyo resarcimiento quepa razonablemente reconocer. Determinaciones que, a la vista de la evaluación de los parámetros anteriores y de cualesquiera otros técnicamente procedentes, deben serle específicamente requeridas a dichos servicios técnicos, en tanto el instructor carece de la competencia técnica para realizar por sí sólo tales apreciaciones, sin que la escasa cuantía de la indemnización reclamada sea dato suficiente para considerar lo contrario.

II. En consecuencia, procede: a) requerir a la reclamante para que acredite su legitimación activa, en los términos expresados en el epígrafe II de la Consideración Segunda; b) solicitar de los servicios competentes de la Consejería de Agricultura la emisión del informe al que se refiere el epígrafe precedente; c) otorgar a la reclamante un nuevo trámite de audiencia en el caso de que, del informe interesado, no se desprendiera la procedencia de reconocer la indemnización solicitada por aquélla, o si hubiera que realizar adicionales actos de instrucción al respecto; d) remitir el expediente nuevamente a este Consejo Jurídico para la emisión del informe que proceda, en el supuesto de que se hubiera tenido que practicar un nuevo trámite de audiencia, por concurrir alguna de las circunstancias señaladas en la letra c) anterior.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede realizar las actuaciones instructoras expresadas en las Consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen, por las razones allí expresadas.

SEGUNDA.- En consecuencia con lo anterior, la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación se informa desfavorablemente, sin perjuicio de lo expresado en la Consideración Tercera de este Dictamen sobre la instrucción adicional a practicar.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 95/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, por los daños y perjuicios sufridos en parcela de su propiedad como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 20/05/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 35.

DICTAMEN 96/09.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción del Centro de Atención Infantil en la calle Dr. Grande Covián de Yecla.

Consultante: Ayuntamiento de Yecla

Fecha: 25/05/09

Extracto de Doctrina

La más reciente doctrina jurisprudencial viene sosteniendo la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008; STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 233/2008, de 11 de marzo).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de julio de 2007 se formalizó contrato administrativo de obras entre el Ayuntamiento de Yecla y la mercantil “--, S.L.” para la ejecución por esta última de las obras de construcción de un Centro de Atención Infantil en la calle Doctor Grande Covián, conforme al proyecto redactado por el arquitecto x. y aprobado por el Ayuntamiento, por un importe de 396.000 euros y un plazo de ejecución de seis meses y medio, a contar desde el día siguiente al de la firma del Acta de comprobación del replanteo, que fue extendida, con carácter favorable y de conformidad entre las partes, el 24 de agosto de 2007.

El contratista constituye garantía definitiva por importe de 15.840,00 euros, mediante aval del Banco de Galicia.

El 12 de septiembre de 2007, el Arquitecto Técnico Municipal (codirector de las obras junto con el Arquitecto, x. y el Ingeniero Técnico Industrial, x.), remite oficio a la Concejala de Educación y Escuelas Infantiles manifestándole que, tras la firma del Acta de comprobación del replanteo y a pesar de haber requerido al jefe de obra de la empresa contratista para que procediese al inicio de las obras, éstas no han comenzado sin que exista justificación alguna para ello.

SEGUNDO.- La Junta de Gobierno del Ayuntamiento mediante Acuerdos de 9 de octubre de 2007 y 5 de febrero de 2008, insta a la empresa para que inicie las obras al tiempo que le advierte que de persistir en la demora se adoptarán las medidas sancionadoras o de otro tipo que correspondan.

TERCERO.- Solicitado informe jurídico a la Secretaría del Ayuntamiento, el Técnico de Administración General informa que ante el incumplimiento contractual consistente en demora en el inicio de las obras, la Corporación Local puede optar entre resolver el contrato con incautación de fianza y fijación de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, o bien proseguir el contrato con imposición de penalidades al contratista.

CUARTO.- Con fecha 11 de marzo de 2008 el Arquitecto Técnico Municipal emite informe del siguiente tenor:

“Que con fecha 11 de febrero de 2008 se convocó una reunión con la contrata adjudicataria de las obras de referencia para ver el estado de las mismas y su continuidad.

Por lo que al día de hoy, solamente se ha realizado una visita de obra con el encargado para el replanteo habiéndose realizado por parte de la contrata el desbroce del terreno (en un mes).

Este Técnico ordenó que se realizara el vallado perimetral de la parcela para independizar la obra de la vía pública, llamando en repetidas ocasiones al encargado de la obra sin que se tenga conocimiento de cualquier actuación posterior; por lo que la parcela está desbrozada y sin vallar (no existiendo peligro alguno para las personas puesto que no se ha realizado ninguna actuación de obra ya que está paralizada sin motivo alguno)”.

QUINTO.- Con fecha 11 de marzo de 2008, la Junta de Gobierno acuerda iniciar expediente de resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva depositada, emplazando al contratista y a la entidad avalista para que en el plazo de 10 días formulen las alegaciones que convengan a su derecho. La fijación de daños y perjuicios que el incumplimiento contractual pudiera originar a la Corporación Local (incluida la posible pérdida de subvenciones), se pospone hasta el momento en el que se conozcan todos los datos que permitan una adecuada valoración de aquéllos.

SEXTO.- A propuesta del Jefe de los Servicios Técnicos Municipales, y sin perjuicio del acuerdo de iniciación del expediente de resolución del contrato, la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 17 de marzo de 2008, acordó la designación del Arquitecto Técnico Municipal, x., como Coordinador de Seguridad y Salud de la obra de referencia.

SÉPTIMO.- Con esa misma fecha la citada Junta de Gobierno, visto el informe favorable emitido por el Coordinador, acuerda aprobar el Plan de Seguridad y Salud elaborado por la adjudicataria.

OCTAVO.- X., en representación de la contratista, formula, mediante escrito fechado el día 3 de abril de 2008, oposición a la resolución del contrato con base en las siguientes razones:

1ª. Que se ha realizado una programación para la ejecución de las obras, que comenzará el 7 de abril de 2008 y finalizará el 21 de julio de 2008.

2ª. Que conforme a las comunicaciones que se adjuntan, desde el 31 de agosto de 2007 hasta el 3 de marzo de 2008 la contratista de buena fe ha estado esperando la documentación

que verificase la aprobación del Plan de Seguridad y Salud de la obra, así como el aviso previo a la autoridad laboral.

3º. Que, según el artículo 7.2 del RD 1627/1997, de 24 de octubre, el Plan de Seguridad y Salud debe ser aprobado antes del inicio de la obra por el coordinador en materia de seguridad y salud, no constando en los archivos de la mercantil el acta de aprobación.

Finalmente, solicita que se opte por la continuación de la ejecución del contrato, y que se remita la aprobación del Plan de Seguridad y Salud y el aviso a la autoridad laboral, acompañando correos electrónicos enviados por personal de la empresa a un empleado municipal de fechas 31 de agosto y 7 de septiembre de 2007, 27 y 29 de febrero, y 3 de marzo de 2008 (folios 56 a 68).

NOVENO.- Mediante escrito suscrito por el Arquitecto Técnico Municipal (registro de salida 17 de abril de 2008), se remite a la contratista copia del aviso previo a la autoridad laboral y de la reanudación de la actividad respecto a varias obras, entre ellas la del Centro de Atención Infantil objeto del presente expediente.

DÉCIMO.- Previa valoración de las alegaciones presentadas por la empresa contratista por parte del Arquitecto Técnico Municipal y del Secretario de la Corporación (folios 71 a 73), la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 6 de mayo de 2008, asume la propuesta de resolución elevada por la Alcaldía, y solicita el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, dando cuenta del trámite efectuado a la empresa contratista y al avalista.

UNDÉCIMO.- Recabado por la Alcaldía el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico en fecha 2 de junio de 2008 (registro de entrada) se adoptó el Acuerdo 13/2008, en el que se solicitó al Ayuntamiento que completara el expediente con las siguientes actuaciones:

“1º. En el informe emitido por el Arquitecto Técnico Municipal obrante al folio 71, se hace mención a un total de cuatro informes técnicos ‘que constan en el expediente’, emitidos los días 12 de septiembre y 30 de octubre de 2007, y 4 de febrero y 11 de marzo de 2008. Sin embargo, sólo se han remitido los correspondientes a los días 12 de septiembre de 2007 y 11 de marzo de 2008, por lo que deben incorporarse los otros dos, al objeto de verificar si en ellos se hizo constar algún dato relativo al retraso de la empresa en presentar el Plan de Seguridad y Salud.

2º. En ese mismo informe el Arquitecto Técnico Municipal también afirma que ‘hay en el expediente un informe del firmante expresivo de que debe requerirse a x. la presentación del Plan’. Como tampoco dicho informe se encuentra entre la documentación remitida, debe completarse el expediente con su incorporación, así como con el requerimiento que al efecto se hiciese al contratista.

3º. No consta en el expediente el fax por el que la empresa hizo llegar a la Corporación Local un acuse de recibo de una empresa de mensajería (x), con la que intenta acreditar el envío al Ayuntamiento del Plan de Seguridad y Salud, por lo que también debe ser remitido para su incorporación al expediente.

4º. Tampoco consta en el expediente la copia del aviso previo y comunicado de apertura o reanudación de la actividad para las obras del Centro de Atención Infantil en C/ Dr. Grande Covián, a que hace referencia el oficio del Arquitecto Técnico Municipal, obrante en el folio 70 del expediente, por lo que debería ser remitido para su incorporación al mismo.

5°. Conocer el estado actual de la obra tras el comunicado de apertura de la actividad, según el anterior oficio del Técnico Municipal, y la afirmación que se contiene en el informe que obra al folio 72 ('...y sin que hasta fechas muy recientes se hayan iniciado las obras'), de donde se desprende que, finalmente, las obras se iniciaron con anterioridad a la remisión del expediente al Consejo Jurídico".

DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de febrero de 2009 (casi siete meses después) ha tenido entrada en el Consejo Jurídico el oficio del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Yecla, acompañando la documentación solicitada y, en su defecto, aclarando algunos de los apartados reseñados, entre los que cabe citar que la referencia que se contiene en el informe del Arquitecto Técnico Municipal fechado el 5 de mayo de 2008, en relación con un informe anterior por el que el citado técnico se manifestaba sobre la necesidad de requerir a x. para la presentación del Plan, es "*un error al transcribir el informe del Técnico Municipal sobre otro correspondiente al expediente del Centro de Atención Infantil 'Médico Miguel Rodríguez', que es objeto de otro expediente de resolución y con la misma empresa*".

Entre la documentación remitida, cabe destacar:

— El fax por el que el contratista hizo llegar a la Corporación Local un acuse de recibo de una empresa de mensajería (x), con la que intenta acreditar el envío al Ayuntamiento del Plan de Seguridad y Salud; documento que, a pesar de lo manifestado por el Ayuntamiento en su escrito de 4 de febrero de 2009, no aparece entre los que integran el expediente remitido en su día a este Consejo.

En relación con este documento cabe señalar lo siguiente:

a) Se han remitido dos hojas correspondientes a un fax que, según reza su encabezamiento, estaba integrado por cinco hojas.

b) La documentación que se acredita haber entregado corresponde a un contrato de obras suscrito entre la misma empresa y el Ayuntamiento de Yecla distinto al que aquí se dictamina.

— El aviso previo a la autoridad laboral del comienzo de las obras por parte del Ayuntamiento de Yecla, suscrito por el arquitecto técnico municipal en su representación, en el que se especifica que las obras comenzarán en marzo de 2008, con una duración prevista de 6,5 meses, así como el comunicado de apertura/reanudación de la actividad.

— Un informe del Arquitecto Técnico Municipal de 28 de enero de 2009, sobre el estado actual de las obras, en el que, después de afirmar que han transcurrido 17 meses desde la firma del acta de replanteo, constata que:

"Dicha obra se encuentra en fase de cerramientos de fachada y tabiquería terminada de fábrica de ladrillo (28,05% de obra ejecutada s/total), por lo que según planning de obra de proyecto, quedará un plazo de ejecución de 3,7 meses (resta por ejecutar un 56,92% de plazo de ejecución)".

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento por el que se pretende resolver un contrato, 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 (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP), aplicable al contrato cuya resolución se pretende en atención al momento de adjudicación de aquél; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Objeto del contrato, causa de resolución y normativa aplicable.

El contrato de obras suscrito el 19 de julio de 2007, cuya resolución se propone, tiene por objeto la ejecución de las obras de un Centro de Atención Infantil en calle Doctor Gran- de Covián, en P.I. “Las Teresas” en la localidad de Yecla, siendo la contratista la empresa --, S.L., al igual que de la construcción de otro Centro de Atención Infantil en la calle Médico Miguel Rodríguez de la misma localidad, cuyo expediente de resolución ha sido objeto del Dictamen 90/2009 de este Órgano Consultivo.

Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Junta de Gobierno Local), se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 59 TRL- CAP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación el citado TRLCAP y el RD 1098 /2001, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La causa invocada para la resolución contractual en el acuerdo de incoación del expediente, de 11 de marzo de 2008, es el incumplimiento por parte de la contratista del plazo convenido para la ejecución de las obras (6 meses y medio), según la Cláusula Tercera, concurriendo con ello la causa prevista en el artículo 111,e) TRLCAP: “*La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)*”, a la vista de la paralización de las obras, según constata la dirección facultativa el 11 de marzo de 2008, es decir, el mismo día en el que se cumplía el plazo total convenido para la ejecución de las mismas.

En su descargo, la empresa contratista se opone a la misma (Antecedente Noveno), solicitando la continuación de las obras, y atribuye la tardanza a la falta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud de la obra, que corresponde a la Administración contratante, según el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

Sin entrar a considerar el fondo de la consulta planteada, por las razones procedimentales que seguidamente se abordarán, han de ponerse de manifiesto ciertas actuaciones de la Administración contratante posteriores a la finalización del plazo de ejecución del presente contrato de obras, que no se orientan precisamente a la resolución contractual, sino más bien a su consumación:

1ª) Con posterioridad al inicio del expediente para la resolución contractual, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Yecla aprobó el 17 de marzo de 2008 el Plan de Seguridad y Salud remitido por la empresa, comunicando a la contratista el aviso previo a la autoridad laboral y el comunicado de apertura/reanudación de las obras.

2ª) En el aviso previo de la dirección facultativa a la autoridad laboral se hace constar que la fecha prevista para el comienzo de las obras es marzo de 2008, con una duración de 6,5 meses, es decir, en el mismo mes en que finalizaba el plazo de ejecución.

3ª) Según el informe de la dirección facultativa sobre el estado actual de las obras, fechado a 28 de enero de 2009, evacuado a petición de este Consejo Jurídico, aquéllas se encuentran ejecutadas en un 28,05%, quedando un plazo de ejecución de 3,7 meses, plazo que ya ha transcurrido, lo que suscita a este Órgano Consultivo si las obras han continuado ejecutándose y si se encuentran ya terminadas, de acuerdo con la planificación señalada por el técnico municipal.

Lo anterior se pone de manifiesto por el tiempo transcurrido, y si la obra se hubiera ejecutado y recepcionado resultaría improcedente la resolución de un contrato ya extinguido, sin perjuicio de que el incumplimiento del contratista acreditado en tiempo y forma permita a la Administración declarar la responsabilidad de aquél y, en consecuencia, su obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme a lo previsto en el artículo 43.2.b) TRLCAP para lo que habría de instruirse el oportuno expediente, ya sin la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico.

TERCERA.- Procedimiento para la resolución contractual. Efectos del transcurso del plazo: la caducidad.

Estamos en presencia de un procedimiento iniciado de oficio para cuya resolución el TRLCAP no fija plazo. Sería de aplicación supletoria, pues, lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 42 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), debiendo haberse resuelto el procedimiento en un plazo máximo de tres meses contados a partir del indicado día 11 de marzo de 2008.

El transcurso del plazo máximo de tramitación sin que haya recaído resolución expresa y se haya notificado obliga a considerar los efectos que ello conlleva sobre el procedimiento.

El Consejo de Estado, seguido por otros Consejos Consultivos, aboga por la inaplicación a los procedimientos de resolución contractual, con carácter general, del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC. Dice el Consejo de Estado que resulta difícil la incardinación de las potestades resolutorias ejercitadas por la Administración en las sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, pues *“la materia contractual presupone necesariamente un vínculo de esa naturaleza entre las partes (la Administración y la contrata) que excluye la relación general de sujeción en que pueden ejercerse potestades de intervención o de sanción, a la que viene referido expresamente el artículo 44.2 de la Ley 30/1992”* (Dictámenes del Consejo de Estado 277/2002 y 1382/2008, entre otros, y del Consejo Consultivo de Canarias 159/2008). Pero, además, siendo la LPAC de aplicación meramente supletoria en relación con los procedimientos regulados en el TRLCAP (Disposición adicional séptima), el hecho de que los indicados procedimientos de resolución contractual tengan genéricamente atribuido el carácter de urgentes (artículo 157 Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre y, luego, artículo 109.2 RCAP), impone el deber legal de resolverlos en el menor tiempo posible, lo que es difícilmente compatible con una eventual declaración de caducidad y posterior nueva incoación del procedimiento.

En todo caso, no puede olvidarse que el citado artículo 44.2 LPAC tiene una excepción en el 92.4 de la misma Ley, que impide la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general (la invocación del interés público, combinada con razones de economía procesal, como obstáculos a la declaración de caducidad de los procedimientos de resolución

contractual, también se encuentra presente en la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 342/2008, entre otros). Ahora bien, la utilización de este criterio demanda prudencia, en la medida en que no puede realizarse aquí una interpretación del concepto de “interés general” tan amplia que prive de virtualidad al artículo 44.2 citado, y que el 92.4 debe limitarse a supuestos en los que el interés general sea especialmente relevante.

A pesar de los razonamientos anteriores, la más reciente doctrina jurisprudencial viene sosteniendo la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008; STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 233/2008, de 11 de marzo), por lo que cabe concluir la procedencia de declarar caducado el sometido a consulta, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo al que podrán incorporarse las actuaciones seguidas en el caducado, conforme a un elemental principio de economía procesal, postura que este Consejo Jurídico viene sosteniendo desde el Dictamen 59/2009, de fecha 30 de marzo y continuada en los Dictámenes 88 y 90 de 2009.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede declarar caducado el procedimiento de resolución contractual sometido a consulta, sin perjuicio de la posibilidad del órgano contratante de incoar uno nuevo (Consideración Tercera), condicionado a la previa comprobación del estado de las obras, por las razones que se señalan en la Consideración Segunda.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 97/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 25/05/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 98/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, por accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 25/05/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 99/09.- Resolución de contrato relativo al diseño y elaboración de un simulador virtual de calderas de vapor y otro de columnas de rectificación destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 01/06/09

Extracto de Doctrina

1. Resulta necesaria una valoración por el órgano instructor de las alegaciones presentadas por la contratista (...) puesto 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.

2. La doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de junio de 2007, el Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF) dicta resolución por la que se adjudica a la empresa --, S.L. el contrato de servicios para el diseño y elaboración de Simuladores virtuales de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena (en lo sucesivo CNFPO), por un importe de 200.000 euros, designando a x., Director del citado Centro, como funcionario responsable del seguimiento y ejecución del contrato, con el asesoramiento técnico de x, y., ambos docentes licenciados en Ciencias Químicas.

SEGUNDO.- Una vez constituida por la adjudicataria la garantía definitiva por importe de 8.000 euros, se formaliza el contrato el 18 de julio de 2007, conforme a los Pliegos de

Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo PPT y PCAP, respectivamente), documentos que también se suscriben.

En la estipulación 2ª del contrato se especifica que la adjudicataria “*se compromete a la prestación del contrato con estricta sujeción a los Pliegos citados en la cláusula anterior, así como al contenido de su propia oferta, que sirvió de base para la adjudicación, pudiendo comenzar dicha prestación a partir de la firma del correspondiente contrato administrativo, y debiendo estar finalizada 18 meses después*”.

Y en la estipulación 3ª del mismo contrato se establece que el precio máximo que se obliga a pagar el SEF (200.000 euros) se distribuye en 160.060 euros para el ejercicio 2007 y 31.920 para el año 2008, en función del siguiente calendario:

“1. A la terminación del Simulador de Calderas de Vapor, el 40%.

2. A la terminación del Simulador de Columnas de Destilación y Rectificación, otro 40%.

3. A la entrega y recepción de conformidad de todos los productos, incluida la formación y adiestramiento de los docentes, el restante 20%”.

Sobre la duración del contrato, el PCAP (Cláusula 11) establece que el plazo comenzará a partir del día siguiente al de la formalización, y su finalización improrrogable será como máximo 18 meses después.

Entre las obligaciones de la empresa contratista se señala que será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle (Cláusula 15.1.3), y que deberá contar con el personal necesario para atender sus obligaciones (Cláusula 15.1.7).

También se prevé en la Cláusula 16 del PCAP —para el seguimiento y coordinación de los trabajos—, la creación de una Comisión, a través del CNFPO de Cartagena, con la composición que se indica, que validará los productos resultantes. Entre los integrantes figura el Director del citado Centro, que el contrato singulariza como funcionario responsable del seguimiento de la ejecución del Proyecto.

Por último, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) detalla con precisión las características específicas y funcionales de los Simuladores de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación, que contienen tres módulos o partes diferenciadas: descriptiva, operativa y ejercicios prácticos (folios 229 a 239).

TERCERO.- La primera reunión de la Comisión de seguimiento y coordinación de los trabajos del Proyecto se reúne en la sede del CNFPO en Cartagena el 27 de agosto de 2007, en la que se aprueba conjuntamente con la contratista, a propuesta del responsable del seguimiento, el siguiente calendario de los trabajos (folios 286 a 288):

- Revisión global de los trabajos del Simulador de Calderas: 18 de diciembre de 2007.
- Validación definitiva del Simulador de Calderas: 18 de abril de 2008.
- Revisión global del Simulador de Columnas; 18 de agosto de 2008.
- Validación definitiva del Simulador de Columnas: 18 de diciembre de 2008.
- Suministro, montaje, puesta en funcionamiento del sistema y formación y/o adiestramiento al profesorado en su manejo: 22 de diciembre de 2008.

Como consecuencia del citado calendario, el Director del SEF aprueba el reajuste de anualidades en el presente contrato, sobre la base del informe del técnico responsable del seguimiento del contrato, al haberse acordado con la contratista el calendario de entrega de los trabajos, según el cual en el año 2007 no tenía que entregarse por la empresa ninguno de los dos bloques previstos para ese año, a cuya entrega estaban anudados los pagos, sino que se entregarán en el año 2.008, conforme al precitado calendario, y así se hace constar por escrito por el representante de la empresa que muestra la conformidad con dicho reajuste, acordándose que los dos primeros bloques se entregarían el 18 de abril y 18 de diciembre de 2008, respectivamente.

CUARTO.- Constan las actas de la Comisión de seguimiento de los trabajos, correspondientes a las sesiones de los días 13 de diciembre de 2007, y 17 de abril, 28 de junio, 18 de julio, 11 y 30 de septiembre, 28 de noviembre y 12 de diciembre de 2008, fecha esta última en la que la contratista deja instalada la aplicación multimedia del simulador de calderas para que pueda ser revisada por los técnicos del CNFPO, en su condición de asesores de la dirección facultativa. También en esa reunión, cuya acta no aparece suscrita por el representante de la contratista en la copia del expediente, ésta entrega un escrito en el que solicita la prórroga hasta el 30 de abril de 2009 para poder finalizar los trabajos (folio 315).

Asimismo figura una propuesta del Director del CNFPO al SEF, de 26 de diciembre de 2008:

“Estudiado y analizado en profundidad el material entregado por x. relativo a la Caldera de Vapor por expertos docentes del Área de Química Básica, Sres. x, y., así como el técnico superior del Centro de Formación x., concluyen con sendos informes los cuales se adjuntan, en los que de una forma clara e inequívoca se pone de manifiesto que los materiales elaborados no se adecuan a las prestaciones contratadas, conforme a los requisitos mínimos fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas por los que se rige la presente contratación”.

De otra parte la misma propuesta destaca que se ha producido un incumplimiento en los plazos fijados para la ejecución y entrega de los trabajos, al no haberse terminado al día de la fecha el Simulador de Calderas de Vapor, conforme a los estándares de calidad fijados, ni haberse validado trabajo alguno en relación con el Simulador de Columnas de Rectificación, sin que, en ningún caso, dicha demora sea imputable a cambios solicitados e introducidos en el proyecto por parte del representante del órgano de contratación, según se desprende de la lectura de las nueve actas de seguimiento de los trabajos que se acompañan.

Finalmente concluye:

“Es por todo ello, por lo que la Dirección del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena, como representante del órgano de contratación en la Comisión para el control y evaluación del Proyecto, propone la resolución del contrato por incumplimiento de los estándares de calidad en el simulador virtual de Calderas de Vapor Piro-tubulares y la no ejecución del simulador virtual de Columnas de Rectificación en los plazos establecidos en el contrato”.

QUINTO.- Con fecha 29 de diciembre de 2008, el representante de la contratista remite un escrito por fax al responsable de la supervisión de los trabajos (Director del CNFPO), sosteniendo que, en su opinión, el Simulador de Calderas de Vapor Piro-tubular está finalizado de acuerdo con lo exigido en el PPT, frente a lo indicado por los asesores del Centro, urgiendo a que se le traslade un informe con los criterios objetivos y medibles de

los aspectos cuestionados; al día siguiente, se contesta al representante de la contratista, en el sentido de que ha de solicitar tal informe al órgano de contratación, quedando constancia de su petición el mismo día (folio 310).

SEXTO.- Con fecha 16 de enero de 2009, el Director General del SEF deniega la solicitud de prórroga del plazo de ejecución del contrato formulada por la contratista, al sostener que las causas del retraso no son debidas a la actuación administrativa, como sostiene la contratista, sino que se deben al incumplimiento por parte de aquélla, por lo que no concurren las causas legales para otorgarla.

Frente a dicha denegación, un representante de la contratista interpone recurso de alzada ante el Presidente del SEF, al entender que la denegación de la prórroga vulnera los principios de buena fe y de confianza legítima, frente a las actuaciones de la Administración (Director del CNFPO y Secretario del SEF), que le habían sugerido que se pronunciarían favorablemente a su otorgamiento, y que originaron unas expectativas de terminar las herramientas informáticas, continuando con el diseño y elaboración de los Simuladores.

También insisten en la idea de que es obligatorio para el órgano de contratación, en el presente supuesto, acordar la prórroga del plazo de ejecución por cuanto la demora no es atribuible al contratista o, por lo menos, en exclusiva, habiéndose apreciado una actitud de bloqueo y entorpecimiento sobre los trabajos por parte de los asesores de la Administración, cuyas propuestas eran muy genéricas, globales y subjetivas, de modo que el producto que la contratista debía entregar quedaba continuamente abierto. Concluye que, al no existir causa imputable a la empresa contratista, la resolución adolece de nulidad de pleno derecho.

No consta en el expediente la resolución del recurso de alzada por el órgano competente.

SÉPTIMO.- Con fecha 29 de enero de 2009, el Jefe de Sección de Contratación del SEF emite un informe en el que señala que concurre un incumplimiento contractual grave, al no haber ejecutado la empresa en el plazo comprometido las prestaciones objeto del contrato, habiéndose presentado sólo parte de una en las que se divide el trabajo, pero no se han terminado las restantes.

Expone que la causa de resolución contractual viene prevista en el artículo 95.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y recoge el procedimiento y los efectos que produce.

OCTAVO.- Con fecha 3 de febrero de 2009, el Secretario General Técnico del SEF formula propuesta de resolución contractual, con los efectos de la incautación de la fianza y la determinación de los daños y perjuicios que el incumplimiento haya podido ocasionar a la Administración regional, concediendo un trámite de audiencia a la contratista y avalista para la formulación de alegaciones (folios 439 a 443 y 463 a 467). También consta que fueron remitidos los informes técnicos de valoración a la empresa contratista vía fax (folio 452).

NOVENO.- El 6 de febrero de 2009, la contratista remite al SEF la factura de los trabajos correspondientes a la terminación del Simulador de Calderas entregado en las instalaciones del CNFPO de Cartagena el 12 de diciembre de 2008, siendo devuelta por la Sección de Contratación del Servicio Regional, por no proceder su pago debido a los incumplimientos en los que ha incurrido la empresa, advirtiendo a ésta que puede presentar las alegaciones pertinentes a la propuesta de resolución.

DÉCIMO.- Con fecha 21 de febrero de 2009 (certificación en la Oficina de Correos), x., actuando en nombre y representación de la contratista, presenta escrito oponiéndose a la resolución contractual por no ajustarse a derecho, reiterando los hechos contenidos en el recurso interpuesto contra la denegación de la prórroga, y alegando las siguientes consideraciones que se exponen sucintamente:

1ª) No se adecua a la realidad las deficiencias técnicas descritas en el informe de valoración de los especialistas de la Administración respecto al Simulador virtual de Calderas presentado por la contratista, cumpliendo la aplicación informática las prescripciones técnicas exigidas por el PPT.

Para acreditar tales manifestaciones, acompaña un informe técnico elaborado por los ingenieros industriales de la contratista (documento anexo número Dos), en el que se analiza cada uno de los aspectos omitidos o incorrectamente elaborados según los asesores de la Administración y que denotarían, en su opinión, que no se ha operado con el Simulador, o lo han hecho superficialmente. Según el informe de estos técnicos de la empresa adjudicataria (folios 502 a 599), en la terminación final de esta herramienta han contado con el técnico experto en calderas x., que formó parte del grupo de asesores del CNFPO de Cartagena.

2ª) Imprudencia de iniciar la resolución del contrato, siendo nula de pleno derecho la propuesta, debiendo otorgarse, en su sustitución, una prórroga del plazo otorgado por las siguientes razones:

- a) Inimputabilidad del retraso en la entrega de las aplicaciones informáticas exclusivamente a la contratista.
- b) La no configuración del plazo como un elemento esencial del contrato, pues el objetivo principal del diseño y elaboración de los simuladores es ponerlos a disposición del CNFPO de Cartagena, atribuyendo a los asesores de la Dirección del centro una actitud de bloqueo, sin que los materiales entregados fueran objeto de una valoración exhaustiva para su validación, sino, por el contrario, eran valoraciones genéricas, globales y subjetivas.
- c) Vulneración del principio de proporcionalidad de la Administración: la discrepancia ha de ser resuelta mediante el procedimiento previsto en el artículo 97 RD 1098/2001; en la hipótesis de que la inexecución sea imputable a la contratista, deberían ser impuestas las penalidades antes que la resolución contractual; la adecuada conjugación entre los principios de proporcionalidad y de satisfacción del interés público exige que la resolución contractual venga justificada por la consecución de un beneficio a la colectividad, lo que no concurre en el presente caso, en atención al grado de ejecución de las prestaciones convenidas.

3ª) La dirección facultativa de los trabajos no orientó su actuación a la realización de un producto válido, incumpliendo el PCAP.

Finalmente, solicita que se archive la propuesta de resolución, se acuerde la continuación de los trabajos, concediendo a la contratista un plazo razonable para la terminación del Simulador de Columnas de Rectificación y, en el caso de que no se acepte lo anterior, se solicita la práctica de una prueba pericial por un ingeniero independiente para que realice la validación del producto entregado, con respecto a las exigencias del PPT.

UNDÉCIMO.- Los asesores de la Dirección del CNFPO de Cartagena x, y., emiten su parecer sobre el contenido del informe presentado por la contratista el 5 de marzo de 2009:

“Una vez estudiado el contrainforme de x. sobre el informe técnico presentado por el SEF, acerca de la idoneidad del simulador de calderas y teniendo en cuenta los planteamientos presentados por x. en la reunión celebrada el día 27 de febrero de 2009, nuestros comentarios son:

— Los contenidos del contrainforme de x., no cambian las conclusiones de nuestro informe.

— El tiempo transcurrido desde la edición de nuestro informe, así como la lectura de los contenidos del contrainforme de x., nos reafirman en nuestras conclusiones iniciales.

— Una vez más confirmamos que el Simulador entregado por x., no reúne las condiciones mínimas necesarias para ser utilizado como herramienta didáctica para la formación de nuestros alumnos, en la operación y manejo de Calderas de Vapor Piro tubulares”.

DUODÉCIMO.- Con fecha 16 de abril de 2009 (registro de entrada) se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone la 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.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.

1. El presente contrato de servicios se encuentra así calificado en el PCAP, al tener por objeto el diseño y elaboración de unos Simuladores virtuales de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación destinados a la formación de futuros operarios de plantas químicas en el CNFPO de Cartagena, al no ser posible disponer de ellos a escala real y en las condiciones que se presentan en la industria para la realización de las prácticas correspondientes, debido a la envergadura de las instalaciones precisas.

Dicha caracterización viene prefigurada por el artículo 196.3, d) TRLCAP, que considera contratos de servicios los que tienen por objeto “*los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma*”. De igual modo, el artículo 172.2 del mismo Texto Refundido excluye a las adquisiciones de programas de ordenador a medida de la consideración de contrato de suministros.

Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Director del SEF), se encuentran la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 59 TRLCAP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación el citado TRLCAP y su reglamento (RD 1098/2001, de 12 de octubre), por aplicación de lo dispuesto

en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La causa invocada para la resolución contractual es el incumplimiento por parte de la contratista del plazo convenido para la realizar las prestaciones objeto del contrato, según la estipulación 2ª de éste, conforme a lo previsto en los artículo 95.3 y 111,e) TRLCAP: *“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)*

2. En cuanto al procedimiento (artículo 96.1 TRLCAP), éste se inicia, tras la emisión de informe por la Sección de Contratación del SEF, con la “propuesta de resolución” del órgano instructor (Secretario General Técnico del SEF), si bien con posterioridad se otorgó el trámite de audiencia a la contratista, sin que dicha propuesta entre a considerar el contenido de las alegaciones presentadas.

Respecto a dicha propuesta de resolución se realizan las siguientes observaciones:

1ª) Si se considera como el acto iniciador del procedimiento, se habría adoptado por órgano incompetente puesto que, conforme a lo establecido en 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 (en lo sucesivo LPAC), los procedimientos se iniciarán por acuerdo del órgano competente, en este caso el Director General del SEF, conforme a las facultades conferidas por la Ley 9/2002, de 11 de noviembre, de creación del Servicio Regional de Empleo y Formación (artículos 12, c y 22). Por lo tanto procedería su convalidación por el órgano competente (artículo 67.3 LPAC), en el entendimiento de que es superior jerárquico del que lo dictó, a tenor de las funciones encomendadas al órgano instructor (ejecución de los acuerdos adoptados por el Director del Servicio, según el artículo 14.2,a de la Ley 9/2002).

2ª) Con independencia de lo anterior, a la vista del plazo transcurrido desde dicho acto (propuesta del Secretario General Técnico del SEF de 3 de febrero de 2009) sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria de la LPAC por las consecuencias que acarrea si el mismo está incurso en caducidad.

3ª) No se ha producido una valoración por el órgano instructor de las alegaciones presentadas por la contratista, que, además, propone la práctica de una prueba pericial, puesto 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. De hecho, en el supuesto sometido a consideración de este Consejo, dicha propuesta de resolución resulta especialmente necesaria a la luz de las alegaciones presentadas por la contratista, acompañadas de un informe técnico, en las que aparte de las consideraciones jurídicas para postular la continuación de los trabajos, se solicitan determinados pronunciamientos del órgano de contratación (por ejemplo, sobre la prueba propuesta), que no quedan respondidos en el informe evacuado por los asesores del CNFPO de Cartagena al contrainforme de los técnicos de la empresa contratista. Incluso, aun cuando no sea exigible, hubiera sido conveniente, como sugerimos en nuestro Dictamen 76/2008, que se hubiera recabado el informe del Servicio Jurídico sobre el contenido de las alegaciones, teniendo en cuenta, además, que

la contratista interpuso un recurso de alzada frente a la denegación de la prórroga, que no consta que se haya resuelto en el expediente.

3. Tampoco figura en la documentación los informes de los asesores del CNFPO entregados a la empresa contratista el 1 de diciembre de 2008, que son citados por los técnicos de la contratista en su informe de 19 de febrero de 2009 (folio 633), cuyo contraste con las posteriores valoraciones de los mismos asesores de 19 y 29 de diciembre de 2008, sirven de motivación a los técnicos de la contratista para sostener en su contrainforme la correcta ejecución de las aplicaciones informáticas. A results de lo mismo, y tomando como base el mismo método empleado, convendría que se ampliara el informe de los asesores de la dirección facultativa a este respecto.

TERCERA.- Efectos del transcurso del plazo para resolver: la caducidad.

A la vista del plazo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento, sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria de la LPAC, por las consecuencias que acarrea si el mismo está incurso en caducidad.

La legislación contractual, tanto legal como reglamentaria aplicable a la resolución del presente contrato, no establece plazos específicos de duración del procedimiento, ni previsiones del silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la LPAC, según la Disposición adicional séptima del TRLCAP:

“Los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

En este punto conviene traer a colación, respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite facultades de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, que de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC resulta que el vencimiento del plazo (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC.

La aplicación supletoria de los preceptos indicados de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación, como más adelante se expondrá.

Por el contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 78/2003) ha mantenido, con carácter general, la inaplicación del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC a los procedimientos de resolución contractual, por las razones indicadas en nuestro Dictamen 59/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y procedimental, que se concreta, en términos generales, en que son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de que se esté ante una resolución contractual por causa imputable al contratista, pues el procedimiento incoado por el Ayuntamiento es de los llamados de intervención y susceptibles de producir efectos desfavorables, esto es, de los previstos en el artículo 44.2 LPAC, dado que, de prosperar la

pretensión administrativa, acarreará la pérdida de fianza, la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración, y concurrirá el presupuesto legal para declarar su prohibición de contratar con la misma.

Sin embargo, también el Consejo Jurídico, conociendo las peculiaridades inherentes a la contratación administrativa y la especial presencia del interés público que cada caso la justifica, consideró que esta circunstancia podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad con base al artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Aunque también ha señalado que esta última excepción debe aplicarse con cautela, en los casos en que el contrato afecte de modo esencial a un servicio público o al mantenimiento del mismo, pues de interpretarse de modo general que concurre tal condición en toda contratación administrativa no haría operativa la aplicación de la caducidad, en cuanto garantía que ofrece al afectado para evitar una excesiva pendencia del procedimiento. Así se consideró esta excepción en nuestro Dictamen 103/2003, que citaremos con posterioridad.

En fechas recientes, la doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008). Así en la primera de las sentencias citadas se señala (F.D. Cuarto):

“al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución de contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a la Administraciones Públicas impone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido en su norma reguladora, la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el artículo 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades (...) de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo del expediente, con los efectos previstos en el artículo 92”.

Como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía (...).”

En la segunda sentencia citada (F.D. Tercero, B) se responde a las posturas ya citadas que sostienen la incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de contratación administrativa, señalando el Alto Tribunal que *“no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos y menos, aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación a la contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad de un procedimiento persi-*

que evitar situaciones de incertidumbre jurídica, que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución (...).

La anterior doctrina sobre la aplicación de la caducidad a este tipo de procedimientos ha sido ya incorporada en diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 11 de marzo de 2008) en la que se resuelve, en contra de la opinión vertida en nuestro Dictamen 103/03, ya citado, en el que se excepcionaba la aplicación de la caducidad por razones de interés general, declarar la nulidad de la resolución por la que se resolvía definitivamente el contrato al haber transcurrido en exceso el plazo de 3 meses que disponía para hacerlo, incluso descontando el tiempo necesario para que este Consejo Jurídico evacuara su Dictamen. En el mismo sentido, las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunitat Valenciana (sentencia de 10 de marzo de 2008), del País Vasco (sentencia de 23 de mayo de 2005) y de Extremadura (sentencia de 18 de abril de 2008). También las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de noviembre de 2007, y 7 de octubre de 2008.

Aplicada al presente supuesto, habiendo transcurrido el plazo de tres meses (desde el 3 de febrero de 2009), sin que el órgano consultante haya acordado la suspensión del plazo entre el tiempo que medie entre la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo, que habrá de comunicarse a la contratista y avalista, como exige el artículo 42.5, en relación con 44.2, ambos LPAC, para cuando deban solicitarse informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, cabe concluir en la procedencia de declararlo caducado, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo, como se ha indicado en nuestros Dictámenes núms. 59 y 96 de 2009.

CUARTA.- Sobre las siguientes actuaciones que proceden.

Convalidado el acto de iniciación y declarada la caducidad del presente procedimiento por el órgano competente y notificada a los interesados, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, procedería incoar por el órgano de contratación un nuevo procedimiento de resolución contractual, al que se deberían incorporar en tal caso las actuaciones seguidas en el caducado, por evidentes razones de economía procesal, aunque no puede eludirse en ningún caso una nueva audiencia a la contratista y avalista, ni el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico sobre la cuestión de fondo planteada, además de cumplimentarse las observaciones realizadas en la Consideración Segunda, 3

Cabe advertir, por último, que también puede adoptarse en el nuevo procedimiento, dentro del plazo, la suspensión por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico, y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados, para evitar los efectos del transcurso del plazo desde la iniciación del procedimiento.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La iniciación del procedimiento para la resolución contractual no se ha realizado por el órgano competente, por lo que procedería su convalidación (Consideración Segunda, 2).

SEGUNDA.- En todo caso, el presente procedimiento se encuentra incurso en caducidad, sin perjuicio de la posibilidad del órgano contratante de incoar uno nuevo (Consideración Cuarta).

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 100/09.- Proyecto de Decreto por el que se establece el procedimiento de autorización de implantación de las enseñanzas universitarias oficiales reguladas por Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, así como el de creación, modificación y supresión de centros en las Universidades de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)

Fecha: 01/06/09

Extracto de Doctrina

1. Las potestades públicas de planificación o coordinación del sistema universitario, en lo que atañe a las facultades determinantes de la autorización o no de la implantación de una enseñanza privada, tienen un carácter marcadamente restrictivo, siendo muy distinto su alcance frente a lo que cabe disponer sobre la enseñanza pública (al margen, se entiende, de lo relativo a la verificación del cumplimiento de los estándares legales de calidad de la primera, a los fines del reconocimiento oficial y general de los efectos del correspondiente título).

2. El interés social inherente a la enseñanza universitaria privada (que, sin embargo, no puede calificarse como un servicio público, sino como una actividad privada lícitamente concurrente con éste, lo que implica que no pueda configurarse aquélla, y su correspondiente oferta, como meramente complementaria y limitada a las enseñanzas que no se impartan en el sistema público), ha motivado que el legislador regional haya establecido como principio inspirador de las actuaciones administrativas de ordenación aplicables al sector privado de la enseñanza universitaria (además de al público, en el que su aplicación es indiscutible), que las correspondientes iniciativas privadas se funden en “necesidades socioeconómicas y culturales de la Región de Murcia” (art. 11.2, a) LUMU), es decir, que tengan, al menos, un mínimo y básico soporte material de esa índole que razonablemente las justifique. La antedicha prescripción legal puede ser discutible en cuanto que posibilite una indebida interpretación y aplicación del citado principio que vulnere el derecho fundamental de que se trata, por lo que deberá apreciarse de un modo que no vacíe o haga inefectivo “de facto” el derecho a la libertad de enseñanza constitucionalmente protegido.

3. por el diferente alcance que tienen las potestades públicas según se trate de enseñanzas públicas o privadas, en este último caso su ordenación no puede establecerse por

la vía de una “racionalización de la oferta universitaria a través de indicadores sistémicos, socioeconómicos y académico-organizativos”, que la Ley, en una interpretación constitucional que ha de considerarse correcta, sólo refiere a la ordenación de las enseñanzas públicas. Sin embargo, como se ha dicho, el Proyecto extiende dicho criterio a las enseñanzas privadas, al establecer en su artículo 3.3 que, “en todo caso” los parámetros o indicadores recogidos en sus letras a) y b) se tendrán en cuenta para autorizar enseñanzas universitarias (públicas o privadas). El inciso “con las particularidades específicas que establece la Ley”, que seguidamente se consigna, constituye una cláusula demasiado general e inconcreta (además de contradictoria con la expresión “en todo caso”), y parece incluida para intentar salvar la legalidad del precepto, pero ello debe procurarse de forma más clara, configurando tales indicadores como criterios de aplicación específica (y exclusiva) para las universidades públicas, según se deriva del ya citado artículo 12, a) LUMU.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de noviembre de 2007 el Servicio de Universidades, adscrito a la Dirección General del mismo nombre, de la entonces Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, elabora un documento denominado “Consideraciones Previas”, en el que se pretende justificar la oportunidad de un desarrollo a nivel regional del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias. El documento dibuja las líneas maestras del contenido de esa futura norma regional, en la que habrían de contemplarse criterios para la autorización de implantación de nuevas enseñanzas, así como el procedimiento a seguir en el ámbito de la Administración regional para dicha autorización, y para la supresión de aquéllas. Del mismo modo, se apunta la conveniencia de incluir en el mismo texto la normativa sobre creación, modificación y supresión de centros en las Universidades.

El documento se acompaña de un primer borrador de “*Proyecto de Decreto por el que se establece para las Universidades de la Región de Murcia el procedimiento de autorización de implantación de las enseñanzas universitarias oficiales reguladas por el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, así como el de creación de centros en las mismas Universidades*”.

Este borrador se denomina “*versión 0*” y es remitido, el 11 de diciembre de 2007, para observaciones y sugerencias a los Rectores de las Universidades públicas, al Presidente de la Universidad Católica “San Antonio” (UCAM) y a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios constituidos en la Asamblea Regional.

SEGUNDO.- Según consta en el índice de los documentos remitidos a este Consejo Jurídico, el 19 de diciembre, se elaboran dos versiones del Proyecto, numeradas como 1 y 2.

TERCERO.- Las tres Universidades presentan alegaciones y observaciones al texto remitido, cuya asunción o rechazo, tras la oportuna valoración por los redactores del texto, da lugar a dos nuevos borradores, fechados los días 12 y 13 de febrero, y denominados versión 3 y 4, respectivamente.

Sometidas estas versiones a la consideración de las Universidades de la Región de Murcia, presentan nuevas alegaciones.

1. La Universidad de Murcia (UMU) y la Politécnica de Cartagena (UPCT) coinciden en sus observaciones y sugerencias, que agrupan como sigue:

a) De legalidad y oportunidad: no adscripción de los títulos de Máster a una rama de conocimiento; supresión de la autorización previa de la Comunidad Autónoma para enviar los planes de estudio al Consejo de Universidades para su verificación; supresión de la exigencia de presentar determinados documentos por las Universidades; garantizar el cumplimiento por la Universidad privada de los ratios de profesores doctores como punto de partida para aplicar el régimen transitorio establecido por la Disposición adicional novena de la Ley Orgánica 4/2007; suprimir la previsión relativa a la posibilidad de suscribir convenios con Agencias de Evaluación de otras Comunidades Autónomas, a efectos de renovación de la acreditación de los títulos; posibilitar que la supresión de enseñanzas se haga de oficio o a petición de otras Universidades y no sólo a petición de la Universidad afectada; y sustituir la expresión “Escuelas Universitarias” por “Escuelas”, para adecuarla a la nueva redacción de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU).

b) Exigencia de determinadas justificaciones de carácter económico también a la Universidad privada.

c) Mayor transparencia del sistema universitario, a través de la información que puede recabar el Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia.

d) De técnica legislativa: entrada en vigor; imposibilidad de ofertar plazas de las antiguas enseñanzas de licenciado, ingeniero, etc. y sustitución de una disposición adicional por una transitoria.

e) De oportunidad: supresión del criterio de planificación consistente en la implantación de las nuevas titulaciones solicitadas en universidades de provincias limítrofes; supresión de la exigencia de un número mínimo de alumnos para garantizar la viabilidad de los títulos de Grado y Máster; mantenimiento del criterio establecido en anteriores versiones del Proyecto, consistente en que no se podrán implantar nuevas enseñanzas en las Universidades privadas que no estén previamente implantadas en las Universidades públicas.

2. La UCAM reitera sus alegaciones relativas a versiones anteriores, aun cuando en el borrador de texto nuevamente sometido a su consideración ya se recogían algunas de ellas. Sintetiza su oposición al Proyecto en dos ideas:

a) Responde a una política de signo planificador que no garantiza los derechos fundamentales (en especial el de implantar nuevas enseñanzas) de la Universidad privada o de la Iglesia Católica, y se caracteriza por un control intenso y excesivo del ejercicio de los mismos, susceptible de frustrarlos *de facto*.

b) Falta de seguridad jurídica para la Universidad privada o de la Iglesia Católica ante el control de cumplimiento de los requisitos establecidos para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

CUARTO.- Con fecha 21 de abril se remite a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios constituidos en la Asamblea Regional una nueva versión del Proyecto, la quinta, para su consideración y formulación de observaciones y sugerencias.

Por el Viceportavoz del Grupo Parlamentario Socialista se formulan sugerencias que persiguen extender a las Universidades privadas determinados criterios de planificación y requisitos que el Proyecto limita a las públicas, incrementar la participación del Consejo

Interuniversitario de la Región de Murcia, y evitar interpretaciones desviadas del período de adaptación de las universidades privadas a las ratios de profesores doctores fijados por el artículo 72.2 LOU.

QUINTO.- Consta en el expediente un nuevo borrador del Proyecto denominado versión sexta, de fecha 6 de mayo de 2008.

SEXTO.- El 13 de mayo remite sus observaciones el Grupo Parlamentario Mixto, orientadas a la supresión de la mención “o de la Iglesia Católica”, en referencia a la UCAM; la extensión de criterios y requisitos a las Universidades privadas; exigencia de contar con convenios suscritos para la formación de personal sanitario con centros, no sólo clínicos, sino también de salud pública, de administración sanitarias, de documentación, etc.; establecimiento de medidas tendentes a garantizar la estabilidad laboral del personal docente por la implantación o modificación de enseñanzas; evitar interpretaciones aleatorias del período de adaptación de las Universidades privadas a las ratios de profesores doctores fijados por el artículo 72.2 LOU; incrementar las garantías en el procedimiento administrativo; e impedir la creación de nuevos centros en las Universidades privadas cuando éstos existan ya en las públicas.

SÉPTIMO.- El 19 de mayo de 2008 el Proyecto obtiene el informe favorable de la Comisión Académica del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia. Según consta en el certificado del indicado órgano colegiado obrante en el expediente, el acuerdo fue adoptado por unanimidad, si bien el representante de la UCAM formuló diversas observaciones que se incorporan al Acta de la sesión y que, en síntesis, apuntan lo siguiente:

- a) Innecesariedad de la futura norma, por lo que se solicita la retirada del Proyecto.
- b) El Proyecto confunde los requisitos aplicables a las Universidades públicas y privadas en contra de lo establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia (LUMU).
- c) No se ha dado audiencia a la UCAM respecto del último borrador.
- d) Otorgar preferencia a los estudiantes de las Universidades públicas sobre los de la privada para efectuar sus prácticas en centros dependientes de la Administración regional es inconstitucional por vulneración del artículo 14 de la Constitución.
- e) La regulación del procedimiento para la verificación de los títulos desconoce el derecho de las Universidades de solicitar la implantación de titulaciones.
- f) Los requisitos previstos en las letras a, c, d y e, del artículo 12 del Proyecto, no pueden hacerse extensivos a la Universidad privada, que no percibe fondos públicos.

OCTAVO.- Con fecha 17 de junio de 2008, la Dirección General de Universidades redacta una Memoria justificativa del Proyecto. En ella, tras establecer el marco normativo en el que se insertará el futuro Decreto, da razones de oportunidad para abordar la regulación proyectada, enumerando sus objetivos y principios que la inspiran. En síntesis, *“se trata de dotar al Gobierno de la Región de Murcia de un instrumento jurídico adecuado para la planificación del sistema universitario. La norma regula un procedimiento que garantiza el principio de legalidad en estos asuntos; desarrolla la competencia que la normativa básica estatal atribuye a las Comunidades Autónoma y a las universidades, respetando su autonomía y se basa en la Ley de Universidades de la Región de Murcia, porque parte de los principios establecidos en la referida Ley regional, desarrolla el principio de coordinación,*

que es imprescindible para la planificación efectiva de las enseñanzas y para la creación de centros en las universidades de la Región de Murcia, establece unos requisitos comunes para todas, públicas y privadas, y determina la exigencia de otros específicos para las universidades privadas o de la Iglesia Católica”.

La memoria, asimismo, efectúa un detallado y pormenorizado relato de las actuaciones realizadas durante la elaboración de la norma, con especial atención a las observaciones formuladas, ofreciendo la oportuna justificación acerca de la aceptación o rechazo de cada una de ellas.

Se afirma, asimismo, la ausencia de implicaciones presupuestarias derivadas de la aprobación de la futura norma y la necesidad de recabar el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia con carácter de urgencia, dada la existencia de enseñanzas cuyos planes de estudios han sido ya verificados por el Consejo de Universidades y únicamente resta para su implantación la autorización de la Comunidad Autónoma, que habría de someterse a la nueva norma.

NOVENO.- El 17 de junio la Directora General de Universidades propone al Consejero de Educación, Ciencia e Investigación la elevación al Consejo de Gobierno del Proyecto, para su aprobación como Decreto.

DÉCIMO.- Con fecha 18 de junio se incorporan al expediente sendas memorias económicas, según las cuales el nuevo Decreto no tendrá implicaciones presupuestarias para la Comunidad Autónoma, en la medida en que no va a suponer un incremento de los servicios que se vienen prestando por la Comunidad Autónoma respecto de las Universidades, ni generará un incremento de la financiación que reciben las públicas, regida por el Acuerdo de Financiación de las Universidades públicas de la Región de Murcia para el período 2007-2011, cuyas bases fueron aprobadas por Decreto 336/2007, de 2 de noviembre.

En la misma fecha se elabora un informe sobre impacto por razón de género, según el cual, aunque el Proyecto no contempla acciones positivas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito universitario, sí la tiene en cuenta de manera genérica y respeta lo establecido en la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.

UNDÉCIMO.- El 8 de julio emite su preceptivo informe el Servicio Jurídico de la Consejería impulsora del Proyecto, formulando observaciones a la documentación obrante en el expediente y al texto del Proyecto. Así, por lo que a estas últimas se refiere, se indica la necesidad de incorporar a la regulación proyectada la relativa a las enseñanzas de doctorado, presente en los primeros borradores del Proyecto y posteriormente suprimida en atención a las alegaciones formuladas por las Universidades públicas de la Región. Se efectúan, asimismo, indicaciones de técnica legislativa sobre el título del Proyecto, su parte expositiva y los epígrafes que intitulan diversos preceptos, así como correcciones en la redacción de otros artículos y en las remisiones allí contenidas.

Las observaciones efectuadas por el Servicio Jurídico son valoradas en memoria complementaria de la Dirección General promotora del Proyecto, justificando la aceptación e incorporación al texto de todas ellas, así como otras modificaciones puntuales en tres preceptos que, no sugeridas por el indicado Servicio, la Dirección General de Universidades ha considerado oportuno introducir.

Como consecuencia de todas estas actuaciones se elabora un nuevo borrador, el séptimo.

DUODÉCIMO.- El 28 de julio se emite el preceptivo informe de la Vicesecretaría de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación.

DECIMOTERCERO.- Solicitado el informe del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, es emitido en sesión de 23 de septiembre de 2008. Se formulan, en síntesis, las siguientes observaciones:

— Se considera inadecuado y de dudosa legalidad el trámite, previsto en el artículo 9 del Proyecto, de comunicación previa a la Comunidad Autónoma de los planes de estudios remitidos al Consejo de Universidades para su verificación.

— Valora positivamente la preferencia que el Proyecto otorga a los estudiantes de las Universidades públicas para realizar sus programas de prácticas en centros y departamentos dependientes de la Administración regional.

— Los criterios de planificación enunciados en el Proyecto, deberían ser ampliados con otros complementarios (estudiantes emigrados a otras regiones para estudiar enseñanzas implantadas en las Universidades de la Región y demanda social).

— Debería regularse el procedimiento para la autorización de la implantación de titulaciones conjuntas. Además, debería extenderse esa regulación a todas las Universidades, sin distinguir entre públicas y privadas.

— El criterio de número mínimo de estudiantes matriculados no es un criterio fiable para garantizar la viabilidad de las enseñanzas. Además, debería ser objeto de mayor concreción.

— La preferencia de los alumnos de las Universidades públicas para realizar sus prácticas en centros y departamentos de la Administración regional, debería extenderse también a la Administración local y a cualesquiera entidades del sector público de ambas Administraciones o creadas, participadas, financiadas mayoritariamente o dirigidas por alguna de ellas.

— Debe precisarse que de los criterios contenidos en el artículo 4, sólo es de aplicación a las Universidades privadas o de la Iglesia Católica el relativo a las titulaciones conjuntas.

— En relación con el compromiso que se exige a las Universidades no públicas de mantener implantada una enseñanza hasta que, por lo menos, hayan finalizado los estudios los alumnos que los hubieran iniciado, se señala la necesidad de especificar el contenido del compromiso y lo escaso del período de tiempo que se da para finalizar los estudios antes de extinguir las enseñanzas.

— Los estándares de calidad que pudiera llegar a establecer un futuro órgano de evaluación y acreditación regional, deberían configurarse siempre como complementarios a los establecidos por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).

— Debe posibilitarse a los miembros del Consejo Interuniversitario el acceso a la base de datos contemplada en el artículo 6 del Proyecto.

— Se debería extender a las Universidades no públicas la exigencia de aportar memoria justificativa de los costes de implantación de las nuevas enseñanzas, así como información sobre los precios de matriculación en ellas. También deberían incorporar estas Universidades información acerca del tipo de vinculación contractual del profesorado.

— En el procedimiento de autorización de las enseñanzas cuya implantación se pretenda por Universidades no públicas, también debe realizarse por la Consejería el informe de valoración de coste económico y recursos del programa.

— Los requisitos exigidos por el artículo 21 del Proyecto para la creación de centros de enseñanzas relacionadas con el área de Ciencias de la Salud deberían extenderse al resto de centros.

DECIMOCUARTO.- El 17 de noviembre de 2008, la Dirección General de Universidades y Política Científica realiza una memoria valorativa de las observaciones formuladas por el Consejo Económico y Social, justificando la aceptación de su mayor parte, así como el rechazo de otras.

Con la incorporación de los cambios introducidos, se redacta una nueva versión del Proyecto.

DECIMOQUINTO.- Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 10 de febrero de 2009, en sentido favorable al Proyecto, con las observaciones que allí se formulan. Las hay de carácter formal y de técnica legislativa; otras demandan mayor precisión o concreción. En cuanto al fondo, destacan las siguientes: la conveniencia de añadir una referencia a los estudios de Doctorado en el artículo 8 del Proyecto, la extensión a las Universidades privadas de justificaciones económicas, y la conveniencia de precisar el número de años a los que han de venir referidos los datos que las Universidades han de aportar sobre oferta, demanda, admisión de alumnos, etc.

DECIMOSEXTO.- Tras la oportuna valoración de las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, en informe de la Dirección General de Política Científica y Universidades, de 26 de febrero, se incorporan al texto buena parte de aquéllas y se redacta la última versión del Proyecto que, como copia autorizada, consta a los folios 522 y siguientes del expediente. Subsanando omisiones advertidas por la Dirección de los Servicios Jurídicos en su informe, se han incorporado dos nuevos documentos: la propuesta que formula el Consejero de Universidades, Empresa e Investigación al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto y una relación de las disposiciones que resultarán derogadas a la entrada en vigor de la futura norma.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 13 de marzo de 2009. En él, se solicita de forma expresa la tramitación de urgencia, atendida la necesidad de contar con la futura regulación para resolver los numerosos procedimientos de autorización de implantación de enseñanzas ya iniciados por las Universidades de la Región de Murcia y las solicitudes que previsiblemente se formularán en los próximos meses para cumplir con el calendario del proceso de adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior.

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 desarrolla la Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia (LUMU), al tiempo que se encuadra en el marco de la normativa básica del Estado, constituida por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, y los Reales Decretos 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de Universidades y Centros Universitarios (RD 557/1991, en lo sucesivo), y 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales (RD 1393/2007). Por tanto, concurren los dos supuestos previstos en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Solicitado el Dictamen con urgencia, se despacha por el Consejo Jurídico con la mayor celeridad posible.

SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.

En lo esencial, el Proyecto ha cumplido en su elaboración con los trámites 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, toda vez que consta en el expediente la propuesta de la Dirección General de Universidades al Consejero de adscripción, el anteproyecto con todas sus versiones, al que se acompañan la exposición de motivos y una memoria justificativa de su oportunidad y de las determinaciones normativas propuestas. Sobre esta memoria, es digno de mención el tratamiento dado a todas las observaciones y sugerencias formuladas durante la tramitación del Proyecto, lo que ha permitido dejar constancia en el expediente de las valoraciones que los redactores de la futura norma han realizado acerca de cada alegación formulada con carácter previo a su inclusión en el texto o a su rechazo. Ello, unido a la incorporación al expediente de todas las versiones del texto, ha permitido conocer con exactitud las diferentes opciones normativas barajadas en cada momento. El único reparo que cabe oponer a este documento es de tipo cronológico, dado que se inserta en el procedimiento no en su momento inicial, como sería lo apropiado, sino en fase ya posterior y cuando la elaboración del texto ya está muy avanzada.

Así mismo, tras la oportuna observación de la Dirección de los Servicios Jurídicos se incorpora a las actuaciones la preceptiva relación de disposiciones que verán afectada su vigencia por la futura norma.

Se han emitido, asimismo, sendas memorias económicas que, en la medida en que se limitan a afirmar la ausencia de implicación presupuestaria para la Comunidad Autónoma y el importe de la financiación autonómica de las Universidades públicas, no cumplen plenamente con la finalidad informativa del indicado trámite. De hecho, el Proyecto contiene determinaciones normativas con marcada significación económica, como el criterio contemplado en el artículo 3.3, letra e), que habrían hecho muy conveniente contar con un estudio, siquiera orientativo o estimativo, de los costes derivados de la implantación de una enseñanza de cada ciclo, con expresión de la importancia relativa de cada uno de los factores a considerar (profesorado, instalaciones, equipamientos, etc.).

Consta en el expediente un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el Proyecto, que no deja de ser un cumplimiento meramente formal del trámite.

Se han recabado los informes del Servicio Jurídico y de la Vicesecretaría de la Consejería impulsora del Proyecto, así como los preceptivos informes del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia, del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, de la Dirección de los Servicios Jurídicos y el presente Dictamen.

El Proyecto ha sido sometido al trámite de audiencia de las Universidades de la Región y de los Grupos Parlamentarios de la Asamblea Regional. No consta en el expediente el cumplimiento de la exigencia impuesta por el artículo 53.3, letra b) de la Ley 6/2004, relativa a la motivación del procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados. De haberse incorporado dicha motivación, podría conocerse por qué se optó por hacer destinatario de la audiencia a una institución de marcado carácter parlamentario, como son los diferentes Grupos constituidos en el seno de la Asamblea Regional (artículo 29 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARM)) y no, como habría sido más apropiado, a los Partidos Políticos, en su dimensión de *“instrumento fundamental para la participación política”* (art. 6 de la Constitución).

Quizás, habría sido oportuno dar trámite de audiencia a las organizaciones empresariales y sindicales, atendido el nuevo enfoque de las enseñanzas hacia la mayor empleabilidad de los titulados (Exposición de Motivos del RD 1393/2007) y la atención, entre los criterios de planificación del sistema universitario, a las demandas y necesidades formativas de los sectores productivos (art. 3.3, c) del Proyecto). No obstante, las funciones que su Ley de creación atribuye al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, órgano que ha conocido del Proyecto, permite relativizar los efectos de la omisión advertida.

Del mismo modo, podría haberse valorado la conveniencia de consultar con las organizaciones profesionales y las asociaciones de estudiantes.

TERCERA.- Texto sometido a consulta.

El texto que, según copia autorizada que consta en el expediente, constituye el objeto de la consulta elevada a este Consejo Jurídico se divide en una Exposición de Motivos, 22 artículos, dos disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y dos Anexos.

El articulado se divide, a su vez, en cinco capítulos, según el siguiente detalle: Capítulo I, del objeto y ámbito (artículos 1 y 2); II, de los criterios generales para la planificación universitaria (artículos 3 a 7); III, de la implantación de enseñanzas en las Universidades de la Región de Murcia (artículos 8 a 19); IV, de la creación, modificación y supresión de centros en las Universidades de la Región de Murcia (artículos 20 y 21); y V, de la inscripción en el Registro regional y de la información de las Universidades (artículo 22).

CUARTA.- Competencia material y habilitación normativa.

1. Norma estatutaria y disposiciones legales en las que se fundamenta el Proyecto en su conjunto.

El artículo 16.1 EARM atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que lo desarrollen, sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30ª y de la alta inspección para su cumplimiento y garantía.

En ejercicio de esta competencia la Comunidad Autónoma dicta la LUMU, cuyo Título II, Capítulo III regula la creación, modificación y supresión de centros e institutos

universitarios de investigación, así como la implantación y supresión de enseñanzas. De conformidad con su artículo 17, tanto la creación, modificación y supresión de centros universitarios como la implantación y supresión de enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, tanto en Universidades públicas como privadas, corresponde acordarla al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, mediante Decreto, que se publicará en el Boletín Oficial de la Región de Murcia. Los trámites establecidos por dicho precepto, inspirados por la redacción original de la LOU, se han visto sustancialmente afectados por la modificación operada en ésta por la LO 4/2007.

De conformidad con el artículo 8 LOU, la iniciativa corresponde ahora, bien a la Comunidad Autónoma, con el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad, bien a la Universidad, mediante propuesta de su Consejo de Gobierno. En ambos casos se exige el informe favorable del Consejo Social de la Universidad y el correspondiente acuerdo, en forma de Decreto, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, de creación, modificación o supresión de centros o de implantación o supresión de enseñanzas. También es preceptivo el informe del Consejo Interuniversitario, conforme al artículo 17 LUMU.

2. El marco normativo en materia de implantación, modificación y supresión de enseñanzas.

En relación con la implantación de enseñanzas, el artículo 17.3 LUMU remite a la LOU y normativa de desarrollo el régimen sustantivo de la implantación y supresión de enseñanzas oficiales, al establecer que los requisitos para ello serán los allí establecidos.

El artículo 35.2 LOU dispone que, para impartir enseñanzas oficiales y expedir los correspondientes títulos oficiales, con validez en todo el territorio nacional, las Universidades deben poseer la autorización de la Comunidad Autónoma, conforme a lo establecido en el ya citado artículo 8 LOU, y obtener la verificación del Consejo de Universidades de que el plan de estudios se ajusta a las directrices y condiciones establecidas por el Gobierno. Tras la autorización autonómica y la verificación del Consejo de Universidades, el Gobierno establecerá el carácter oficial del título y ordenará su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

El procedimiento para la verificación de los planes de estudios se contiene en el RD 1393/2007, que además de desarrollar la estructura de las enseñanzas universitarias oficiales en tres ciclos (Grado, Máster y Doctorado, según al artículo 37 LOU), establece “*las directrices, condiciones y el procedimiento de verificación y acreditación que deberán superar los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos, previamente a su inclusión en el Registro de Universidades, Centros y Títulos*”. De conformidad con su artículo 3.3, las enseñanzas universitarias oficiales se concretarán en planes de estudios elaborados por las Universidades, que habrán de ser verificados por el Consejo de Universidades y autorizados en su implantación por la Comunidad Autónoma. El procedimiento de verificación (art. 25 RD 1393/2007) contempla, además, la realización de un preceptivo informe de evaluación por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA). Tras la inscripción de los títulos en el Registro y cada seis años, han de someterse a supervisión o control mediante su evaluación por la ANECA, en orden a la renovación de su acreditación inicial.

Asimismo, el artículo 28 del reglamento estatal establece el procedimiento a seguir para la modificación y extinción de planes de estudios conducentes a títulos oficiales.

En el ámbito regional, el Decreto 4/2006, de 3 de febrero, establece el procedimiento de autorización para la implantación de estudios universitarios oficiales de postgrado en las Universidades de la Región de Murcia. Este reglamento, de marcado corte procedimental, cuya derogación se prevé en el Proyecto, constituye el desarrollo autonómico de la normativa básica reguladora de las enseñanzas universitarias de segundo y tercer ciclo, constituida por la LOU, en su redacción anterior a la LO 4/2007, y por el Real Decreto 56/2005, de 21 de enero, por el que se regulaban los estudios universitarios oficiales de postgrado hasta su derogación por el RD 1393/2007.

3. La creación, modificación y supresión de centros universitarios.

El desarrollo reglamentario básico en materia de creación, modificación y supresión de centros universitarios hay que buscarlo en el Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, por el que se establecen las normas básicas para la creación y reconocimiento de Universidades y centros universitarios. No obstante, la modificación del artículo 8 LOU también ha afectado sustancialmente al artículo 16 de este reglamento, pues, como ya se dijo, la iniciativa para la creación, supresión o modificación de centros ya no corresponde al Consejo Social de la Universidad.

En este contexto normativo ha de ubicarse la habilitación para el desarrollo reglamentario que efectúa la Disposición Final primera LUMU, para cuyo ejercicio la Comunidad Autónoma cuenta con competencia material suficiente, correspondiendo al Consejo de Gobierno la facultad de aprobar el Proyecto como Decreto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32.1 EARM y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004.

QUINTA.- La regulación del Proyecto de los criterios, generales y específicos, aplicables a la autorización de nuevas enseñanzas, en su proyección sobre las universidades privadas.

I. El análisis de la regulación que realiza el Proyecto sobre los criterios que han de regir en el proceso de autorización de nuevas enseñanzas universitarias, en lo que atañe a su aplicación a las universidades privadas regionales, requiere analizar determinados preceptos del Capítulo II del Proyecto, que pretende ser un desarrollo de lo establecido en el Capítulo I del Título II LUMU, cuya regulación, a su vez, está supeditada, en su interpretación, a lo establecido en el artículo 27 CE y concordantes, y a la jurisprudencia constitucional sobre el alcance y protección de los derechos fundamentales, cuerpo normativo fundamental que ha de servir de parámetro determinante de la validez de la normación reglamentaria pretendida en el aspecto que ahora nos ocupa.

Considerando que la obligada interpretación constitucional de la LUMU, en general, y del Capítulo I de su Título II, en especial, debe tener en cuenta de modo prevalente lo establecido en el artículo 27 CE, deben destacarse del mismo los siguientes preceptos:

— Número 1. *“Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”.*

— Número 2. *“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.”*

— Número 5. *“Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.”*

— Número 6. “*Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales*”.

— Número 8. “*Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes*”.

De dichos preceptos se extraen dos determinaciones esenciales:

1ª. Su ubicación dentro de la Sección 1ª, Capítulo Segundo, del Título I de la Constitución supone que la libertad de enseñanza tiene el carácter o naturaleza jurídica de derecho fundamental o libertad pública y, por ende, le son de aplicación las siguientes garantías, reconocidas en la Carta Magna:

a) Su regulación, que en todo caso ha de respetar el “*contenido esencial*” de tales derechos y libertades, ha de realizarse por ley orgánica (artículos 53.1 y 81.1).

b) Los ciudadanos titulares de estos derechos y libertades tienen reconocida, para su protección, una tutela jurisdiccional específica, regulada en los artículos 53.1 y 2 y 161.1, a).

2ª. Del artículo 27 se desprende también que la programación general de las enseñanzas y la homologación e inspección del sistema educativo están destinadas a asegurar las características básicas de éste, indispensables para que las enseñanzas cumplan su función, lo que exige que los poderes públicos tengan que procurar su efectividad en todos los centros docentes, con independencia de su régimen y titularidad. Estamos, en realidad, ante una garantía institucional, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, uno de cuyos principales contenidos viene constituido por la calidad de la educación, y ampara, en particular, el establecimiento de estándares de calidad mínimos para que las enseñanzas, y los correspondientes títulos, puedan tener carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

Por su parte, el artículo 12 LUMU vincula el fin público de garantizar el derecho constitucional de acceso de todos los ciudadanos a la enseñanza (en el caso, de nivel universitario), con la ordenación y el fomento de las enseñanzas universitarias públicas, reconociendo con ello una de las características propias y específicas del sistema universitario público.

La expresada configuración constitucional de la enseñanza limita considerablemente el alcance de la regulación autonómica en lo que pueda incidir en el ejercicio del derecho fundamental a la creación de centros docentes y a la libertad de impartir las correspondientes enseñanzas (en este caso, de carácter universitario). De este modo, y en lo que respecta a la esfera privada, las potestades públicas de planificación o coordinación del sistema universitario, en lo que atañe a las facultades determinantes de la autorización o no de la implantación de una enseñanza privada, tienen un carácter marcadamente restrictivo, siendo muy distinto su alcance frente a lo que cabe disponer sobre la enseñanza pública (al margen, se entiende, de lo relativo a la verificación del cumplimiento de los estándares legales de calidad de la primera, a los fines del reconocimiento oficial y general de los efectos del correspondiente título).

Ello explica la diferente regulación contenida en los artículos 11 a 13 LUMU, así como que la interpretación que deba darse a ésta en su aplicación a la enseñanza privada deba ser favorable a la mayor efectividad del derecho fundamental que nos ocupa. Como expresa la STC 159/1986 (F.J. 6º), “*la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo;*

de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

No obstante, lo anterior no significa que el derecho en cuestión pueda ejercerse, no ya de forma abusiva o antisocial (que es un límite infranqueable para todo derecho, incluidos los fundamentales), sino careciendo de un mínimo sustrato o soporte material que justifique la iniciativa de que en cada caso se trate. En este sentido, el interés social inherente a la enseñanza universitaria privada (que, sin embargo, no puede calificarse como un servicio público, sino como una actividad privada lícitamente concurrente con éste, lo que implica que no pueda configurarse aquélla, y su correspondiente oferta, como meramente complementaria y limitada a las enseñanzas que no se impartan en el sistema público), ha motivado que el legislador regional haya establecido como principio inspirador de las actuaciones administrativas de ordenación aplicables al sector privado de la enseñanza universitaria (además de al público, en el que su aplicación es indiscutible), que las correspondientes iniciativas privadas se funden en *“necesidades socioeconómicas y culturales de la Región de Murcia”* (art. 11.2, a) LUMU), es decir, que tengan, al menos, un mínimo y básico soporte material de esa índole que razonablemente las justifique. La antedicha prescripción legal puede ser discutible en cuanto que posibilite una indebida interpretación y aplicación del citado principio que vulnere el derecho fundamental de que se trata, por lo que deberá apreciarse de un modo que no vacíe o haga inefectivo *“de facto”* el derecho a la libertad de enseñanza constitucionalmente protegido.

II. Las anteriores consideraciones han de presidir la interpretación de los artículos 11 a 13 LUMU y, asimismo, la de los artículos 3 a 5 del Proyecto objeto de Dictamen, en el sentido que sigue.

Dicha circunstancia aconseja, para facilitar la comprensión del posterior análisis, la transcripción de los artículos 11 a 13 de la citada Ley.

“TÍTULO II

De la Ordenación del Sistema Universitario y de la Integración en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior

CAPÍTULO I

De los criterios de ordenación

Artículo 11.- Criterios comunes.

1. La creación y supresión de centros y la implantación o supresión de enseñanzas universitarias en la Universidades que integran el sistema universitario de la Región de Murcia se someterá a los criterios objetivos y equitativos de ordenación previstos en esta Ley.

2. Las actuaciones de ordenación del sistema universitario de la Región de Murcia se inspirarán en los siguientes criterios generales comunes a todas las Universidades:

a) Las necesidades socioeconómicas y culturales de la Región de Murcia.

b) La conveniencia de mantener una formación permanente a lo largo de la vida.

c) La necesidad de favorecer la integración en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior.

d) *El equilibrio entre los distintos ciclos universitarios con especial atención a los estudios de postgrado y doctorado.*

e) *El fomento y calidad de la investigación básica y aplicada.*

Artículo 12.- Criterios aplicables a las Universidades públicas.

Con el fin de facilitar el acceso de todos a la enseñanza superior y de conseguir un elevado nivel de calidad docente, investigadora y de gestión, las actuaciones de ordenación de las Universidades públicas de la Región de Murcia se desarrollarán de acuerdo con los siguientes criterios específicos:

a) *La racionalización de la oferta universitaria a través de indicadores sistémicos, socioeconómicos y académico-organizativos.*

b) *La complementariedad académica y la especialización de las Universidades públicas.*

c) *La disponibilidad de recursos económicos que, en el marco de la programación de la financiación universitaria, permitan alcanzar altos niveles de calidad docente, investigadora, de innovación y de gestión.*

d) *Las demandas sociales y, en especial, de los sectores productivos de la Región.*

e) *La necesidad de nuevas enseñanzas que permitan la formación de capital humano altamente cualificado.*

f) *La organización conjunta de enseñanzas entre distintas Universidades.*

g) *La colaboración en actividades de investigación y de transferencia de resultados, así como en las de promoción del conocimiento y de la cultura.*

h) *La promoción de la enseñanza no presencial y la incorporación y aplicación de nuevas tecnologías. Si este tipo de enseñanzas se concretaran en títulos nuevos, tendrán que ser autorizados por la Comunidad Autónoma.*

Artículo 13.- Criterios aplicables a las Universidades privadas.

Con el fin de garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza en el ámbito universitario, la imprescindible consecución de un nivel de calidad docente adecuado y la protección de los derechos de los alumnos, las actuaciones de ordenación de las Universidades privadas y de la Iglesia de la Región de Murcia se desarrollarán según los siguientes criterios específicos:

a) *La racionalización de la oferta universitaria mediante indicadores de la estabilidad temporal de las iniciativas previstas.*

b) *La disponibilidad de recursos económicos e infraestructuras docentes e investigadores apropiadas para garantizar la calidad y la estabilidad de la oferta.*

c) *La disponibilidad de personal docente e investigador, que deberá estar en posesión de la titulación académica que se establezca en la normativa prevista en el apartado 3 del artículo 4 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Con independencia de las condiciones generales previstas en el citado artículo, de conformidad con lo establecido en el artículo 72.2 de la referida Ley Orgánica, al menos el 25% del total de su profesorado deberá estar en posesión del título de doctor y haber obtenido la evalua-*

ción positiva de su actividad docente e investigadora por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o, en su caso, del órgano de evaluación externa creado por Ley en la Comunidad Autónoma. El número total de personal docente de cada Universidad no podrá ser inferior al que resulte de aplicar la relación 1/25 respecto del número total de sus alumnos.

d) La viabilidad y el interés científico de los programas de investigación.

e) La libertad de creación de centros e implantación de enseñanzas según lo previsto en los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, con sometimiento, además, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la referida Ley Orgánica”.

Dicha Disposición Adicional establece que “*las Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades privadas, a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento*”, precepto que es aplicable a la Universidad Católica existente en nuestra Región, lo que permite extender a esta última lo expresado en esta Consideración sobre las Universidades privadas. Ello sin perjuicio de que el citado Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede constituya un instrumento jurídico adicional al artículo 27 CE, que justifica que la normativa autonómica vigente de referencia y la que se pretende aprobar deba respetar la plena efectividad del derecho al establecimiento de centros docentes y la consiguiente implantación de enseñanzas a impartir en los mismos, en este caso por parte de Universidades establecidas por la Iglesia Católica.

III. Por lo que se refiere ya al análisis de los preceptos de la LUMU y del Proyecto que ahora interesan, debe resaltarse en primer lugar que la diferente perspectiva que ha de presidir la ordenación administrativa de la enseñanza pública y la privada, conforme con su diferente dimensión constitucional, es reconocida por la tan citada ley regional, que, para las universidades públicas, establece con precisión cuáles son los fines públicos a los que debe orientarse dicha ordenación: “*facilitar el acceso de todos a la enseñanza superior*” y “*conseguir un elevado nivel de calidad docente, investigadora y de gestión*” (artículo 12), mientras que los fines públicos a perseguir en la ordenación de las universidades privadas son, conforme expresa el artículo 13 de la Ley, “*garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza en el ámbito universitario, la imprescindible consecución de un nivel de calidad docente adecuado y la protección de los derechos de los alumnos*”.

Por otra parte, si se contrasta la regulación contenida en dichos artículos con la contenida en los artículos 3 a 5 del Proyecto, se advierte que estos últimos no siguen la estructura diseñada por los preceptos legales, por cuanto en el Proyecto no existe un precepto destinado al desarrollo de los criterios de ordenación específicos para las Universidades públicas de la Región, como sí existe, en cambio en dicha Ley (su artículo 12). A cambio, en el proyectado artículo 3.3, dedicado a los criterios generales, es decir, a los aplicables a toda clase de Universidades regionales, se incluyen: a) algunos de los criterios legales específicos establecidos para las Universidades públicas, con similar formulación a la contenida en la Ley, como se advierte en la letra c) de dicho artículo 3.3 (relativo a las demandas de los sectores productivos regionales y a la necesidad de nuevas enseñanzas para la formación de personal altamente cualificado, lo que no es sino una refundición de los criterios de las letras d) y e) del artículo 12 LUMU); y b) determinaciones que constituyen un desarrollo

de otros criterios asimismo específicos para las Universidades públicas, también previstos en el artículo 12 de la Ley, como es el caso de lo establecido en las letras a) y b) del proyectado artículo 3.3, que constituyen determinaciones de claro desarrollo de lo previsto en la letra a) de dicho artículo 12, pues en aquellas letras se contienen dos de los “*indicadores sistémicos, socioeconómicos y económico-organizativos*” a los que se refiere este último precepto legal.

Esta elevación a generales (es decir, de aplicación tanto a las universidades públicas como a las privadas de la Región) de unos criterios que, conforme con el artículo 12 LUMU, están específicamente destinados en la Ley para delimitar la ordenación administrativa de las enseñanzas a implantar en las Universidades públicas de la Región, no puede considerarse acorde con dicha Ley. Es claro que si la LUMU hubiera querido configurar como generales los criterios recogidos en su artículo 12 (circunstancia que hubiera sido constitucionalmente rechazable), los habría incluido en su artículo 11, destinado a tal efecto, lo que no hizo, y ello es una circunstancia que no puede ser desconocida por la norma reglamentaria proyectada.

En este sentido, es significativo contrastar las determinaciones contenidas en los artículos 11.2,a) y 12.a) de la LUMU: en el primer precepto, dedicado a plasmar los criterios de ordenación comunes a toda clase de universidades, se expresa que las actuaciones de ordenación del sistema universitario regional se “*inspirarán*”, entre otros criterios generales, en “*las necesidades socioeconómicas y culturales de la Región de Murcia*” (precepto ya analizado en el epígrafe I, último párrafo, de esta Consideración, al que nos remitimos), mientras que, como criterio específico de ordenación aplicable exclusivamente a las Universidades públicas regionales, el segundo de los preceptos determina que dicha ordenación “*se desarrollará*”, atendiendo, entre otros criterios, al de “*la racionalización de la oferta universitaria a través de indicadores sistémicos, socioeconómicos y académico-organizativos*”, criterio específico que, junto al de la “*complementariedad académica y especialización de las Universidades públicas*” (art. 12, b), constituyen los parámetros más determinantes de la singularidad de la ordenación universitaria pública frente a la privada.

Precisamente por el diferente alcance que tienen las potestades públicas según se trate de enseñanzas públicas o privadas, en este último caso su ordenación no puede establecerse por la vía de una “*racionalización de la oferta universitaria a través de indicadores sistémicos, socioeconómicos y académico-organizativos*”, que la Ley, en una interpretación constitucional que ha de considerarse correcta, sólo refiere a la ordenación de las enseñanzas públicas. Sin embargo, como se ha dicho, el Proyecto extiende dicho criterio a las enseñanzas privadas, al establecer en su artículo 3.3 que, “*en todo caso*” los parámetros o indicadores recogidos en sus letras a) y b) se tendrán en cuenta para autorizar enseñanzas universitarias (públicas o privadas). El inciso “*con las particularidades específicas que establece la Ley*”, que seguidamente se consigna, constituye una cláusula demasiado general e inconcreta (además de contradictoria con la expresión “*en todo caso*”), y parece incluida para intentar salvar la legalidad del precepto, pero ello debe procurarse de forma más clara, configurando tales indicadores como criterios de aplicación específica (y exclusiva) para las universidades públicas, según se deriva del ya citado artículo 12, a) LUMU.

A cambio, como criterio general y común, el Proyecto debe incluir el establecido, con tal carácter, en el citado artículo 11.2, a) de la Ley, es decir, que la correspondiente iniciativa privada se base en necesidades socioeconómicas y culturales de la Región de Murcia. Esto no significa que el reglamento se vea impedido de introducir alguna regulación más

concreta que oriente el sentido de la decisión administrativa que haya de adoptarse a la vista del caso de que se trate, en aplicación de dicho criterio general, si bien no parece posible en estos supuestos que la ponderación entre necesidades socioeconómicas y culturales y la efectividad del derecho fundamental pueda resolverse acudiendo a criterios tasados y de automática aplicación, ni establecer determinaciones mucho más concretas que la expresada en el comentado artículo 11.2.a). No obstante, sí puede indicarse que resulta acorde con dicho precepto legal que, entre la documentación que se puede exigir para justificar tales necesidades socioeconómicas, esté la prevista en las letras a) y d) del artículo 12 del Proyecto, es decir, los estudios sobre las titulaciones, existentes en la Universidad solicitante, afines a la enseñanza que se pretende implantar, y también, y especialmente, los estudios de mercado e inserción laboral de los titulados de esta enseñanza a nivel regional y nacional. Es claro que exigir esta información (entre cualesquiera otras que pudiera presentar el interesado, habría de añadirse en dicho artículo), como medio para motivar la iniciativa de que se trate, es algo muy distinto a establecer que la decisión que ha de tomar la Administración sobre la autorización de la correspondiente enseñanza privada se deba basar necesariamente, entre otros, en los indicadores o parámetros recogidos en las comentadas letras a) y b) del proyectado artículo 3.3, que, por todo lo dicho, deberían limitarse a las universidades públicas.

SEXTA.- De las enseñanzas de Doctorado.

El Consejo Jurídico considera oportuno efectuar una consideración en relación con los estudios de Doctorado, en la medida en que su específico régimen legal ha suscitado cierta controversia entre las Universidades y la Dirección General promotora del Proyecto acerca de su tratamiento en el futuro Decreto.

El artículo 38 LOU dispone que se organizarán y realizarán en la forma que determinen los estatutos de cada Universidad, de acuerdo con los criterios que para la obtención del título de Doctor apruebe el Gobierno, previo informe del Consejo de Universidades, criterios que incluirán la superación de un período de formación y la elaboración, presentación y aprobación de un trabajo original de investigación. El RD 1393/2007, por su parte, dispone, en sus artículos 11 y 18 y siguientes, que para obtener el título de Doctor o Doctora es necesario haber superado un período de formación y otro de investigación organizado (programa de doctorado) y elaborar y presentar una tesis doctoral.

Ya desde sus primeras observaciones, y con fundamento en el régimen fijado por las indicadas normas básicas, la Universidad de Murcia planteó que la implantación de las enseñanzas conducentes a la obtención del título de Doctor, debía quedar al margen del régimen de autorización establecido para el resto de enseñanzas. Del mismo modo, la Universidad Politécnica apuntó que estas enseñanzas no están basadas en planes de estudio, por lo que el proceso de verificación no tenía sentido, debiendo quedar sujetas bien a una evaluación voluntaria, bien obligatoria, pero posterior y diferente a la establecida para las enseñanzas de Grado y Máster. Ello determinó la exclusión de las enseñanzas de Doctorado del objeto de regulación del Proyecto.

El Servicio Jurídico de la Consejería proponente, sin embargo, advirtió de la necesidad de incluir las enseñanzas de Doctorado entre aquellas cuya implantación precisaba de la autorización de la Comunidad Autónoma, lo que determinó su inclusión de nuevo en el Proyecto (artículo 1) y la expresa mención a su específico régimen legal (artículo 8).

La Dirección de los Servicios Jurídicos matizó que sería conveniente introducir una mención al RD 1393/2007, para completar la referencia legal. Con ocasión de la memoria valorativa de las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, la Dirección General de Universidades acepta la sugerencia, si bien *“se debe hacer constar que las Comunidades Autónomas carecen de competencia en la regulación de esta materia —enseñanzas de doctorado—, de acuerdo con el artículo 38 LOU”*.

Es esta afirmación la que mueve al Consejo Jurídico a efectuar esta consideración, que intenta precisar o matizar lo categórico de dicha manifestación. Y es que, en efecto, el artículo 38 LOU, más que el RD 1393/2007, atribuye funciones expresas a dos (Universidades y Gobierno de la Nación) de los tres actores con facultades de ordenación de las enseñanzas, excluyendo cualquier mención a las Comunidades Autónomas, de forma que son las Universidades, a través de sus Estatutos, las que establecerán cómo organizar y realizar el Doctorado, ajustándose a los criterios establecidos por el Gobierno, previo informe del Consejo de Universidades.

Ahora bien, en la medida en que el Doctorado es una enseñanza universitaria oficial, no puede quedar al margen del trámite de autorización de su implantación que corresponde a la Comunidad Autónoma en virtud del artículo 35.2 LOU.

Así lo interpreta la Dirección General de Universidades del Ministerio de Ciencia e Innovación, en Resolución de 16 de julio de 2008, sobre diversos aspectos de las enseñanzas de Máster y Doctorado, motivada por las numerosas dudas interpretativas y consultas relativas a la nueva ordenación de estas enseñanzas en el RD 1393/2007. De conformidad con el apartado c) de esta Resolución, *“la implantación de estas enseñanzas requerirá que los correspondientes planes de estudios sean previamente verificados por el Consejo de Universidades y autorizados en su implantación por las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido al respecto en el citado Real Decreto 1393/2007, de 29 de abril”*. Asimismo, se sostiene en la citada Resolución interpretativa que también los programas de doctorado habrán de someterse al trámite de verificación ante el Consejo de Universidades, si bien la Memoria que, de conformidad con el Anexo I RD 1393/2007, ha de confeccionarse al efecto, únicamente ha de versar sobre las características y condiciones en que se van a desarrollar las enseñanzas durante el período de formación, por entender que el período de investigación de los programas de doctorado constituye un proceso interno de las Universidades.

Así pues, si bien la organización y realización de estas enseñanzas corresponde a las propias Universidades, fijando su régimen en los correspondientes estatutos, que habrán de seguir los criterios establecidos al efecto por el Gobierno de la Nación, la impartición de estudios conducentes al Doctorado en las Universidades murcianas está condicionada a la preceptiva autorización autonómica para su implantación.

SÉPTIMA.- Observaciones particulares al texto.

I. De técnica normativa.

a) El Título del Proyecto no es totalmente expresivo del contenido objeto de regulación, toda vez que, mientras aquél alude al procedimiento para la autorización de implantación de las enseñanzas, algunas de las prescripciones proyectadas, singularmente las del Capítulo II, en relación a los criterios para la planificación universitaria, poseen una clara significación sustancial o material, que excede en mucho lo meramente ritual. Debería ajustarse,

pues, el título de la disposición a su contenido, aludiendo, más que al procedimiento, a la autorización misma de implantación de las enseñanzas.

Del mismo modo, en lo tocante a la creación, modificación y supresión de centros, aunque la regulación de corte sustantivo es de menor calado que en el caso de la implantación de las enseñanzas, también existe, pues el artículo 20.2 del Proyecto establece un criterio de ordenación no estrictamente procedimental.

Esta observación ha de hacerse extensiva al artículo 1 del Proyecto.

b) Cuando en el texto se incluyen contenidos extraídos de normas de otros ordenamientos, la referencia al precepto original debe hacerse con mención de su número, no siendo suficiente la sola expresión de la disposición en la que se inserta. Así ocurre en los artículos 7 y 17 del Proyecto.

II. A la Exposición de Motivos.

a) Debería corregirse la afirmación contenida en el inicio de su segundo párrafo, según la cual el RD 1393/2007 atribuye competencias a la Comunidad Autónoma. Como es sabido, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se instrumenta normativamente en la Constitución y los Estatutos de Autonomía, además de en las leyes orgánicas de transferencia o delegación, únicas normas de las que en rigor puede decirse que “atribuyen” competencias a las Comunidades Autónomas. En ocasiones, por determinación expresa de la Constitución o de los propios Estatutos, otras disposiciones asumen una función de delimitación de las competencias autonómicas, no porque las atribuyan o reconozcan *ex novo*, o porque sean un título habilitante, sino porque las delimitan, las precisan y las conciertan con las estatales, sentido éste al que cabe interpretar que alude la Exposición de Motivos del Proyecto. En consecuencia, debería sustituirse la incorrecta referencia a las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma por el reglamento estatal por la mención del precepto estatutario que verdaderamente las otorga: el artículo 16 del Estatuto de Autonomía, indebidamente omitido en la parte expositiva del Proyecto.

b) La descripción de la estructura del Proyecto, en el cuarto párrafo de la Exposición de Motivos, debe completarse con la mención a los dos Anexos.

c) Al sintetizar el contenido del Capítulo III, se afirma que se “establece” el sentido negativo del silencio administrativo. En rigor no es así, pues de conformidad con el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), una norma de rango reglamentario no puede establecer el carácter desestimatorio del silencio administrativo, atendida la reserva de rango legal o de norma comunitaria que a tal efecto prevé la citada normativa básica. Cosa distinta es que ese sentido negativo del silencio derive bien del propio artículo 43.2 LPAC, en la medida en que la estimación por silencio de la solicitud de autorización de implantación de enseñanzas o de creación de centros universitarios determinaría la transferencia a la Universidad pública solicitante de facultades relativas al servicio público de la educación superior; o bien de la previsión expresa de ese carácter desestimatorio en el artículo 2 de la Ley 1/2002, de 20 de marzo, mal llamada de adecuación de los procedimientos de la Administración regional a la LPAC. Por tanto, el Proyecto no establece el sentido desestimatorio del silencio, sino que se limita a dejar constancia expresa del régimen aplicable al silencio en el procedimiento que regula.

III. Al articulado.

— Artículo 4. Criterios específicos.

En la letra b), al regular las titulaciones conjuntas, no debería limitarse esta posibilidad a la participación de sólo dos Universidades, pues no existe tal límite en la normativa reguladora, de forma que podrían existir titulaciones conjuntas resultado de la colaboración de más de dos universidades.

Debería especificarse, asimismo, que la documentación exigida en el precepto para la implantación de enseñanzas conjuntas, lo es con carácter adicional a la exigida en el Proyecto para las titulaciones a impartir en una sola Universidad.

— Artículo 6. Instrumentos para la planificación de las enseñanzas universitarias en la Región de Murcia.

El apartado 3 podría simplificar su redacción estableciendo que la información suministrada por las Universidades se incorporará al Sistema de Información Universitaria y de Gestión del Conocimiento, en los términos previstos en el artículo 10 del Decreto regulador del Registro de Universidades, Centros, Estructuras y Enseñanzas Universitarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En cualquier caso debe suprimirse o, al menos, precisarse el último inciso del apartado, cuando señala que *“los datos que se determinen se incorporarán al Registro”*. Esta previsión supone una alteración del régimen del Registro, modificando de facto el Decreto 290/2007, que, sin embargo, pugna con la precisión y concreción con que esta norma establece los datos que han de ser objeto de inscripción. En consecuencia, tan genérica remisión precisaría de una ulterior determinación y especificación de los datos inscribibles, que sólo sería posible instrumentar normativamente a través de un nuevo Decreto, dadas las limitaciones que al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros imponen los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004. Siendo necesario, por tanto, un Decreto posterior para hacer efectiva la previsión ahora proyectada, ésta deviene en inútil, aconsejando su supresión del texto.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de efectuar esa modificación del Decreto regulador del Registro, con expresión clara y precisa de qué datos han de incorporarse al mismo, mediante la inclusión de una disposición final en el presente Proyecto.

— Artículo 9. Tramitación para la verificación de los planes de estudio o de los títulos.

a) En el apartado 1, se sigue estableciendo que el envío de la documentación a la Consejería se realizará con carácter previo a la remisión de los planes de estudios al Consejo de Universidades, aun cuando en la memoria de la Dirección General de Universidades, valorativa de las sugerencias formuladas por el Consejo Económico y Social, se considera oportuno modificar dicha prescripción para hacer coincidir en el tiempo ambos envíos, de forma que se hagan simultáneamente (folio 456 del expediente). Esta solución es asimismo la adoptada por el Decreto 13/2009, de 17 de febrero, por el que se determina el procedimiento para la autorización de la implantación y puesta en funcionamiento de las enseñanzas universitarias oficiales en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Dada la intensa polémica mantenida entre las Universidades y el centro directivo proponente en relación con este trámite, cabe entender que la no adecuación de la redacción del artículo a lo señalado en la memoria se debe a una omisión involuntaria, por lo que debería ser corregido.

b) El apartado 2, al enumerar el contenido de la memoria que debe acompañar al plan de estudios de las enseñanzas de cualquier ciclo, exige que se haga constar la rama del conocimiento en que se encuadra dicho plan de estudios. Por coherencia interna del texto, debería añadirse “, *en su caso*.”, toda vez que de conformidad con el artículo 7 del Proyecto, sólo las enseñanzas de Grado se adscriben a una determinada rama del conocimiento, por lo que la referida exigencia no sería predicable de las memorias que acompañaran a la solicitud de autorización de implantación de enseñanzas de Máster o Doctorado.

Esta observación es extensible al apartado del Anexo I que refleja dicha exigencia.

— Artículo 11. Documentación general.

El artículo enumera los documentos que, de forma preceptiva, han de acompañar a la solicitud de autorización. En su letra e), exige aportar la certificación del Consejo de Universidades sobre la verificación positiva del plan de estudios. No obstante, si la Comunidad Autónoma recibe directamente del Consejo de Universidades la resolución definitiva de verificación positiva, pues así lo disponen los artículos 25.8 RD 1393/2007 y 25.8 del Proyecto, no parece necesario que la Universidad la vuelva a aportar, haciendo extensiva a la misma el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, declarado por el artículo 35, letra f) LPAC.

De aceptar la sugerencia, debería asimismo eliminarse el correspondiente apartado del Anexo II, que contempla dicha documentación.

— Artículo 12.- Documentación específica.

a) En la letra e) se exige a las Universidades que aporten el informe del Colegio o Colegios Profesionales afines a las enseñanzas cuya implantación se solicita.

La jurisprudencia ha señalado, sobre la base de la normativa de Colegios Profesionales, que no resulta preceptiva su intervención en la elaboración de los planes de estudios (por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de enero de 2007), lo que no impide que la Administración educativa prevea su participación en el procedimiento de autorización de implantación de enseñanzas.

No obstante, considera el Consejo Jurídico que habría de valorarse la conveniencia de que tal documentación fuera solicitada al Colegio por la propia Consejería en la fase de instrucción del procedimiento, en lugar de ser la Universidad la que inste su emisión. Y es que, si el órgano que solicita el informe es el instructor del procedimiento, la aplicación de las normas que sobre los informes establece la LPAC en sus artículos 82 y 83 podría evitar eventuales problemas derivados de retrasos o resistencias de la correspondiente organización profesional en la emisión del informe. En efecto, con la redacción actual del precepto, la Universidad no puede solicitar la autorización de implantación hasta tanto cuente con el informe del Colegio Profesional; sin embargo, de ser la Consejería la que lo solicitara como un trámite más en la fase de instrucción, el Colegio contaría con un plazo preestablecido para emitirlo, cuyo transcurso sin hacerlo habilitaría para continuar el procedimiento, atendido su carácter no determinante.

Además, ello permitiría integrar en una misma fase la participación de las organizaciones profesionales, tanto la preceptiva, si es que así quiere configurarse en el futuro Decreto, como la facultativa (mejor que consultiva) que en la redacción actual prevé el artículo 13.1 del Proyecto.

b) En la letra h):

— Completar "...hasta, en su caso, su total extinción *conforme a lo establecido en el artículo 5,a*), la disponibilidad...", remisión interna que pretende enmarcar la garantía de impartición de enseñanzas mencionada en el precepto, en el artículo del Proyecto que la regula.

— Sustituir "CCAA" por "Comunidad Autónoma".

— En la última frase del primer párrafo de esta letra, sustituir "*esta ley*" por "*aquella ley*", pues se refiere a la Ley Orgánica 4/2007 y no a la 6/2001. Se adecua así la redacción del precepto a lo establecido en la normativa básica, toda vez que el plazo de seis años que la Ley abre para la adecuación de las Universidades privadas a los porcentajes establecidos en el artículo 72.2 LOU, ha de contarse desde la entrada en vigor de la LO 4/2007, de conformidad con lo establecido en su Disposición adicional novena, apartado 2.

— Artículo 14. Calendario de implantación.

a) El artículo es susceptible de ser suprimido, toda vez que su primer apartado reproduce la Disposición Adicional primera, apartado 1, RD 1393/2007, sin introducir variación alguna; el segundo apartado, contiene dos precisiones de naturaleza eminentemente ritual, cuales son el plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar la resolución, con expresión del sentido negativo que el ordenamiento otorga al silencio administrativo en tales procedimientos, siendo su ubicación sistemática más adecuada el artículo 13, dedicado a la regulación de la tramitación a seguir para la autorización de implantación de enseñanzas.

b) Si no se atiende la sugerencia anterior, debería modificarse el epígrafe que encabeza el precepto, pues no es representativo de su contenido. El primer apartado establece una regla que permite la implantación progresiva o simultánea de las nuevas titulaciones, con remisión a lo que establezcan los respectivos planes de estudios, pero sin precisar los años académicos o fechas concretas en las que proceder a la implantación, por lo que difícilmente puede ser calificado de "calendario".

c) En el segundo apartado, el plazo de resolución del procedimiento debe ajustarse a la regla de cómputo contenida en el artículo 42.3 LPAC, en cuya virtud, el plazo se contará desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

En este sentido, si bien de conformidad con la Disposición Transitoria segunda de la Ley 7/2004, y en tanto no se desarrolle reglamentariamente el Sistema Unificado de Registro previsto en el artículo 32 de la misma Ley, puede considerarse como registro del órgano competente para la tramitación del procedimiento el de la Consejería, entendiendo dicha previsión ajustada a la norma básica, no ocurre lo mismo con la determinación del *dies a quo* del plazo, que habrá de coincidir con la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de la Consejería.

— Artículo 15. Renovación de la acreditación de los títulos.

a) La acreditación inicial de los títulos es un efecto derivado de su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos, conforme establece el artículo 26.2 RD 1393/2007, por lo que no es correcto señalar en el último inciso del precepto objeto de esta consideración que “*los títulos serán acreditados en los términos establecidos en el artículo 27 del referido Real Decreto*”, toda vez que lo que allí se establece, en rigor, es el procedimiento para el mantenimiento o renovación de esa acreditación inicialmente obtenida con la inscripción en el Registro.

b) El proceso de evaluación a realizar para renovar la acreditación de los títulos, conforme al artículo 27 RD 1393/2007, debe ser realizado bien por la ANECA, bien por el órgano de evaluación que determine la Ley de la Comunidad Autónoma. Esta Ley autonómica podría asignar la realización de esa evaluación y el informe que la culmina a una eventual Agencia Regional de Evaluación propia, como contempla el precepto proyectado, pero también a otra Agencia distinta, siempre que la determinación de ésta se realizara por Ley regional, supuesto éste que el Proyecto no contempla y que, en la medida en que restringe las posibilidades ofrecidas por la norma básica, ha de ser modificado para adecuarse a aquélla.

Del mismo modo, debe precisarse que los protocolos de verificación y acreditación a aplicar en el indicado proceso serán los establecidos por la ANECA (art. 24.3 RD 1393/2007), lo que no queda suficientemente claro en el Proyecto.

— Artículo 16.- Modificación y supresión de enseñanzas.

a) A pesar de la alusión en el epígrafe a la “modificación” de las enseñanzas, el Proyecto se limita a prever la posibilidad de una especie del género modificación, como es la transformación de varios títulos en uno solo con itinerarios formativos diferentes, reflejados en el plan de estudios, por lo que debería valorarse la conveniencia de trasladar al epígrafe esa peculiaridad.

b) El apartado 2 sujeta la supresión y modificación de enseñanzas a lo que disponga el artículo 17 LUMU, ampliando de forma inadecuada la regulación del precepto legal, que únicamente prevé su aplicación a la implantación y supresión de enseñanzas, no a su modificación. De hecho, la única referencia que la LUMU efectúa a la modificación de las enseñanzas es en el artículo 9.3, letra c), para sujetar dicha modificación al informe de la Comisión Académica del Consejo Interuniversitario.

Debe advertirse, asimismo, que de pretender otorgar un régimen similar a ambas actuaciones (modificación y supresión de enseñanzas), con la actual redacción del precepto proyectado no se consigue dicho objetivo. Y es que, como ya hemos señalado con anterioridad, la regulación del artículo 17 LUMU se ha visto sustancialmente afectada por la entrada en vigor de la LO 4/2007, en la medida en que la modificación que esta disposición opera sobre el artículo 8 LOU, determina que el aludido precepto de la Ley regional haya de considerarse tácitamente modificado en lo que se oponga a la norma básica. En este sentido, ya indicamos en anteriores consideraciones que, en la implantación y supresión de enseñanzas, la iniciativa ya no correspondía al Consejo Social de la Universidad interesada, que ve alterada su función, pues pasa de estar habilitado para efectuar la correspondiente propuesta, a ser órgano informante. Ahora bien, comoquiera que el artículo 8 LOU no contempla la modificación de las enseñanzas, la remisión que efectúa el Proyecto al precepto regional ha de entenderse hecha a su redacción original, de forma que habría que entender que mientras para la supresión de enseñanzas la propuesta corresponde al Consejo de Gobierno de la

Universidad o a la Comunidad Autónoma con el acuerdo de aquél, y en ambos casos con el informe favorable del Consejo Social de la Universidad (art. 8 LOU); para la modificación, la propuesta correspondería bien al Consejo Social, bien a la Comunidad Autónoma con el acuerdo de aquél y, en ambos casos, con el informe preceptivo del Consejo de Gobierno de la Universidad (art. 17 LUMU).

Si se quiere evitar esta circunstancia y otorgar un tratamiento homogéneo a la modificación y supresión de enseñanzas, el Proyecto debería establecer el procedimiento para acordar la modificación, no por la inadecuada vía de remisión al artículo 17 LUMU, sino señalando que la modificación de enseñanzas se sujetará al mismo régimen que la supresión, sin perjuicio de las peculiaridades que, en materia de modificación y extinción de planes de estudios, contiene el artículo 28 RD 1393/2007.

c) La supresión de enseñanzas en la norma básica y en la ley regional se configura como una actuación cuya iniciativa surge de la respectiva Universidad o de la Comunidad Autónoma, pero en este caso siempre con el consenso de la Universidad afectada, en la medida en que es necesario el acuerdo del órgano de gobierno de ésta y el informe favorable del Consejo Social.

El artículo 16.2 del Proyecto, separándose de ese modelo, prevé un supuesto de supresión de aquellas enseñanzas que no se ajusten a los criterios establecidos en la normativa universitaria de aplicación. Esta supresión, pues, se configura como ejercicio de una labor de policía por parte de la Administración regional, que genera no pocas incógnitas.

En primer lugar, la posibilidad de que el procedimiento de supresión se inicie “a instancias de las Universidades de la Región de Murcia”, parece indicar la posibilidad de una iniciación del procedimiento a instancia de parte que resulta inapropiada en atención a la labor de control que viene a realizar la Comunidad Autónoma. De hecho, así lo considera la propia Dirección General de Universidades cuando responde en su memoria justificativa de 17 de junio de 2008 a una alegación de la UPCT, que pretendía introducir precisamente esa iniciación a instancia de cualquier Universidad. En todo caso, lo más adecuado sería posibilitar la iniciación del procedimiento bien a instancia de la Universidad que esté impartiendo la enseñanza cuya supresión se pretenda, bien de oficio, sin perjuicio, por supuesto, de la denuncia (artículo 69 LPAC) como forma de estimular la actuación de la Administración autonómica.

Mayores problemas plantea el desarrollo mismo del procedimiento, porque éste, como hemos visto repetidamente, no puede obviar las prescripciones legales que imponen la decisiva participación en el mismo de las instituciones de cada Universidad, cuya oposición a la supresión propuesta por la Comunidad Autónoma resultaría insuperable para ésta (artículo 8 LOU).

Considera, en suma, el Consejo Jurídico que lo procedente sería configurar no un supuesto específico de supresión de enseñanzas, sino acudir, en todo caso, a una institución típica de la técnica autorizatoria, como es la revocación de la autorización de implantación de las enseñanzas, la cual, no obstante, habría de rodearse de garantías, no sólo respecto de las Universidades afectadas, sino también y sobre todo, respecto de los estudiantes que hubieran iniciado los correspondientes estudios.

— Artículo 20.- Creación, modificación y supresión de Facultades y Escuelas.

a) El apartado 2 debe limitarse a las Universidades públicas, pues de lo contrario se vulneraría la libertad de creación de centros docentes, propia de la iniciativa privada. Ello no impide que, para evaluar la disponibilidad de recursos económicos e infraestructuras adecuadas para garantizar la calidad y la estabilidad de la oferta (artículo 13, b) LUMU), se exija una memoria justificativa del coste de implantación del eventual nuevo centro, como así resulta del proyectado artículo 12, g).

b) El mismo apartado 2 establece, por otra parte, un criterio de ordenación que, en la redacción proyectada, no pasa de ser una mera declaración de intenciones con escaso valor preceptivo. Sería más adecuado a su condición de norma jurídica reconducirla a una prohibición, definiendo en el artículo los requisitos que habrían de cumplirse para su eventual excepción. Comoquiera que la Dirección General de Universidades ya ha rechazado esta opción, propuesta durante la fase de alegaciones y sugerencias, quizás debería considerarse la conveniencia de trasladar el precepto a la parte expositiva del Proyecto.

— Artículo 21.- Solicitud y procedimiento (de creación, modificación y supresión de centros).

El apartado 3 efectúa una remisión a lo establecido en el art. 17 LUMU, “*vigente en lo que no se oponga*” a la LOU, en la nueva redacción dada por la LO 4/2007. No debe un reglamento efectuar manifestaciones acerca de la vigencia o no de un texto legal, y ello aun cuando materialmente sea correcta la interpretación que del texto se hace. De nuevo, este tipo de expresiones aclaratorias o interpretativas, tienen su ubicación más adecuada en la Exposición de Motivos de la futura disposición.

— Artículo 22.- Inscripción en el Registro de Universidades, Centros, Estructuras y Enseñanzas Universitarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia e información de las Universidades.

El artículo y, por extensión el Capítulo V, del que constituye único precepto, parece innecesario. En efecto, el apartado 1 se limita a disponer que la inscripción de los actos relativos a las enseñanzas y a los centros, que son objeto de regulación en el Proyecto, se registrarán por lo dispuesto en el Decreto 290/2007, por el que se regula el Registro de Universidades, Centros, Estructuras y Enseñanzas Universitarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, lo que no incorpora un valor normativo adicional al propio del reglamento citado.

El apartado 2, por su parte, establece la obligación de las Universidades de suministrar los datos que, sobre las titulaciones implantadas, acuerden las propias Universidades y la Consejería, para su incorporación al Sistema de Información Universitaria y de Gestión del Conocimiento, conforme a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 290/2007.

La única novedad que aporta el precepto proyectado sobre el citado del Decreto regulador del Registro es la obligatoriedad de comunicar esos datos, una vez alcanzado el acuerdo entre las Universidades y la Consejería acerca de cuáles de ellos han de suministrarse. Sin embargo, dicha obligatoriedad, que cabría entender implícita ya en el Decreto 290/2007, se puede considerar también presente de forma expresa en el artículo 6.2 del Proyecto, al incorporar, junto a las previsiones del artículo 14.5 LUMU, el inciso “así como de otros aspectos que se acuerden entre las Universidades y la Consejería”, expresión en la que, por su generalidad, se podrían incardinar sin esfuerzo datos relativos a la implantación de las enseñanzas.

Si, no obstante, se quisiera diferenciar por los redactores del texto la diversa naturaleza de la información que se recaba al amparo del artículo 14.5 LUMU de la que se obtiene en virtud del artículo 10 del Decreto 290/2007, parece que, en cualquier caso, la ubicación sistemática más adecuada para dicha regulación acerca de la información sobre las titulaciones implantadas sería el artículo 6 del Proyecto, intitulado “instrumentos para la planificación de las enseñanzas universitarias en la Región de Murcia”.

— Disposición transitoria.

Conforme a un elemental principio de seguridad jurídica, debe extenderse a las enseñanzas de Grado la previsión relativa a la aplicación de la normativa anterior a todos aquellos procedimientos de autorización de implantación de enseñanzas que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la futura norma, pues no se ha justificado adecuadamente en el expediente la restricción de esta previsión transitoria a los estudios de postgrado.

— Disposición derogatoria.

La referencia a la Disposición adicional segunda ha de realizarse a la actual Disposición transitoria.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia material suficiente para dictar la disposición objeto de consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno mediante Decreto.

SEGUNDA.- En lo esencial, el Proyecto ha cumplido en su elaboración con los trámites que, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, establece el artículo 53 de la Ley 6/2004.

TERCERA.- Tienen la consideración de esenciales las siguientes observaciones:

— Las formuladas en la Consideración Quinta de este Dictamen, relativas a la aplicación de los criterios de planificación universitaria a unas y otras Universidades en función de su naturaleza pública o privada (artículo 3.3, letras a) y b), del Proyecto).

— A la Exposición de Motivos, en relación con el establecimiento del sentido del silencio administrativo, conforme a lo indicado en la Consideración Séptima, II, c), de este Dictamen.

— La última de las efectuadas al artículo 12, letra h) del Proyecto, relativa a la Ley cuya entrada en vigor constituye el *dies a quo* del plazo de adecuación a los requisitos exigidos por el artículo 72.2 LOU.

— Al artículo 14.2, en relación con la determinación del *dies a quo* del plazo de resolución.

— Al artículo 15, en relación con la determinación del órgano que ha de efectuar la evaluación.

— Al artículo 16.2, en relación a la iniciación del procedimiento de supresión de enseñanzas que no se ajusten a los criterios establecidos en la normativa universitaria de aplicación.

— Al artículo 20.2, en cuanto a su necesaria limitación a las Universidades públicas.

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 101/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de --, S.L., como consecuencia de los daños sufridos por el retraso del cobro de ayudas al sector vacuno.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 01/06/09

Extracto de Doctrina

No consta que el expediente de gasto haya sido sometido a fiscalización previa por parte de la Intervención General, trámite preceptivo atendida la cuantía de la indemnización cuyo reconocimiento se propone (6.157,40 euros), en interpretación del artículo 93.1, a) del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre y, contrario sensu, de lo dispuesto en el artículo 41.1 de la Ley 10/2007, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2008, en idéntica redacción a la del mismo artículo de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2009, Ley 8/2008, de 26 de diciembre, que exige del trámite a “los gastos imputables al Capítulo 2 «Gastos Corrientes en bienes y servicios» del Presupuesto de gastos, cuyo importe individualizado no sea superior a 4.500 euros.

La ausencia de dicho trámite preceptivo impone la necesidad de retrotraer las actuaciones para que se cumplimente. Una vez llevada a cabo la actuación fiscalizadora, deberá remitirse de nuevo el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 22 de abril de 2008, la mercantil “--, S.L.”, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, solicitando una indemnización de 6.167,05 euros, más intereses legales, en concepto de perjuicios por el injustificado retraso en el cobro de ayudas ganaderas.

Según el relato fáctico de la reclamante, solicitó de la Consejería de Agricultura y Agua las ayudas por “prima sacrificio” y “prima especial” correspondientes al año 2003, con motivo de la actividad de cebo de vacuno que desarrolla en la explotación designada con

el código ES30024050066. De conformidad con la normativa reguladora de las indicadas ayudas, éstas debían ser abonadas antes del 30 de junio de 2004.

Con fecha 2 de septiembre de 2004, se deniegan las primas solicitadas debido a la utilización irregular de sustancias prohibidas (glucocorticoides), resolución que es recurrida en reposición el 13 de octubre. Tres años y medio después, el 18 de marzo de 2008, se estima el recurso de reposición y se declara el derecho de la ahora reclamante a percibir 38.076,14 euros, en concepto de pago de las primas solicitadas, correspondientes al año 2003. La Orden estimatoria reconoce que las ayudas fueron denegadas por la inclusión de la explotación ganadera en la Red de Alerta en octubre de 2003, atendida la vinculación administrativa de la explotación con otras sospechosas de utilizar sustancias prohibidas. En cualquier caso, la Administración no pudo probar que en la indicada explotación se usaran glucocorticoides, dados los resultados de los análisis realizados desde comienzos del año 2004. No obstante, y aun conociendo dicha circunstancia desde esa fecha, la Administración no resuelve el recurso hasta marzo de 2008.

La cantidad reclamada se calcula aplicando el interés legal a la correspondiente a las ayudas que, debiendo haber sido percibidas en 30 de junio de 2004, no lo fueron hasta el 26 de marzo de 2008.

Se acompaña la reclamación de escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales, que acredita el carácter de representante legal de la empresa de quien interpone la reclamación en nombre de aquélla: su administrador único, x.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designado instructor del procedimiento, el 28 de abril de 2008 se solicita informe al Servicio de Producción Animal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RRP).

TERCERO.- El 28 de julio se emite el informe solicitado. En él el Servicio de Producción Animal dibuja el siguiente *iter* cronológico de los hechos en los que se basa la reclamación, y se acompaña documentación acreditativa de los hechos que se relatan:

a) La denegación de las ayudas solicitadas se fundamenta en informe del Servicio de Producción y Sanidad Veterinaria de 20 de agosto de 2004, que propone la desestimación de la solicitud al constar que la explotación ganadera, de cuyo ganado figura como titular la empresa “--, S.L.” se encuentra incluida en la Red de Alerta por utilización irregular de glucocorticoides. El fundamento jurídico de dicha denegación consiste en el artículo 4 del Real Decreto 138/2002, de 1 de febrero, sobre determinadas ayudas en el sector de la carne de vacuno, que integra en nuestro ordenamiento normativa comunitaria, en lo que aquí interesa el artículo 23 del Reglamento 1254/1999, del Consejo, de 17 de mayo. De conformidad con dichas normas, cuando se detecten en animales vacunos pertenecientes a un productor residuos de sustancias prohibidas o de sustancias autorizadas pero utilizadas ilegalmente, este productor quedará excluido, durante el año civil en que se efectúe la comprobación, del beneficio de las ayudas previstas en dichas normas.

b) La inclusión de la explotación de referencia y de otras cinco (“--, S.L.”; “--, S.L.”; “, x”; “--, S.L.”; y “, S.L.”) cuyos socios son los mismos y cuyo administrador único es x., se debió a los resultados positivos a la utilización irregular de glucocorticoides, arrojados por los análisis de muestras de pienso y agua tomadas el 9 de julio de 2003, en el registro

efectuado por la Policía y funcionarios del Servicio de Sanidad Animal, en desarrollo de las investigaciones por un presunto delito contra la Salud Pública, dirigidas por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lérida (Diligencias Previas 735/2003).

c) Interpuesto recurso de reposición frente a la Orden denegatoria de las ayudas, no es resuelto expresamente en plazo, si bien el Servicio de Producción Animal considera que la documentación aportada por la mercantil interesada junto con el recurso no justificaba su estimación, pues se trataba de los resultados de análisis efectuados sobre muestras de pelo y orina tomadas el 14 de julio de 2003, mientras que las muestras que determinaron la inclusión en red de alerta lo fueron el 9 de julio y de pienso y agua.

d) El 12 de marzo de 2007, el representante de la mercantil aporta la solicitud del Fiscal de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones penales, porque no consta acreditada la existencia de sustancias perjudiciales para la salud, como considera el Juzgado Central de Instrucción, en Auto denegando la competencia de dicho juzgado, y como confirma el Centro Nacional de Alimentación en reiterados informes, indicativos de que *“en su mayor parte no se detectan las sustancias a que se refiere la investigación”*. Se aporta, asimismo, auto de sobreseimiento provisional y archivo de 28 de noviembre de 2006.

e) Solicitado al Servicio de Producción Animal informe acerca de dicha documentación y de la procedencia o no de estimar el recurso, se recaba asimismo el informe del Servicio de Sanidad Animal de la Dirección General de Ganadería y Pesca. El primero considera que debe mantenerse la denegación de las ayudas toda vez que no se desvirtúa la causa de la denegación: la inclusión de la explotación en la Red de Alerta.

En el informe del Servicio de Sanidad Animal consta que el Juzgado de Instrucción comunica, con fecha 1 de octubre de 2003, *“los resultados analíticos de las muestras de pienso y agua tomadas en las explotaciones, en las que resultan detectados glucocorticoides, información que es remitida inmediatamente al Coordinador del Plan Nacional de Investigación de Residuos en la Comunidad Autónoma, el cual el 10 de octubre de 2003 comunica que las explotaciones objeto de este informe son incluidas en la Red de Alerta por utilización irregular de glucocorticoides”* y se adoptan medidas cautelares de inmovilización. Posteriormente, se realiza sacrificio controlado sanitariamente de diversos lotes de animales de las explotaciones. Los análisis realizados a las muestras tomadas de dichos animales dan resultado negativo, por lo que el 23 de octubre de 2003 se dejan sin efecto las indicadas medidas cautelares.

f) El 21 de diciembre de 2007 se pide nuevo informe al Servicio de Producción Animal, valorando el del Coordinador del Plan Nacional de Investigación de Residuos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad) y escrito del Juzgado instructor, de 23 de septiembre de 2003, por el que se comunica a la Dirección General de Ganadería y Pesca que el resultado de los análisis efectuados en las muestras tomadas el 9 de julio de 2003, es negativo a sustancia prohibida en la explotación “x., S.L.”.

El 30 de enero de 2008 informa el Servicio de Producción Animal que, cuando se propuso denegar la concesión de las ayudas solicitadas, la Unidad Administrativa de Producción Animal que las gestionó no conocía el documento judicial de 23 de septiembre de 2003, sino que únicamente se tomó en consideración la inclusión en Red de Alerta de la explotación, decidida por el Coordinador del Plan Nacional de Investigación de Residuos conociendo ya todos los resultados positivos y negativos en las seis explotaciones y atendida

la vinculación administrativa existente entre todas ellas por compartir socios y administrador único. De haber conocido el indicado documento se habría efectuado la correspondiente consulta jurídica en orden a determinar la relevancia de dicha vinculación a los efectos de fijar el concepto de productor que utiliza la normativa de las ayudas para denegarlas por utilización de sustancias prohibidas. Finaliza el informe señalando que, de considerar que dicha vinculación entre las distintas empresas no permite englobarlas a todas como un único productor, la ayuda debería haberse concedido. No obstante, en el informe de 28 de julio de 2008, de este mismo Servicio, se dice que “se puede concluir que todas las explotaciones investigadas y que se incluyeron en red de alerta pertenecen a un mismo productor”.

g) El 1 de febrero de 2008, la Vicesecretaría solicita de la Dirección General de Ganadería y Pesca informe complementario relativo a la cuantía de la subvención, condiciones a las que se sujeta la concesión de la misma, partida presupuestaria, número de cuenta y NIF del solicitante, “a efectos de elevar al Sr. Consejero propuesta de estimación” del recurso de reposición. El informe se emite el 22 de febrero de 2008.

CUARTO.- Se ha incorporado al procedimiento el expediente seguido en el Servicio de Producción Animal en relación con las ayudas cuyo retraso en el abono ha dado lugar a la reclamación. Obra en dicho expediente la Orden de 18 de marzo de 2008, de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se estima el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución denegatoria de las ayudas, sobre la base de los resultados negativos a sustancias prohibidas en los análisis efectuados en la explotación de la mercantil. Dicha Orden dispone el pago de las ayudas solicitadas, correspondientes al ejercicio 2003, por importe total de 38.076, 14 euros, de los cuales 27.610,85 corresponden a pago de prima por sacrificio y pago adicional de bovinos, y 10.465,29 euros al pago de prima especial de bovinos machos.

QUINTO.- Con fecha 28 de julio, el instructor solicita de la Dirección General de Salud Pública (Consejería de Sanidad) informe y remisión del expediente seguido para la inclusión de la explotación ganadera en la red de alerta. Contesta el Coordinador del Plan Nacional de Investigación de Residuos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que las actuaciones ya obran en poder de la Consejería de Agricultura y Agua y que en ellas se constata que:

“— *Esta explotación ganadera fue incluida en Red de Alerta en el mes de octubre de 2003, por utilización irregular de glucocorticoides, a raíz de una actuación judicial a nivel nacional instruida por el Juzgado nº 1 de Lleida.*

— *El motivo de esta inclusión como medida de precaución, fue su vinculación administrativa al resto de explotaciones investigadas durante la actuación judicial, a pesar de que las muestras de pienso tomadas en esa ganadería en concreto no contenían residuos de glucocorticoides. De hecho x. firmó las actas de toma de muestras en calidad de interesado en las actuaciones llevadas a cabo en otras dos explotaciones (--, S.L. y --, S.L.) y en las cuales sí se detectó la presencia de este tipo de sustancias en los piensos analizados.*

— *Esta medida cautelar permitió establecer un control minucioso sobre los animales inmovilizados en esa explotación, para garantizar, en aras de la salud pública, la ausencia de ese tipo de residuos en sus carnes realizando un muestreo representativo-selectivo en matadero. Esta decisión se tomó en virtud de lo dictado en el artículo 11, punto 2, del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos”.*

SEXTO.- Con fecha 30 de septiembre se confiere trámite de audiencia a la mercantil interesada, que solicita una ampliación del plazo de alegaciones. Por resolución del órgano instructor, de 20 de octubre de 2008, se amplía el plazo por 5 días.

La reclamante presenta alegaciones el 28 de noviembre, para ratificar lo expuesto en su escrito inicial, afirmando la improcedencia de la denegación de las ayudas con fundamento en una mera sospecha, que es lo que llevó a la inclusión de la explotación propiedad de "--, S.L." en la Red de Alerta. Sospecha que fue finalmente desvirtuada por las determinaciones analíticas efectuadas. Afirma, además, que, al margen de la vinculación que pueda existir entre esta explotación y otras, la mercantil titular de la misma es "*una persona jurídica independiente que nada tiene que ver, desde el punto de vista legal con las otras con las que se le vinculaba, siendo completamente ajena a las circunstancias que se pudieran dar en las otras explotaciones*".

SÉPTIMO.- El 3 de diciembre de 2008 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que concurren en el supuesto los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento anormal de la Administración y el daño sufrido, así como el carácter antijurídico de éste, en la medida en que la mercantil reclamante no venía obligada a soportarlo.

En tal estado de tramitación, y una vez unidos los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia el pasado 11 de diciembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La legitimación activa corresponde a quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos, residiendo la condición de perjudicado en la mercantil "--, S.L.", debidamente representada por su administrador único. Dicha representación ha sido acreditada en el expediente mediante escritura de elevación a públicos de los acuerdos sociales en los que se le confiere aquella función.

Es competente para conocer y resolver la presente reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración la Consejería consultante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 142 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ya que, siguiendo la hipótesis de la mercantil reclamante, el daño se habría producido por un deficiente funcionamiento

de los servicios públicos integrados en dicha Consejería, competente para el abono de las cantidades reclamadas.

2. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En otros términos, la acción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha de ejercitarse en el plazo de un año a contar desde el hecho desencadenante de las consecuencias dañosas.

Para determinar la fecha inicial del cómputo del expresado plazo de prescripción la doctrina jurisprudencial mantiene que el principio general de la *actio nata* significa que el cálculo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1986, 15 de octubre de 1990, 9 de marzo de 1992 y 14 de junio de 1993, entre otras).

En el supuesto sometido a consulta, el daño irrogado ha de entenderse producido en el momento en que la mercantil interesada conoce el importe que se le va a abonar, coincidente con la subvención dejada de percibir en su momento. Este momento coincide, en el expediente, con la fecha del abono efectivo de las ayudas, el 26 de marzo de 2008, toda vez que la notificación de la orden estimatoria del recurso de reposición se notifica con posterioridad a esa fecha, el 2 de abril. Comoquiera que la reclamación se interpone sólo 20 días después, es evidente que se hace de forma temporánea.

3. En términos generales, los trámites realizados se han ajustado a lo establecido por las normas reguladoras de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, habiéndose conferido trámite de audiencia a la mercantil interesada.

TERCERA.- Omisión del trámite de fiscalización previa.

No consta que el expediente de gasto haya sido sometido a fiscalización previa por parte de la Intervención General, trámite preceptivo atendida la cuantía de la indemnización cuyo reconocimiento se propone (6.157,40 euros), en interpretación del artículo 93.1, a) del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre y, *contrario sensu*, de lo dispuesto en el artículo 41.1 de la Ley 10/2007, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2008, en idéntica redacción a la del mismo artículo de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2009, Ley 8/2008, de 26 de diciembre, que exime del trámite a “*los gastos imputables al Capítulo 2 «Gastos Corrientes en bienes y servicios» del Presupuesto de gastos, cuyo importe individualizado no sea superior a 4.500 euros*”.

La ausencia de dicho trámite preceptivo impone la necesidad de retrotraer las actuaciones para que se cumplimente. Una vez llevada a cabo la actuación fiscalizadora, deberá remitirse de nuevo el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen, la propuesta de resolución ha de someterse a fiscalización previa con anterioridad a su remisión al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 102/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 01/06/09

Extracto de Doctrina

Para calcular la cuantía indemnizatoria este Órgano Consultivo considera adecuado, como en tantas otras ocasiones, efectuar una aplicación analógica de los criterios de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, actualmente contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación e vehículos a motor y del baremo actualizado de las indemnizaciones (incluidos los daños morales) para el año 2006, ya que, tal como prescribe el artículo 141.3 LPAC, la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por Instituto Nacional de Estadística.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de septiembre de 2006, x., en nombre y representación de x., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial, por los daños sufridos por su representada el día 24 de enero de 2006, cuando al entrar por la puerta de Urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste (HCN) resbaló debido a que el suelo estaba mojado como consecuencia de la lluvia exterior, alegando que no se habían tomado las medidas de seguridad suficientes, tales como la instalación de un felpudo, para evitar que los usuarios del Hospital resbalasen.

Como consecuencia de la caída tuvo que ser atendida en el mismo Hospital en el que se le diagnosticó fractura subcapital y arrancamiento del troquier del húmero derecho y contusión costal derecha. Lesiones de las que fue dada de alta el 23 de mayo de 2006.

Considera la reclamante que los daños sufridos son directamente imputables a la omisión por parte de la Administración de las medidas de seguridad adecuadas para evitar que ocurran accidente como el por ella sufrido, por lo que estima que se le debe indemnizar, en concepto de responsabilidad patrimonial, en la cantidad de 11.562,24 euros, que desglosa del siguiente modo:

- 120 días impositivos..... 5.883,60 euros
- 8 puntos de secuelas (5 puntos por limitación de la abducción a 80° y 3 puntos por limitación de la rotación interna)..... 5.152,40 euros
- 10% de factor de corrección..... 516,24 euros

A su escrito de reclamación acompaña la interesada la siguiente documentación:

a) Partes médicos de las asistencias recibidas en el Servicio de Urgencia del HCN los días 24 y 26 de enero de 2006.

b) DNI de la reclamante.

c) Informe médico del Dr. x., especialista en Traumatología, en el que se hace constar lo siguiente:

“Paciente de 59 años que sufrió accidente casual (S.Ref, caída en suelo mojado del Hospital Comarcal) con fecha 24-1-2006.

Balance Lesional: Fractura subcapital y arrancamiento del Troquier del húmero derecho, contusión costal derecha.

AP: sin interés.

RX hombro derecho: Fractura tri-fragmentaria de húmero derecho, artrosis acromioclavicular.

Exploración: limitación de rotación interna en 30° y abducción de hombro derecho a 80°.

Evolución: Buena consolidación de su fractura. Ha realizado tratamiento médico, farmacológico y rehabilitador hasta 23-5-06.

Secuelas: Limitación de la Abducción a 80°: 5 puntos. Limitación de la rotación interna: 3 puntos.

Días de baja: 120 días”.

Propone como medio de prueba la documental, consistente en declaración jurada de dos personas que presenciaron los hechos:

De x., provista de DNI núm. 48.515.569-J, que se manifiesta en el siguiente sentido:

“El día 24 de enero de 2006, sobre las seis de la tarde, estaba acompañando a mi madre x., cuando al entrar en el Hospital Comarcal del Noroeste de la Región de Murcia ubicado en Caravaca, nos dirigíamos a pediatría cuando en el pasillo de acceso a dicha zona, se resbaló cayendo al suelo.

El golpe que se produjo x. fue debido a que el suelo del pasillo estaba mojado, ya que estaba lloviendo y al no haber ningún felpudo ni elemento donde la gente pudiera limpiarse la suela de los zapatos, la gente mojaba el suelo y por tanto el suelo se convertía en una pista de patinaje”.

De x., provista de DNI núm. “—“, del siguiente tenor literal:

“El día 24 de enero de 2006, sobre las seis de la tarde, estaba en el Hospital Comarcal del Noroeste de la Región de Murcia, en las escaleras de acceso a la entrada principal junto a la sala de Análisis, cuando pude presenciar que x., se resbaló y calló (sic) al suelo dándose un gran golpe.

La caída se debió a que el suelo del pasillo donde se calló (sic) y que da acceso a la sala de análisis, rehabilitación y pediatría, estaba mojado, ya que en el exterior del hospital, estaba lloviendo y toda la gente que entraba al Hospital por ese acceso mojaba, el pasillo, pues no había ningún felpudo ni nada similar en el que la gente pudiera limpiarse la suela de los zapatos y por tanto, no mojar el suelo del pasillo”.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de febrero de 2007 se dictó Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) admitiendo a trámite la reclamación, lo que

se notificó a las partes interesadas, reclamante y aseguradora del SMS, y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- El mismo día la instructora dirige escrito al Director Gerente del HCN, al que adjunta copia de la reclamación y solicita el envío de la siguiente documentación:

- a) Copia compulsada y foliada de la historia clínica de la interesada.
- b) Informes de los profesionales que asistieron a dicha paciente, relativos a los hechos descritos en la reclamación.

Requerimiento que fue cumplimentado por el citado Hospital mediante el envío de la documentación clínica de la reclamante entre la que figura informe del Dr. x., del Servicio de Traumatología, en el que se hace constar lo siguiente:

“Hacemos referencia a la supracitada paciente, la cual, y con motivo de una caída casual el día 24/01/06, según refiere al estar mojado el suelo en el servicio de urgencias del HCN .

Inicialmente fue diagnosticada de fractura subcapital y arrancamiento de Troquiter dcho. sin desplazamiento. Posteriormente con fecha 26/01/06 acudió de nuevo al servicio de urgencias, diagnosticándose contusión costal dcha. En ambos casos se instauró tto. Ortopédico consistente en antiinflamatorios, analgésicos y mucolíticos. Continuó tto. rehabilitador hasta el día 23/05/06, en dicho momento se produce la estabilidad lesional de su proceso tras 120 días de baja, permaneciendo las siguientes secuelas:

- * *Limitación de la abducción del hombro a 80°*
- * *Limitación de la rotación interna del hombro dcho.”.*

CUARTO.- Mediante escrito fecha el 18 de junio de 2007, la instructora solicita del Director Gerente del HCN informes de los servicios de atención al paciente y de mantenimiento sobre los hechos por los que se reclama.

Requerimiento que es cumplimentado por el responsable de la Unidad de Admisión del citado centro hospitalario mediante escrito fechado el 14 de febrero de 2008, al que se adjunta informe del Ingeniero Técnico del Servicio del Mantenimiento, en el que manifiesta que *“...en la zona de entrada de Urgencias no podemos poner felpudos ni nada que obstacule la entrada rápida de camillas y sillas de ruedas, la mayoría de las veces con enfermos en situación de urgencia. De igual modo le comunico que en la entrada principal del Hospital que es el lugar por donde deben de entrar los enfermos o acompañantes que vienen por su propio pie. Existe para tal efecto un felpudo para que dichas personas se sequen el calzado en caso de lluvia, dicho felpudo está colocado desde que se abrió el Hospital”.*

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, sólo comparece la reclamante, alegando que la inexistencia de felpudo es admitida por el Jefe de Mantenimiento del Hospital, sin que la justificación esgrimida para ello, “no obstaculizar el tránsito de camillas y sillas de ruedas”, sea admisible, pues el paso de dichos elementos es compatible con la instalación de felpudos que queden al mismo nivel que el suelo o, en su defecto, haber adoptado otras medidas de seguridad tendentes a evitar que ocurrieran accidentes como el por ella sufrido.

SEXTO.- La propuesta de resolución concluye en desestimar la reclamación, por no concurrir los requisitos determinantes para entender que existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños sufridos por la interesada, a quien se considera como única responsable del accidente que sufrió al entrar al HCN por un acceso reservado a urgencias y, además, por no haber adoptado las precauciones que exigía el conocimiento que tenía sobre el hecho de que estaba lloviendo.

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de diciembre de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a contar desde el momento de la curación de las lesiones o la determinación del alcance de las secuelas.

2. La reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la omisión de las medidas de seguridad exigibles en las instalaciones en que se presta el servicio público sanitario, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la representación del letrado actuante, con el que se han seguido las actuaciones, se puede entender acreditada en tanto figura dicha condición en el escrito de reclamación, suscrito conjuntamente por el letrado y la interesada, efectuando ésta designación expresa de representante.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Sanidad competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional sanitario en el que se integra el Hospital en que se produjo el accidente.

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

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

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.

En el presente supuesto no se imputa el daño a la actuación médica de los servicios sanitarios, sino a sus elementos materiales (HCN), en donde se presta dicho servicio, por lo que conviene recordar que cuando el elemento real presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Pues como recuerda la Sentencia anteriormente citada: *“...lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio...”*. Desde este punto de vista no ofrece duda que el pasillo del HCN, donde ocurrió el accidente, se integra instrumentalmente en el servicio público, puesto que su fin es el de permitir el discurrir de los ciudadanos que acuden en demanda de la asistencia sanitaria.

Ahora bien, el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa no supone que se responda de forma automática, tras constatar la realidad de la lesión. La Sentencia del TS de 13 de Septiembre de 2002 unifica criterios en torno al alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración respecto al funcionamiento de sus servicios públicos, recordando: *“reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo que tiene declarado, en Sentencia de 5 junio de 1998 (recurso 1662/94), 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 el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico’*. Y en la

sentencia de 13 de noviembre de 1997 (recurso 4451/1993) también afirmamos que aún cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”.

De los datos obrantes en el expediente se deduce de forma indubitada la realidad del evento dañoso alegado, considerando probado que el día 24 de enero de 2006, cuando la reclamante, que había accedido al interior del HCN por la puerta de urgencias, se dirigía a la zona de pediatría de dicho hospital, resbaló y cayó en el pasillo que da acceso a dicha zona así como a la de análisis y rehabilitación. También resulta acreditado que dicha caída fue a consecuencia de la cantidad de agua existente en la zona, que procedía del calzado de las personas que accedían al Hospital, debido a que no existía ningún felpudo en la entrada donde pudieran limpiarse los zapatos.

Como consecuencia de la caída se le diagnosticó en el Servicio de Urgencias de fractura subcapital y arrancamiento de troquíter derecho sin desplazamiento. Diagnóstico que, posteriormente, fue completado con el de contusión costal derecha (folio 23). Dichas lesiones, tras 120 días de baja, han producido a la reclamante las secuelas de limitación de la abducción del hombro a 80° y la limitación de la rotación interna del hombro derecho.

Acreditada, por tanto, la efectividad del daño, así como la titularidad por parte del SMS del edificio donde se produce el accidente, sólo queda determinar si concurre o no una relación de causalidad entre la actuación o la inactividad de la Administración y el daño producido, es decir, si la caída que sufrió la reclamante es atribuible a la responsabilidad de la administración sanitaria regional por omisión de la colocación de un felpudo u otros elementos correctores que hubiesen eliminado o atenuado el riesgo existente o si, por el contrario, como alega la Administración, el hecho no le puede ser imputado, dado que al tratarse de la entrada de urgencias no es posible instalar elemento alguno que dificulte el tránsito de camillas y sillas de ruedas, a lo que, además, cabría añadir el improcedente comportamiento de la interesada al utilizar un acceso no destinado *“a enfermos o acompañantes que vienen por su propio pie”*.

De lo manifestado por la reclamante, los testigos y la propia Administración se deduce que la caída se produjo porque el suelo del pasillo que da acceso a la sala de análisis, rehabilitación y pediatría se encontraba mojado y que lo estaba debido a que en el exterior llovía copiosamente, de modo que todo el que accedía al recinto hospitalario por la puerta de urgencia mojaba el recinto porque en dicha puerta no existe felpudo ni ningún otro elemento que permita limpiarse los pies.

El único informe técnico que aparece en el expediente es el aportado por la Administración y en él se afirma que al tratarse de la entrada de urgencias no se puede instalar felpudos ni nada que obstaculice la entrada rápida de camillas y sillas de ruedas. Desde luego este Órgano Consultivo ha de coincidir con esa apreciación, pero no por ello se ha de aceptar una incompatibilidad total entre la necesidad de que la rodadura de dichos elementos quede garantizada y la adopción de las medidas de seguridad adecuadas para evitar el riesgo de caídas de los peatones que transiten por dicha zona, incluidos los que se supone han de empujar las camillas o las sillas de ruedas o los propios pacientes que aún acudiendo al servicio de urgencias lo hagan por su propio pie; medidas que son fácilmente imaginables aunque

no se posean conocimientos técnicos profundos en esta materia, *verbi gratia*: pavimento antideslizante, cintas adhesivas antideslizantes o incluso, como afirma el TSJ de la Generalitat Valenciana en su Sentencia 1364/2004, de 11 de octubre, dictada con ocasión de un recurso contencioso-administrativo que se sustanciaba como consecuencia de unos hechos similares a los que aquí se dictaminan, asegurándose “*de que los servicios de limpieza del hospital prestaran una especial atención –incluso si fuera preciso de forma permanente y continuada hasta la desaparición del factor de riesgo–, a la mencionada zona*”.

De lo visto hasta aquí cabe inferir que concurre en la producción del daño, el título de imputación a la Administración y el nexo causal entre uno y otro, resta analizar una última cuestión que se ha suscitado en el expediente y que apunta hacia un negligente comportamiento de la reclamante que utilizó un acceso no autorizado para entrar en el HCN. Al respecto cabe destacar que la Administración no ha acreditado que dicha circunstancia se diese ni que así estuviese advertido con los correspondientes carteles que lo prohibiesen; aunque tampoco la interesada, en su escrito de alegaciones, ha negado tal prohibición, de donde cabe inferir que ciertamente dicho acceso estuviese reservado para los ingresos urgentes, cuyo propia naturaleza exige no compatibilizarlos con aquellos no dotados de tal carácter, pero tal comportamiento no puede entenderse con fuerza suficiente para romper el nexo causal entre la situación de riesgo generada por la Administración y los daños que sufre la víctima, aunque sí para atemperar la responsabilidad de aquélla, de modo que al entender que existe una concurrencia de comportamientos inadecuados se ha determinar una equitativa moderación en el montante económico a satisfacer a la perjudicada, que en este caso considera el Consejo Jurídico procede establecer en un sesenta por ciento.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

La siguiente cuestión a dictaminar es el montante al que debe ascender la indemnización. El SMS propone la desestimación de la reclamación por no concurrir los requisitos previstos en la LPAC para establecer la existencia de responsabilidad patrimonial, no entrando a analizar el *quantum* indemnizatorio.

En el expediente constan dos informes de valoración de secuelas, uno aportado por la interesada y otro procedente de la sanidad pública (HCN), pero ambos se han emitido por el mismo facultativo que, al parecer, asistió a la paciente desde la sanidad pública y desde la privada. Según se afirma en estos dictámenes médicos la reclamante tardó 120 días en recuperarse de las lesiones que padecía quedándole unas secuelas consistentes en una limitación en 30º de la rotación interna del hombro derecho y una limitación a 80º en la abducción del mismo hombro.

Para calcular la cuantía indemnizatoria este Órgano Consultivo considera adecuado, como en tantas otras ocasiones, efectuar una aplicación analógica de los criterios de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, actualmente contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación e vehículos a motor y del baremo actualizado de las indemnizaciones (incluidos los daños morales) para el año 2006, ya que, tal como prescribe el artículo 141.3 LPAC, la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por Instituto Nacional de Estadística, obteniendo el siguiente resultado:

1. Días de incapacidad temporal.

Tanto para la reclamante como para la Administración serían indemnizables por este concepto 120 días (desde el 24 de enero al 23 de mayo de 2006), que han de considerarse impositivos pues, tal como señala el Dr. x. del Servicio de Traumatología del HCN, la paciente tuvo que someterse a tratamiento rehabilitador. Por este concepto correspondería indemnizar a la reclamante en la cuantía de 5.883,60 euros (120x49,03). No se han acreditado por la reclamante factores de corrección.

2. Secuelas.

Aplicando el contenido del Capítulo 4 la Tabla VI, podríamos encajar las secuelas descritas y aceptadas, en las siguientes categorías:

- Limitación de la abducción del hombro derecho -mueve más de 45° y menos de 90° (5-10 puntos), con una valoración de 5 puntos.
- Limitación de la rotación interna en 30° (1-6 puntos), con una valoración de 3 puntos.

La cuantía por secuelas, atendiendo a la edad de la reclamante en el momento de ocurrir los hechos, ascendería a 5.162,40 euros (8x645,30). 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 procedente la aplicación de un factor corrector del 5% sobre el importe de las secuelas.

En definitiva, la suma total de la indemnización que correspondería abonar a la interesada sería la siguiente:

— Por la incapacidad temporal	5.883,60 euros
— Por secuelas	5.162,40 euros
— Factor de corrección (5%)	258,12 euros
TOTAL	11.304,12 euros

Ahora bien, al haberse apreciado la concurrencia de causas en los términos que se señalan en la Consideración Tercera, la Administración deberá abonar a la reclamante el 60% de la cuantía resultante.

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 desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, procediendo la estimación parcial de aquélla.

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 103/09.- Revisión de oficio del acuerdo de Pleno sobre aprobación de la modificación no estructural de la revisión de las NNSS de planeamiento, reajuste del sector nº 4 del suelo urbanizable.

Consultante: Ayuntamiento de Fuente Álamo

Fecha: 11/06/09

Extracto de Doctrina

Se advierte en la Aprobación Inicial una incompetencia manifiesta por razón de la materia, pues dicha actuación se encuentra claramente atribuida por la LBRL al Pleno Municipal (artículo 22.2,c), con carácter indelegable y, por tanto, claramente subsumible en el artículo 62.1,b) LPAC, al tratarse de una incompetencia racione materiae.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 31 de julio de 2008, el Pleno del Ayuntamiento de Fuente Álamo adoptó el acuerdo de iniciar el procedimiento de revisión de oficio, por nulidad de pleno derecho, de los acuerdos de Aprobación Inicial y Definitiva del Proyecto de Modificación No Estructural de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, que afectan al reajuste del Sector núm. 4 de Suelo Urbanizable residencial (S.U.E.S. 1 nº. 4), sito en el margen izquierdo de la carretera MU-602, en sentido Cartagena-Alhama de Murcia.

SEGUNDO.- El 23 de septiembre de 2008 (registro de entrada), la Alcaldesa del Ayuntamiento de Fuente Álamo solicitó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, adoptando éste el Acuerdo núm. 15/08, por el que solicitó al citado Ayuntamiento que completase el expediente con las siguientes actuaciones:

“1º) Ha de ser completada la documentación, remitiendo al Consejo Jurídico copia del expediente completo de la Modificación de las Normas Subsidiarias del municipio, que afecta al reajuste del sector 4 de suelo urbanizable, incluyendo el proyecto, al que se contrae el expediente de revisión de oficio: acuerdo por el que se sometió el avance a información pública, rectificación del error material, acuerdos plenarios sobre aprobación inicial y definitiva, alegaciones presentadas, informe y requerimientos de la Dirección General competente en materia de urbanismo, informes del Arquitecto Municipal y del Secretario de la Corporación, todos ellos citados en el Acuerdo Plenario de 31 de julio de 2008, por el que se inicia el procedimiento de revisión de oficio. También deberían acompañarse, en su caso, copia de los recursos interpuestos contra la aprobación definitiva.

2º) Asimismo ha de remitirse copia de los trámites de audiencia otorgados a los interesados tras la iniciación del procedimiento de revisión, tanto al que promueve la Modificación de las Normas Subsidiarias (al parecer es de iniciativa particular), como a los que se hayan personado durante el procedimiento de información pública de aquélla.

3º) Tras los trámites precitados, debe formularse una propuesta de acuerdo de revisión de oficio por el órgano instructor, que contenga el motivo de nulidad de pleno derecho que vicia el acto, entre los previstos en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

4º) Si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, habrá de tenerse en cuenta que el artículo 102.5 LPAC establece que el transcurso de los tres meses desde la iniciación producirá la caducidad del procedimiento, recomendando al Ayuntamiento consultante, para evitar la caducidad de este u otro procedimiento, que adopte, dentro del plazo, la suspensión del mismo por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que deberá comunicarse a los interesados (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 107/2005)”.

TERCERO.- Con fecha 29 de diciembre de 2008 (registro de entrada), la Alcaldesa del Ayuntamiento de Fuente Álamo remitió la documentación solicitada. Respecto al procedimiento, se aporta Acuerdo Plenario de 27 de noviembre de 2008, en virtud del cual se dispone:

“1º.- Continuar el procedimiento de revisión de oficio de los Acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 2 de diciembre de 2005 de aprobación inicial y del Pleno del Ayuntamiento de 10 de mayo de 2006 de aprobación definitiva del Proyecto de Modificación No Estructural de la Revisión de las NN.SS. de planeamiento, reajuste del Sector nº 4 del Suelo Urbanizable S.U.E.S 1 nº 4, siendo el fundamento de la pretensión de revisión la nulidad de pleno derecho de ambos acuerdos ya que la modificación tiene carácter de estructural. En cuanto al acuerdo de aprobación inicial, porque fue realizada por órgano manifiestamente incompetente, la Junta de Gobierno Local, cuando la competencia corresponde al Pleno (art. 62.2.b) y respecto al Acuerdo de aprobación definitiva, por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 62.1.e), ambos de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2º.- Solicitar nuevamente Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia respecto a la revisión de los citados Acuerdos y la nulidad de los mismos, debiendo acompañar a dicha solicitud copia íntegra del expediente administrativo.

3º.- Suspender el procedimiento de Modificación de que se trata, por el tiempo que medie entre el presente Acuerdo de nueva petición de Dictamen al Consejo Jurídico y la recepción del mismo, en los términos establecidos en el art. 42.5.c) de la citada Ley 30/92, de 26 de noviembre.

4º.- Notificar el presente Acuerdo a la Mercantil promotora del expediente y a cuantos interesados consten en el mismo”.

CUARTO.- Con fecha 2 de febrero de 2009 se evacuó por el Consejo Jurídico el Dictamen 16/2009, con las siguientes conclusiones:

“**PRIMERA.-** *Procede declarar la caducidad del procedimiento objeto de Dictamen al haber transcurrido el plazo de tres meses desde que se inició el mismo, habiéndose adoptado el acuerdo de suspensión fuera del plazo establecido para su resolución.*

SEGUNDA.- *Se recomienda al Ayuntamiento que inicie un nuevo procedimiento al efecto, de acuerdo con lo señalado en el presente Dictamen, por los vicios que se imputan a los actos objeto de revisión, pudiendo conservarse las actuaciones ya obrantes en los términos señalados en la Consideración Cuarta. Deberá solicitarse un nuevo Dictamen al Consejo Jurídico sobre las cuestiones de fondo planteadas”.*

QUINTO.- Con fecha 4 de mayo de 2009 ha tenido entrada en este Consejo Jurídico un oficio de la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Fuente Álamo, de 24 de abril anterior, acompañando el Acuerdo Plenario de 1 del mismo mes, por el que se declara la caducidad del procedimiento, conforme a nuestro Dictamen 16/2009, y se inicia otro nuevo tendente a declarar la nulidad de pleno derecho de los Acuerdos de Aprobación Inicial y Definitiva de la Modificación de las Normas Subsidiarias (NNSS) de planeamiento (S.U.E.S. 1, nº, 4) del citado municipio, por estar incurso en vicios de nulidad de pleno derecho, concretamente, incompetencia y el haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, respectivamente. También se acuerda incorporar al procedimiento iniciado todas las actuaciones que obran en el anterior, en base al principio de conservación de actos cuyo contenido se mantenga igual, la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo, así como su notificación a la mercantil promotora del expediente de modificación, y a cuantos interesados obren en el 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 y determinante en la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas en supuestos de nulidad de pleno derecho, según establecen los artículos 102, 1) y 2) 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 62, 1 y 2 de la misma Ley, y 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ); específicamente, en materia de urbanismo, el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, aprobado por RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, establece que las Entidades Locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

La aplicación del régimen general a la revisión de los actos administrativos de las Corporaciones Locales está también prevista en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que señala: “*Las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común*”.

Y, finalmente, el artículo 232.1, segundo párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio (en lo sucesivo TRLSRM), establece que en los supuestos de nulidad se procederá en los términos previstos en el artículo 102 LPAC, previo dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones previas.

1ª) Sobre el procedimiento y el órgano competente para resolver.

En cuanto a la tramitación, se ha seguido lo dispuesto en el artículo 102 LPAC, al que se remite el artículo 53 LBRL. Respecto al órgano municipal competente para la resolución

del presente procedimiento, el artículo 110.1 LBRL atribuye al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho.

En este caso la revisión de oficio afecta a la aprobación de un instrumento de planeamiento (Modificación de las NNSS de Planeamiento Municipal), cuya naturaleza será objeto de consideración posteriormente.

2ª) Plazos.

Con carácter previo es preciso señalar que el plazo para ejercitar la acción de nulidad no está sujeto a caducidad y, además, la acción es imprescriptible, a tenor de lo establecido en el artículo 102 LPAC.

En relación con el plazo para resolver el presente procedimiento de revisión, ya hemos advertido en el Dictamen 16/2009, recaído en el anterior procedimiento, que el transcurso de los tres meses desde su inicio sin dictarse resolución produce la caducidad del mismo, según el artículo 102.5 LPAC. Por ello, el Pleno municipal ha acordado la suspensión del plazo para resolverlo entre el tiempo que medie desde la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo, en evitación de la caducidad, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 42.5,c) de la misma Ley para el caso de solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución. En todo caso deben incorporarse al presente expediente, pues no constan, las notificaciones realizadas a los interesados.

Puesto que los efectos suspensivos han de considerarse desde la fecha en la que tuvo salida oficial del Ayuntamiento el correspondiente escrito de petición de Dictamen, de acuerdo con nuestra doctrina (por todos, Dictamen núm. 40/2007), resulta que si el nuevo procedimiento se inició el 1 de abril de 2009 y quedó suspendido el 28 de abril siguiente (fecha de registro de salida del Ayuntamiento), dispone el Pleno municipal de dos meses, aproximadamente, para adoptar y notificar el acuerdo pertinente, tras la recepción de nuestro Dictamen.

TERCERA.-Naturaleza y alcance del instrumento de planeamiento, cuya aprobación es objeto de revisión de oficio.

Son objeto del presente procedimiento de revisión de oficio las Aprobaciones Inicial y Definitiva de una Modificación de las NNSS de Fuente Álamo, que afecta a un sector de suelo urbanizable residencial ubicado en el margen izquierdo de la Carretera MU-602, en sentido Cartagena-Alhama de Murcia, y numerado con el dígito 4 por dichas NNSS, que fueron aprobadas definitivamente por Órdenes de la Consejería competente en materia de urbanismo, de 21 de junio de 2001 y 28 de abril de 2003.

Conviene recordar que las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, figura procedente de la legislación estatal del suelo, han sido consideradas por la jurisprudencia como un plan a escala reducida (STS, Sala 3ª, de 12 de mayo de 1998) que, como alternativa, aunque de forma limitada, cumplen la función de aquéllos.

El TRLSRM mantiene en vigor las NNSS hasta tanto adapten sus previsiones a la ley regional, a través de un Plan General Municipal de Ordenación al desaparecer *ad futurum* aquella figura, conforme a su Disposición transitoria tercera:

“1. Los planes de ordenación territorial y los instrumentos de planeamiento general que estén vigentes al 17 de junio de 2001, mantendrán su vigencia, debiendo iniciarse su

adaptación a la misma dentro de los dos años siguientes, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones transitorias de esta Ley (...)”

Esta remisión a otras Disposiciones transitorias, nos permite enlazar con la previsión contenida en la sexta, relativa al régimen jurídico del suelo hasta que se aprueben los nuevos Planes Generales adaptados al TRLSRM; el suelo apto para urbanizar de las NNSS se equipara al suelo urbanizable sin sectorizar, excepto cuando estuviese expresamente delimitado como sector para su desarrollo mediante un único Plan Parcial, en cuyo caso se equipara al suelo urbanizable sectorizado, categoría aplicable al sector objeto de la presente Modificación, cuya aprobación se pretende revisar, según especifican los técnicos municipales (informe técnico-jurídico de 17 de abril de 2006).

También conviene traer a colación, pues subyace en los vicios alegados de nulidad de pleno derecho, que el TRLSRM contempla dos tipos de modificaciones de planeamiento (artículo 149): Modificaciones Estructurales y no Estructurales, en función de su alcance, regulando un procedimiento de aprobación distinto, según se trate de un tipo u otro.

Se entiende por Modificación Estructural de planeamiento las que supongan alteración sustancial de los sistemas generales, cambio de uso global del suelo o su intensidad. Las restantes se consideran Modificaciones no Estructurales.

Aplicada esta distinción al presente supuesto, se desprende que la Modificación de las NNSS analizada tiene por objeto principal redelimitar y reordenar el sector núm. 4 del S.U.E.S. 1, según destaca el Arquitecto Municipal, si bien conlleva el cambio de clasificación de suelo urbanizable de uso residencial a suelo urbano, y de suelo urbano a suelo urbanizable, según describe el informe técnico de la Dirección General de Urbanismo:

“La modificación reclasifica superficie de suelo al sur del ámbito correspondiente, con una calle (se clasifica suelo urbanizable) y con la parcela de la edificación existente que la memoria hace referencia, aproximadamente 1.000 m2 (se clasifica suelo urbano)”.

Por tanto, si el presente Proyecto de Modificación conlleva cambios de clasificación, de acuerdo con las definiciones legales anteriores, ha de ser considerada como Estructural, coincidiendo el Consejo Jurídico con el parecer de la Dirección General competente en materia de urbanismo, con independencia de su mayor o menor extensión, que es el criterio al que se acoge el técnico municipal para afirmar lo contrario (escasa entidad), pues la aplicación de dicho matiz incorpora un grado de subjetivismo en la aplicación de los criterios legales, no previstos en la legislación regional del suelo.

En cuanto al procedimiento de aprobación, mientras que las Modificaciones Estructurales, en tanto afectan a elementos que conforman la estructura general y orgánica del territorio, son aprobadas definitivamente por los órganos urbanísticos competentes de la Comunidad Autónoma (artículo 138 TRLSRM), las no Estructurales son aprobadas definitivamente por el Pleno Municipal (artículo 139 TRLSRM), previo informe preceptivo de la Dirección competente en materia de urbanismo, que será vinculante en materia de legalidad y naturaleza de la modificación.

Precisamente, en ejercicio las competencias autonómicas, aunque no se evacuara el informe indicado dentro de plazo, la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo requirió el 11 de octubre de 2006 y 19 de noviembre de 2007 al Ayuntamiento de Fuente Álamo para que revisara de oficio y anulara los acuerdos de Aprobación de la citada Modificación de NNSS, por tratarse de una Modificación Estructural, cuya Aprobación

Definitiva correspondía a la Administración regional. También inicialmente se sostuvo por aquel centro directivo la nulidad de pleno derecho respecto a la Aprobación Inicial, que fue acordada por la Junta de Gobierno Local, si bien en el segundo de los requerimientos citados, a la vista de lo alegado por el Arquitecto Municipal en su informe de 5 de marzo de 2007, se asume que la Aprobación Inicial sería un acto anulable y, por tanto, convalidable, por la relación jerárquica existente entre la Junta de Gobierno Local y el Pleno municipal. De otra parte, no consta en el expediente que la Comunidad Autónoma haya impugnado los referidos acuerdos de Aprobación de la Modificación de las NNSS de Fuente Álamo, conforme a lo previsto en el artículo 65 LBRL.

Por último, respecto a la naturaleza jurídica de los instrumentos de planeamiento, el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto (Memoria correspondiente al año 2004), destacando su naturaleza de normas jurídicas de carácter reglamentario (STS, Sala 3ª, de 30 de julio de 2008), como también reiteramos en nuestro Dictamen 204/08.

CUARTA.- Sobre los vicios de nulidad alegados.

Por el Pleno Municipal se propone, conforme al informe del Secretario de la Corporación de 15 de julio de 2008, declarar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de Aprobación Inicial y Definitiva de la Modificación de las NNSS de Fuente Álamo, que afecta al sector nº. 4 del suelo urbanizable (SUES 1, nº. 4), al haberse incurrido en las siguientes infracciones:

1ª) La Aprobación Inicial fue realizada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (artículo 62.1, b LPAC).

Sostiene en tal sentido que la Aprobación Inicial de un instrumento de planeamiento general (o de sus modificaciones que se ajustan al mismo procedimiento enunciado para la tramitación del Plan) corresponde al Pleno Municipal, en lugar de a la Junta de Gobierno Local, que mediante acuerdo de 2 de diciembre de 2005 aprobó inicialmente la Modificación.

En efecto, conforme al artículo 22.2, c) LBRL corresponde al Pleno, integrado por todos los concejales, la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal. Además se trata de competencias no delegables a tenor de lo indicado en el apartado 4 del mismo artículo.

Sin embargo, en el presente caso dicha Aprobación Inicial fue acordada por la Junta de Gobierno Local, integrada por la Alcaldesa y un número de concejales nombrados y separados libremente por aquélla, a tenor de lo establecido en el artículo 23.1 LBRL, que asume las competencias que aquélla u otro órgano municipal le delegue.

Constatada la infracción por haberse acordado por órgano incompetente cabría suscitar, porque así lo plantea el Arquitecto Municipal en su informe de 5 de marzo de 2007, si se trata de un vicio de anulabilidad (artículo 63 LPAC), o de nulidad de pleno derecho, al entender aquél que dicho Acuerdo es convalidable por el superior jerárquico (el Pleno), conforme a lo previsto en el artículo 67 de la misma Ley, por lo que no concurre el vicio de nulidad de pleno derecho por incompetencia material o territorial, exigida para su declaración por el artículo 62.1,b) LPAC.

Sin embargo, el Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta elevada, sobre la base del informe del Secretario de la Corporación de 15 de julio de 2008, porque, en primer lugar, la relación existente entre ambos órganos no es de jerarquía, y la con-

validación de los actos producidos por incompetencia jerárquica sólo lo es por el órgano competente que sea superior jerárquico del que dictó el acto. En segundo lugar, se advierte en la Aprobación Inicial una incompetencia manifiesta por razón de la materia, pues dicha actuación se encuentra claramente atribuida por la LBRL al Pleno Municipal (artículo 22.2,c), con carácter indelegable y, por tanto, claramente subsumible en el artículo 62.1,b) LPAC, al tratarse de una incompetencia *ratione materiae*.

Especialmente significativo en el presente supuesto resulta que, indebidamente considerada la modificación como no estructural en el Acuerdo de Aprobación Inicial, tampoco se cumplieran los requisitos previstos para este tipo de Modificaciones de iniciativa particular por el artículo 139 TRLSRM, concretamente la notificación individualizada a todos los propietarios incluidos en su ámbito, cuando dicha iniciativa correspondió a la promotora del expediente (titular de la mayoría de la superficie bruta, según el técnico municipal), como reconoce el Acuerdo Plenario de 1 de abril de 2009, aunque se recoja en el Proyecto de Modificación su formulación de oficio.

2ª) La Aprobación Definitiva de la Modificación se ha dictado prescindiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1,e LPAC).

Este es el segundo de los vicios alegados, pues efectivamente el procedimiento previsto para las Modificaciones Estructurales (artículo 138 TRLSRM) difiere del seguido por el Ayuntamiento, por cuanto, tras la Aprobación Inicial, y una vez sometido el expediente a información pública así como recabados los informes preceptivos, debería haberse adoptado por el Pleno municipal el Acuerdo de Aprobación Provisional -no Definitiva-, y seguidamente elevarse el expediente a la Administración regional para su Aprobación Definitiva, si procediera, por el órgano urbanístico competente de aquélla, que tampoco se ha producido.

De las actuaciones descritas tiene una mayor relevancia, como acto esencial y definitivo en el presente procedimiento, la omisión de la Aprobación Definitiva por el órgano competente (que incluye informes previos de la Comisión de Coordinación de Política Territorial según el artículo 12.3,a TRLSRM), pues cabe recordar que tales procedimientos se caracterizan por ser bifásicos, en el que a la Aprobación Provisional del municipio, sigue en el tiempo la definitiva de la Comunidad Autónoma, que es el verdadero acto que culmina y pone fin al procedimiento, mientras que la Aprobación Provisional es un acto de trámite esencial pero inimpugnable (STS, Sala 3ª, de 17 de junio de 1992).

En todo caso, el Consejo Jurídico considera que el conjunto de las infracciones detectadas en el procedimiento de aprobación de la Modificación, que afectan a actos esenciales del mismo, y el haber seguido un procedimiento distinto al previsto en el TRLSRM, permiten sostener su subsunción en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1,e) LPAC (“Los dictados prescindiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido”). No obstante también advierte que cabe reputar al acto de Aprobación Definitiva la infracción contenida en el apartado 1, b) del artículo 62 LPAC, consistente en haber sido adoptado por un órgano incompetente por razón de la materia.

En conclusión, se aprecian los vicios alegados para declarar la nulidad de pleno derecho de los Acuerdos de Aprobación Inicial y Definitiva de la Modificación de las NNSS objeto del presente procedimiento.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que procede declarar la nulidad de pleno derecho de los Acuerdos de Aprobación Inicial y Definitiva de la Modificación de las NNSS de Fuente Álamo, que afecta al sector núm. 4 de Suelo Urbanizable residencial (S.U.E.S. 1 nº. 4), por estar incursos en las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1,b) y e) LPAC, siempre y cuando se adopte y notifique el pertinente acuerdo que ha de adoptar el Pleno municipal dentro del plazo indicado en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 104/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 11/06/09

Extracto de Doctrina

Es preciso destacar que se ha omitido el preceptivo informe del servicio público (Dirección General de Carreteras) a cuyo funcionamiento se imputa la presunta lesión indemnizable (art. 10.1 segundo párrafo RRP). El parecer técnico que en este punto debe suministrar el órgano administrativo competente no puede sustituirse por el de la empresa concesionaria, y ello porque, como ya tuvo ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en su Dictamen 16/2007, dicha mercantil ocupa una posición jurídica, respecto de la reclamante, de distinto alcance que la Administración titular de la autovía y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto. Por ello, procede que se emitan ambos informes: el del órgano administrativo (exigido por el citado artículo 10.1 segundo párrafo RRP) y el de la empresa concesionaria (artículos 1.3 RRP y 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ya que el Centro directivo correspondiente no puede abdicar de sus competencias (art. 12.1 LPAC). No obstante, si el parecer del técnico de la Administración fuera coincidente con el de la concesionaria, el informe administrativo podría sustituirse por una ratificación expresa por parte de aquél del contenido del informe del contratista.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de mayo de 2008, x. interpuso ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, solicitando una indemnización por importe de 8.390,14 euros en concepto de resarcimiento por daños sufridos por el vehículo de su propiedad marca Mercedes Benz, matrícula “—”. Según expresa en su escrito, dicho vehículo circulaba el 5 de abril de 2008 por la autovía Caravaca-Murcia (Km. 35,951), e impactó con un jabalí, por lo

que se ocasionaron desperfectos en su parte frontal. Adjunta, además de la documentación que justifica su identidad y la propiedad del vehículo, un presupuesto de reparación por la cantidad indicada.

SEGUNDO.- Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, no consta que lo emitiese; sí existe un informe de la empresa concesionaria de la explotación y conservación de la autovía (18 de junio de 2008) que confirma la realidad del hecho. Según se dice *“el punto donde se produjo el atropello se encuentra a escasos metros del acceso a la vía de servicio del paraje de Codoñas, en PK 35+900”*, 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.

TERCERO.- Finalizada la instrucción y conferido trámite de audiencia al reclamante sin que conste que realizara alegaciones, se redactó la propuesta de resolución (8 de mayo de 2009), que concluye en la procedencia de desestimar la reclamación teniendo en cuenta que la doctrina del Consejo de Estado considera que la irrupción de animales en la calzada es un hecho ajeno al funcionamiento del servicio público de carreteras.

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 18 de mayo de 2009.

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

2) Si bien se ha procurado respetar las previsiones del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), tal objetivo no se ha conseguido, puesto que se observa la omisión de trámites esenciales que, como veremos, obliga a retrotraer las actuaciones para proceder a su práctica, conclusión que ahora reitera el Consejo Jurídico después de haberla hecho llegar a esa Consejería en otras ocasiones (por todas, ver el Dictamen 141/2007).

En primer lugar es preciso destacar que se ha omitido el preceptivo informe del servicio público (Dirección General de Carreteras) a cuyo funcionamiento se imputa la presunta lesión indemnizable (art. 10.1 segundo párrafo RRP). El parecer técnico, que en este punto debe suministrar el órgano administrativo competente no puede sustituirse por el de la em-

presa concesionaria, y ello porque, como ya tuvo ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en su Dictamen 16/2007, dicha mercantil ocupa una posición jurídica, respecto de la reclamante, de distinto alcance que la Administración titular de la autovía y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto. Por ello, procede que se emitan ambos informes: el del órgano administrativo (exigido por el citado artículo 10.1 segundo párrafo RRP) y el de la empresa concesionaria (artículos 1.3 RRP y 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ya que el Centro directivo correspondiente no puede abdicar de sus competencias (art. 12.1 LPAC). No obstante, si el parecer del técnico de la Administración fuera coincidente con el de la concesionaria, el informe administrativo podría sustituirse por una ratificación expresa por parte de aquél del contenido del informe del contratista.

Por otra parte, como se afirmaba en el citado Dictamen 16/2007, *“el carácter determinante del informe en cuestión implica, por su naturaleza, que el procedimiento no pueda resolverse válidamente sin obtener aquél. Ello no significa que sea vinculante, pues las consideraciones técnicas que contenga podrían ser contradichas por las alegaciones de otras partes por medio de la oportuna prueba, pero sí que es un acto de instrucción indispensable previo a la resolución final. En este sentido, que el artículo 42.5, c) LPAC citado establezca que la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento no podrá exceder de tres meses cuando tal suspensión venga motivada por la petición de esta clase de informes, no autoriza a resolver aquél prescindiendo de dicho informe, sino sólo que se produce el efecto de reanudar el plazo de resolución, a efectos de que el interesado que lo haya promovido pueda, en su momento, considerar transcurrido dicho plazo máximo y acudir a la vía judicial, si tal falta de resolución expresa tuviera un sentido desestimatorio de su instancia”*.

b) En segundo lugar, y como consecuencia del defecto procedimental al que se hace referencia en el apartado anterior, se produce el de no haber emplazado como interesado al contratista, al que se ha considerado como un mero informante, pues ni se le notificó en su momento la incoación del procedimiento ni se le ha otorgado trámite de audiencia final, junto al ofrecido al reclamante, vulnerándose, así, lo dispuesto en los citados artículos 1.3 *in fine* RRP y 97 TRLCAP. Conviene aquí recordar la STSJ de Galicia, a la que ya se hacía mención en el citado Dictamen 16/2007, en la que se afirma que la falta de emplazamiento en calidad de interesado no puede considerarse subsanada con la solicitud de informe, debido a la distinta naturaleza de ambas posiciones jurídicas (la de informante y la de presunto responsable).

c) Se advierte, también, que otros aspectos relacionados con la reclamación tampoco han sido objeto de práctica instructora, como la valoración de los daños alegados por el reclamante, sobre los que no se pronuncia órgano alguno.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, ya que procede retrotraer actuaciones y completar la instrucción en el sentido indicado.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 105/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente a consecuencia de obras en el Hospital Virgen de La Arrixaca.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 11/06/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 106/09.- Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural.

Consultante: Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)

Fecha: 15/06/09

Extracto de Doctrina

Aun cuando en nuestro previo Dictamen 140/2008 se realizó un primer examen del articulado del Proyecto, con las correspondientes observaciones de mejora del mismo (la mayoría acogidas fielmente en el texto que ahora se dictamina), ello no obsta para que sea conveniente realizar observaciones adicionales a aquéllas, para sugerir la introducción de algunas precisiones al articulado que clarificarán ciertos aspectos abordados en el mismo, en beneficio, esencialmente, del usuario del servicio, ajeno, en principio, a la especialidad de la normativa aplicable.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante oficio de 19 de diciembre de 2003, el Director General de Industria, Energía y Minas remitió al Secretario General de la entonces Consejería de Economía, Industria e Innovación un primer borrador de Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural por canalización, solicitando un informe jurídico previo o inicial por parte de dicha Secretaría General.

SEGUNDO.- El 12 de enero de 2004 el Servicio Jurídico de ésta emite informe en el que, en síntesis, señala que la Administración regional tiene competencia para aprobar el Proyecto de Decreto en cuestión, indica cuál ha de ser el procedimiento a seguir y realiza algunas observaciones de mejora técnica de algunos preceptos de dicho borrador.

TERCERO.- Constituida en la Dirección General antes citada una comisión interna para la elaboración del Proyecto de referencia, el 16 de enero siguiente acuerda que el

segundo borrador (elaborado tras incorporar las observaciones realizadas en el anterior informe) sea trasladado a las entidades e instituciones interesadas, para la formulación de alegaciones, lo que se cumplimenta conforme obra en el expediente.

CUARTO.- Mediante escrito presentado el 24 de febrero de 2004, Gas Natural de Murcia, SDG, S.A. formuló las siguientes alegaciones:

“Con fecha 08-OCT-03, les enviamos escrito en el cual les solicitábamos la aprobación de un nuevo régimen económico para regular los derechos de alta, los derechos de enganche, los derechos de verificación y los derechos de reenganche de acuerdo con la propuesta sectorial de la Asociación Española de Gas (SEDIGAS).

Cabe reseñar que en el informe realizado por SEDIGAS, se han valorado en tiempo y coste, de forma rigurosa, la totalidad de los procesos implicados en las operaciones de alta, enganche y certificación, correspondiendo los importes propuestos a costes reales.

En los últimos días, varios colectivos de consumidores han venido demandando información relativa a la aplicación de los derechos de alta, básicamente las propuestas para las tarifas 3.1 y 3.2, ya que presentan valores significativamente superiores a los facturados en la actualidad

La mayoría de los suministros en la Región de Murcia se encuadran en las tarifas 3.1 y 3.2, fundamentalmente viviendas; dado el impacto social que recae en concreto en esas tarifas, podría ser aceptable un valor actual de 63,36 €uros (correspondiente a valores actualizados en base al IPC), que debería ir escalonándose hasta alcanzar en los próximos años el valor inicialmente propuesto, por aplicación del art.4, apartados cuatro y cinco (del borrador del Proyecto, se entiende).

Con referencia a los derechos de alta del resto de las tarifas, les proponemos mantener el valor asignado inicialmente, ya que la actualización de valores en base al IPC, no presenta diferencias significativas.

Respecto a los derechos de enganche, reenganche y verificación, entendemos que deben mantenerse los valores propuestos en el informe sectorial de SEDIGAS.

Asimismo, en el art.5.1 y de acuerdo con lo establecido en el RD 1434/02 en su art.59, se debería añadir como causa de cobro de los derechos de reenganche, cualquier “caso de corte justificado e imputable al consumidor”, además del impago del importe de suministro”.

QUINTO.- El 5 de marzo siguiente, la comisión referida en el Antecedente Tercero considera que deben apreciarse *“las dos observaciones realizadas x., SDG, consistentes en la reducción de las tarifas 3.1 y 3.2 recogidas en el borrador, así como la precisión de añadir como causa de cobro de los derechos de reenganche, cualquier “caso de corte justificado e imputable al consumidor”.*

SEXTO.- El 9 de marzo siguiente, la citada Dirección General emite un informe sobre la necesidad y oportunidad de aprobar el Proyecto de Decreto de referencia. En síntesis, señala que tendría su habilitación normativa en la Ley 34/98, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH), y en el Real Decreto 1434/02, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural (en adelante, RD 1434/02).

Asimismo, expresa lo siguiente:

“El Decreto que se propone vendría a establecer la necesaria regulación de las cantidades que las empresas distribuidoras de gas natural por canalización podrán percibir de los usuarios de ese servicio en la Región de Murcia por las actuaciones que dichas compañías deben realizar con anterioridad al inicio del suministro, tales como la verificación de las instalaciones del usuario o las de carácter administrativo previstas en la reglamentación vigente, incluyéndose los derechos de reenganche generados como consecuencia del usuario, y el posterior enganche de la instalación.

Esto se justifica en que la empresa ha de prestar una serie de servicios cuyo coste ha de soportar, en este momento carente de la necesaria regulación por la Administración, servicios que en ningún caso están compensados por el importe de los suministros efectuados, sujetos éstos a tarifas oficiales concretas o precios máximos.

Tales derechos, cuyo régimen económico ahora se pretende regular, corresponden a los costes derivados de la disponibilidad del servicio, de la contratación y de la verificación previa de las instalaciones receptoras.

Con esta Disposición se garantizará a los usuarios del servicio el conocimiento exacto de las cantidades máximas que las empresas distribuidoras de gas natural por canalización podrán cobrar a los mismos, resolviéndose a futuro la situación ahora existente y la consiguiente problemática que podría suscitarse de no existir regulación económica concreta.

De la propuesta inicial de la empresa x., SDG, y con el resultado del trámite de información, se ha mejorado la propuesta de Decreto que ahora se presenta, cuyo régimen económico inicial presenta unos valores ajustados a la cobertura de los servicios a que corresponde, y que no presentan solución apreciable de continuidad con los hasta ahora utilizados por la empresa distribuidora de gas canalizado”.

SÉPTIMO.- El 10 de marzo siguiente se emiten los preceptivos informes sobre el impacto por razón de género de la futura norma, de carácter favorable, y la memoria de contenido económico, que expresa que la aprobación de la norma no tendrá repercusiones económicas para la Administración regional en relación con la situación actual.

OCTAVO.- En sesión de 22 de julio de 2004, el Consejo Asesor Regional de Industria de la Región de Murcia acordó informar favorablemente el borrador de referencia.

NOVENO.- El 22 de octubre de 2004, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería emitió informe en el que, en síntesis, viene a reiterar lo expresado en su primer informe, resumiendo la tramitación realizada y recordando la procedencia de recabar los informes preceptivos de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, informando favorablemente, por lo demás, el referido Proyecto.

DÉCIMO.- Sin perjuicio de lo anterior, el 24 de noviembre siguiente la Dirección General de Industria, Energía y Minas emite un informe sobre la cuantía de los derechos de alta a percibir por las compañías interesadas, en relación con la tarifa del grupo 3, correspondiente a los usuarios con consumo anual hasta 5.000 kw/h., y entre 5.000 y 50.000 kw/h.

UNDÉCIMO.- Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta comunica el 12 de enero de 2005 que procede recabar previamente el informe del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES).

DUODÉCIMO.- Solicitado a dicho órgano consultivo el referido informe, fue emitido el 9 de febrero siguiente, del que se destaca lo siguiente:

“En segundo lugar, el CESRM echa en falta en el expediente una Memoria Económica realizada por el órgano competente de la Administración Regional en la que se demuestre técnicamente, mediante el correspondiente estudio de tiempos y costes necesarios para la prestación de los servicios regulados, que las cuantías propuestas en el Proyecto son coherentes con los gastos que las empresas suministradoras han de asumir.

De las observaciones formuladas al primer borrador del Proyecto por una de las empresas distribuidoras consultadas se deduce que ha habido un informe de valoración de tiempos y costes realizado por la asociación sectorial representativa de estas empresas que sirvió de base para la propuesta inicial de tarifas. En ese escrito de observaciones esa empresa proponía una reducción de entre doce y quince euros aproximadamente sobre la inicial que afectaría a las tarifas que concentran la mayoría de los consumos (tarifas 3.1 y 3.2), propuesta aceptada e incluida en el Proyecto sometido a dictamen.

Como se decía, el expediente no incorpora un estudio económico que sustente las tarifas que se incluyen en el anexo del Proyecto, que además de las anteriores comprenden otros tramos de consumo dentro de los derechos de alta y otros conceptos (derechos de enganche y derechos de verificación). Tan sólo se recoge un informe técnico de la Dirección General de Industria, Energía y Minas en la que se justifica la idoneidad económica de las tarifas 3,1 y 3,2 propuestas por la empresa que formuló las observaciones, mediante la consideración de los siguientes costes: “un coste medio por cada servicio de personal de inspección”, “un coste de personal de administración” y “un coste medio de operación de alta”, pero en los que las cuantías se han determinado a tanto alzado. En opinión del Consejo, un Proyecto de Decreto que regula el régimen económico bajo el que se prestarán determinados servicios a los ciudadanos requiere un estudio de costes riguroso que constituya el elemento básico sobre el que se determinen las tarifas.”

DECIMOTERCERO.- Remitido el citado Dictamen a la Dirección General de Industria, Energía y Minas, se incorpora al expediente un denominado “*estudio económico derechos de alta gas natural por canalización. Costes derivados del Servicio*”, emitido el 10 de marzo de 2005 por un Asesor Facultativo de la citada Dirección, informe de posterior comentario.

DECIMOCUARTO.- El 23 de marzo siguiente, el citado Asesor Facultativo emite informe en el que señala las modificaciones efectuadas sobre el anterior borrador de Proyecto de Decreto, para ajustarse a las observaciones del CES.

DECIMOQUINTO.- Mediante oficio de 27 de marzo de 2006, la Secretaria General de la Consejería requiere a la citada Dirección General para que informe “*si la valoración de costes y los precios que figuran en el Anexo del Decreto deben ser modificados o actualizados y, en caso afirmativo, nos remitan un nuevo estudio económico y un Anexo actualizados a la mayor brevedad posible*”.

DECIMOSEXTO.- En escrito presentado el 6 de abril de 2006, la entidad --, S.A. formuló diversas alegaciones, solicitando, respecto de los derechos económicos objeto del Proyecto, la aprobación de los importes resultantes de su estudio de 2003 actualizados a 2005, conforme con el IPC aplicable.

DECIMOSÉPTIMO.- El 25 de mayo de 2006, el Asesor Facultativo de la mencionada Dirección General emite un informe sobre la propuesta de percepciones económicas a incluir en el futuro Decreto presentada por la entidad --, S.A., concluyendo lo siguiente:

“Este facultativo considera la propuesta presentada por --, S.A. como falta de rigor, en cuanto que no justifica el por qué de las variaciones planteadas. Todo ello independientemente de los elevados importes solicitados, muy diferentes de lo existente en Comunidades limítrofes con la nuestra, como es el caso de Andalucía.

No obstante lo anterior, repetir la existencia del estudio económico realizado en 10/03/2005, y cuya copia acompaño, entendiendo que debiera ser, en todo caso, el dato de partida para las modificaciones que hubieran de realizarse respecto de la propuesta existente”.

DECIMOCTAVO.- Mediante oficio de 20 de junio de 2006, el Vicesecretario de la Consejería proponente comunica a la citada Dirección General que *“en su Informe no dan respuesta a nuestra petición de 27 de marzo de 2006, pues no queda claro si deben o no modificarse o actualizarse los precios y en qué términos. Les solicitamos, pues, que informen en ese sentido y asimismo nos remitan las alegaciones de --, S.A. a que hacían referencia, para que puedan incorporarse al expediente”.*

DECIMONOVENO.- Obra en éste un nuevo informe, de 10 de julio de 2006, del ya reseñado Asesor Facultativo, en el que actualiza al año 2006 las cantidades establecidas en su anterior informe de 10 de marzo de 2005.

VIGÉSIMO.- El 21 de marzo de 2007, el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante emite informe en el que se explican las modificaciones introducidas en un nuevo borrador de Proyecto, y que se refieren, esencialmente, a las habilitaciones reglamentarias establecidas en dicho borrador al Consejero competente, así como a cuestiones de mejora de redacción del texto.

Es de advertir que en el Anexo de este nuevo borrador no se recogen las cantidades actualizadas a 2006 expresadas en el informe de 10 de julio de 2006, citado en el Antecedente Decimonoveno, sino las del informe de 10 de marzo de 2005.

VIGESIMOPRIMERO.- Remitido este último borrador de Proyecto a la Dirección de los Servicios Jurídicos para la emisión de su preceptivo informe, fue evacuado el 28 de mayo de 2007, en el que se destaca la no constancia en el expediente del trámite de alegaciones que hubiera de haberse otorgado a la Cámara de Comercio de Cartagena, y la improcedencia de la habilitación reglamentaria al Consejero contenida en el artículo 4.5 del borrador, así como otras observaciones de mejora técnica de la redacción del texto.

VIGESIMOSEGUNDO.- El 25 de junio de 2007, el Vicesecretario de la Consejería emite su preceptivo informe, en el que hace un resumen de lo actuado y se pronuncia en sentido favorable a la aprobación del Proyecto de Decreto.

VIGESIMOTERCERO.- El 11 de febrero de 2008, el Asesor Facultativo de referencia emite nuevo informe, en el que se expresa que en un nuevo borrador se han atendido las observaciones de mejora del texto señaladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos y que la comisión técnica de elaboración del Proyecto decidió no tomar en consideración las alegaciones de --, S.A.

VIGESIMOCUARTO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 12 de marzo de 2008, el Secretario General de la Consejería de Economía, Empresa e Innovación, por delegación de la Consejera, solicitó la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañado el expediente tramitado.

VIGESIMOQUINTO.- En Acuerdo nº 9/08, de 2 de abril, este Consejo Jurídico requirió a la Consejería consultante para que completase el expediente con el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos (que no obraba en el expediente remitido), y foliara el expediente, incluyendo el texto definitivo autorizado del Proyecto de Decreto sobre el que se solicitaba el Dictamen.

VIGESIMOSEXTO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 11 de abril de 2008, el citado Secretario General remite nuevo expediente en el que se subsanan las deficiencias reseñadas en el citado Acuerdo.

VIGESIMOSÉPTIMO.- El 4 de agosto de 2008, este Consejo Jurídico emitió Dictamen nº 140/2008 sobre el Proyecto de referencia, del que se destacan las siguientes Consideraciones, relativas a la insuficiente justificación de los importes de los derechos económicos establecidos en el mismo, remitiéndonos, en lo demás, a dicho Dictamen:

“Además de lo anterior, cuando el expediente es enviado al CES para la emisión de su Dictamen, dicho órgano constata la inexistencia de un estudio económico que sustente las cantidades incluidas en el borrador de Proyecto remitido, señalando la exigencia de un “estudio de costes riguroso que constituye el elemento básico sobre el que se determinan las tarifas”. (...) En respuesta a la exigencia del CES de la elaboración de un estudio de costes riguroso, es cuando aparece en el expediente el denominado “Estudio económico derechos de alta gas natural por canalización. Costes derivados del servicio”, fechado el 10 de marzo de 2005 (es decir, posterior al Dictamen del CES, que, por tanto, no lo conoció, como tampoco el previo de SEDIGAS al que se remitía la empresa). Estudio sobre el que debe señalarse lo siguiente:

A) Sólo se refiere a la cuantía de los derechos de alta, y no a las correspondientes a los derechos de enganche y verificación, cuyas cuantías, sin embargo, se incluyen en el Anexo del Proyecto sin motivación alguna sobre las mismas. (...) Además, se advierte que la cuantía fijada en el Anexo para los derechos de enganche es superior a la establecida para los derechos de alta, a diferencia de lo que se establece en todos los Decretos autonómicos aprobados tras el RD 1434/02. (...)

B) Por lo que se refiere a la cuantía de los derechos de reenganche (...) la expresada falta de justificación de la cuantía de los derechos de enganche se transmite también a la de los derechos de reenganche.

C) Por lo que se refiere a los derechos de alta, (...) deben realizarse dos observaciones:

a) Por lo que se refiere a las cuantías de los derechos de alta para el grupo tarifario 3, el estudio de referencia desglosa los costes que han de integrar las tarifas considerando los del personal de inspección y de administración, y los de la empresa en cada operación o servicio de alta de un nuevo suministro (o ampliación del existente, se entiende). Estos conceptos se desglosan, a su vez, en las diferentes actividades y operaciones que dicho personal ha de efectuar al respecto, poniéndolo en relación con el tiempo estimado que ese personal necesitaría para cada una de estas operaciones, concluyendo en un deter-

minado importe en euros del coste medio de cada servicio de alta, para cada uno de los subgrupos de usuarios a que se refiere el Anexo del Proyecto, dentro del referido grupo 3 (f.107 exp.).

El esencial reparo que ha de hacerse a esta cuantificación es, por un lado, que no se justifica el fundamento del parámetro “coste medio/hora personal de inspección” y lo mismo para el personal de administración (...).

b) Por lo que se refiere a la cuantificación de los derechos de alta para los grupos 1 y 2, el estudio se limita a expresar la fórmula de cálculo ($101,3 + \text{consumo energético diario máximo contratado} \times 0,08$, con un máximo de 617,24 €), sin explicación alguna al respecto; fórmula que se traslada sin más al Anexo del Proyecto. (...)

III. El artículo 53.1 de la Ley 6/04, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia establece que en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria debe incluirse una memoria que comprenda “la motivación, técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas”. (...)

De lo expuesto en el precedente epígrafe II, se concluye que en el procedimiento de referencia no se cumple con las exigencias de una adecuada y suficiente motivación técnica y jurídica, a que se refiere el reseñado artículo 53.1, en relación con las concretas determinaciones del Proyecto a las que se ha hecho referencia en tal epígrafe. Infracción que se considera sustancial y que ha de subsanarse previamente a la aprobación del Proyecto en cuestión, lo que motivará que, tras la incorporación al expediente de los estudios existentes no trasladados en su día al CES, más los nuevos que, ateniéndose a las exigencias de motivación antes expresadas, deban elaborarse, se remita de nuevo el expediente al preceptivo Dictamen de los correspondientes órganos consultivos, tras lo cual deberá enviarse lo actuado a este Consejo Jurídico para su Dictamen final.”

Además, el citado Dictamen realizaba otras observaciones, especialmente en lo relativo a una pretendida habilitación al Consejero competente para modificar, más allá de la actualización anual conforme con el IPC, la cuantía de los derechos económicos objeto de regulación, a lo que el Dictamen objetó su extralimitación legal, conforme con los razonamientos allí expresados, a donde nos remitimos.

Asimismo, realizó observaciones de mejora respecto del proyectado artículo 4, números 1, 2, 4 y 5, así como del artículo 5, números 3 y 4, y del Anexo del Proyecto.

VIGESIMOCTAVO.- El 9 de diciembre de 2008, la comisión técnica de elaboración del Anteproyecto de Decreto emite un informe en el que pretende dar respuesta a las consideraciones del citado Dictamen y subsanar las deficiencias de motivación allí consignadas. A tal efecto, en el informe se manifiesta, por lo que ahora interesa, lo siguiente: a) que se adjunta el escrito de Sedigás de octubre de 2003; b) que se adjuntan informes justificativos de los importes previstos en el Proyecto para los derechos económicos en cuestión, en los que se utilizan las mismas magnitudes de cálculo empleadas en el estudio realizado en el año 2005 por la Dirección General de Industria, Energía y Minas.

VIGESIMONOVENO.- Obra en el expediente (folios 209 a 215) un nuevo borrador de Proyecto, en el que se introducen modificaciones en su articulado respecto del texto objeto del citado Dictamen, con la finalidad de cumplimentar lo expresado en sus observaciones sobre dicho articulado. Sin embargo, en lo que se refiere a los importes de los derechos

objeto de regulación, el Anexo de este nuevo borrador mantiene los mismos que los establecidos en el texto que fue objeto del anterior Dictamen.

TRIGÉSIMO.- Solicitado nuevo informe al CES, fue emitido el 11 de febrero de 2009, del que se destacan las siguientes consideraciones:

“Por otra parte, a juicio de esta Institución debe subrayarse el hecho de que las cuantías de los derechos regulados en el Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural por canalización, han permanecido prácticamente inalteradas desde el segundo borrador del Proyecto de Decreto, de fecha 11 de marzo de 2004 (las cuantías incluidas en el primer borrador, de fecha 19 de diciembre de 2003, eran superiores), hasta el remitido a este Organismo para la emisión del presente Dictamen. Si se tiene en cuenta que el criterio que el propio Proyecto de Decreto utiliza como parámetro para la actualización de las cuantías (es) el IPC anual, sería conveniente que la Memoria económica tuviera en cuenta el tiempo transcurrido y explicitase las causas de que, habiendo sufrido dicho índice una importante variación en el periodo de tiempo transcurrido en la tramitación, las cuantías no se vean afectadas por dicha variación. Esta observación cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que ya en fecha 20 de junio de 2006 el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Industria y Medio Ambiente le planteaba a la Dirección General de Industria, Energía y Minas la misma cuestión.

En relación con el último estudio económico que incorpora el expediente para justificar las tarifas propuestas, el CESRM manifiesta su valoración por el detalle con que se han determinado las tareas y tiempos necesarios para la prestación de los diferentes servicios, lo que otorga rigor al trabajo. Sin embargo, considera el Consejo que algunas cuestiones puntuales debieran aclararse en el proceso de tramitación posterior del Proyecto.

La primera cuestión, como ya se ha señalado, es la oportunidad de mantener el estudio económico realizado el año 2005. La tramitación del expediente se ha prolongado excesivamente y más de tres años después pudieran haberse producido mejoras en los procesos y ganancias de eficiencia susceptibles de recortar los tiempos de desempeño de las tareas y, por tanto, menores costes para los usuarios. Quizá, dado el tiempo transcurrido, hubiera sido conveniente realizar un nuevo estudio económico adaptado en tiempos de trabajo y costes salariales a la situación real del año 2008.

Es el coste salarial aplicado otra cuestión que merece reflexión. Según el estudio económico, se ha tomado para su valoración “componentes del coste salarial por ramas de actividad en el año 2005. Fuente propia, a partir de datos de la Encuesta trimestral del coste laboral”. Se desconoce la fuente propia, pero parece que se ha debido utilizar la referida Encuesta en su desagregación para la rama “Producción y distribución de energía eléctrica, gas y agua”. Salvo que se haya solicitado al INE el importe correspondiente a la Región de Murcia, las cantidades que se recogen se referirán a España, cuyo valor promedio para el agregado de la industria rebasaba entonces el de la Región en casi el 20%. Teniendo en cuenta que el servicio se va a desarrollar en la Región de Murcia y por trabajadores que operan en la misma, pudiera ser oportuno efectuar algún ajuste al coste salarial aplicado para reflejar esa situación, lo que conduciría a tarifas considerablemente más bajas para el usuario.

Una última cuestión debe plantearse en relación con el estudio de costes que se considera relevante a efectos de la determinación de la tarifa. Una vez determinado el coste

medio horario neto que se deriva de la utilización de la Encuesta citada en el párrafo anterior (21,43 euros por hora), se llega al concepto de coste medio horario a aplicar, dice el estudio que “incluyendo un 33% de tiempo inactivo”, que se obtiene aplicando un coeficiente multiplicador de 1,5 al coste medio horario neto ($21,43 \times 1,5 = 32,15$ euros a la hora). Esta última cantidad es la que se aplica a los tiempos medios para cuantificar las tarifas.

Respecto a este procedimiento, considera el CESRM que no se acredita la inclusión de ese 33% adicional por tiempo inactivo, porcentaje que parece elevado especialmente si se repara en que, al determinar la estructura de costes, ya se incluye 20 minutos de tiempo en concepto de “desplazamiento al punto de actuación”. No cuestiona el Consejo ese porcentaje, que pudiera ser apropiado, pero para llegar a compartirlo habría sido oportuno que se explicara las razones del mismo. Sorprende, sin embargo, que pese a la consideración de un 33% por tiempo de inactividad, se aplique un coeficiente del 50% (1,5 de multiplicador) para llegar al coste medio horario a aplicar. Entiende el Consejo que es importante aclarar esta cuestión, relevante en la determinación de las tarifas”.

TRIGESIMOPRIMERO.- El 1 de abril de 2009, la comisión técnica de elaboración del Proyecto emite un informe denominado “Actualización de la memoria valorada sobre tarifas de alta, enganche y verificación de gas natural canalizado”, en el que se llega a unos importes de los derechos en cuestión distintos de los consignados en los borradores anteriores, y ello no por una actualización a 2008, conforme con el IPC, de los importes anteriores, sino por utilizar, en parte, unas magnitudes de cálculo distintas (y, conforme con las observaciones del último dictamen del CES, más adecuadas) para realizar la evaluación de costes y la justificación de precios que ha de determinar el importe de los derechos económicos en cuestión (así, por ejemplo, el Convenio Colectivo para el Sector del Metal en la Región de Murcia para 2009, del que se destacan las tablas salariales y el calendario laboral establecidos en el mismo).

TRIGESIMOSEGUNDO.- Obra en el expediente un nuevo y último borrador en el que se modifica el Anexo del anterior texto, para recoger los importes resultantes del reseñado informe, manteniéndose el texto del articulado (folios 253 a 260).

TRIGESIMOTERCERO.- Mediante oficio registrado el 30 de abril de 2009, el Secretario General de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, por delegación del Consejero, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de 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 constituiría una disposición reglamentaria de desarrollo de normativa básica estatal, constituida por la LSH y el RD 1434/02, citados en los Antecedentes, por lo que concurre el supuesto establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista de las actuaciones practicadas tras la emisión de nuestro Dictamen 140/2008, reseñadas en los Antecedentes Vigésimosexto a Trigesimosegundo del presente, no hay reparos de carácter sustancial que oponer a la tramitación realizada. Con el informe de 1 de abril de 2009, reseñado en el Antecedente Trigesimoprimer, unido a los anteriores informes obrantes en el expediente, se puede considerar sustancialmente cumplido el requisito de motivación de la norma proyectada, exigible de modo especial, como fácilmente puede deducirse de los Antecedentes, en lo que respecta a la justificación técnica del importe de los derechos económicos a que se refiere el Proyecto, referidos específicamente a la Región de Murcia, para lo cual se han utilizado los parámetros aplicables al efecto, según los órganos preinformantes.

Por otra parte, y en lo atinente a unos eventuales nuevos trámites de participación en el procedimiento, éstos no se consideran imprescindibles, en tanto el Proyecto de que ahora se trata no ha introducido modificaciones esenciales en su contenido sobre el texto que fue objeto, en su día, del correspondiente trámite de consulta; en cambio, es necesaria su más pronta aprobación ante el vacío normativo existente, como señala la Consejería consultante.

TERCERA.- Competencia y habilitación normativa.

Conforme con lo apuntado en la Consideración Primera, el Proyecto objeto de Dictamen tiene su fundamento jurídico en la LSH, especialmente en su artículo 91.3, y en el RD 1434/02, específicamente en su artículo 29, preceptos cuyo contenido se recoge en la exposición de motivos de dicho Proyecto, a la que nos remitimos en este punto, pues no se suscitan especiales dudas al respecto, siendo la norma proyectada de muy parecido tenor a otras ya aprobadas por varias Comunidades Autónomas, algunas de las cuales se citarán posteriormente.

CUARTA.- Otras observaciones.

Aun cuando en nuestro previo Dictamen 140/2008 se realizó un primer examen del articulado del Proyecto, con las correspondientes observaciones de mejora del mismo (la mayoría acogidas fielmente en el texto que ahora se dictamina), ello no obsta para que sea conveniente realizar observaciones adicionales a aquéllas, para sugerir la introducción de algunas precisiones al articulado que clarificarán ciertos aspectos abordados en el mismo, en beneficio, esencialmente, del usuario del servicio, ajeno, en principio, a la especialidad de la normativa aplicable. En este sentido, parece conveniente que, al menos, se introduzcan algunas determinaciones que ya se recogen en otras normas autonómicas de contenido similar al Proyecto que nos ocupa, y que delimitan algo más los supuestos de que tratan los preceptos en cuestión, aun teniendo en cuenta, no obstante, que el objeto de normas como la presente no es el de establecer los supuestos en que procede realizar las operaciones de alta, enganche o verificación de las instalaciones de gas natural de los usuarios (a cuyo efecto el Proyecto realiza remisiones, tácitas o expresas, a la reglamentación aplicable), sino el de regular la percepción de los derechos económicos ligados a la realización de dichas operaciones por parte de las compañías distribuidoras.

—Artículo 4.2.

Aun cuando, conforme con lo apuntado en nuestro anterior Dictamen, se ha completado el precepto, añadiendo a su primer párrafo *“en los casos en que, debiendo intervenir*

la empresa distribuidora en las instalaciones del consumidor; no corresponda el cobro de derechos de alta”, debería añadirse el inciso “por tener que efectuarse tales servicios como operaciones individuales”, o expresión análoga, tal y como aclaran la norma balear (art. 1, in fine, Decreto 45/08, de 11 de abril), catalana (art. 5 Decreto 72/06, de 11 de abril) o extremeña (art. 5 Decreto 315/07, de 26 de octubre).

Asimismo, sería conveniente añadir, al final de dicho artículo 4.2, que “en ningún caso se podrán aplicar de forma acumulativa los derechos de enganche y los derechos de verificación como operaciones individuales” (como establece el respectivo artículo 5 de las normas catalana y extremeña citadas), pues, de tener que realizarse de forma consecutiva tales servicios, se debería percibir, como máximo, el importe establecido para los derechos de alta (que comprenden la realización conjunta de ambas operaciones, según establece el proyectado artículo 4.1, 2º párrafo, y la normativa básica estatal).

—Artículo 4.3.

Debería aclararse que el supuesto es el de ampliación de suministro que implique modificación del contrato “por cambio de grupo tarifario”, como señalan la norma andaluza (art. 6 Decreto 441/04, de 29 de junio) y madrileña (art. 5.4 Decreto 44/06, de 18 de mayo).

—Artículos 4.4 y 5.4.

Debería mejorarse la redacción: “...inmediatamente anterior, surtiendo efectos dicha Orden desde el 1 de enero...”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación normativa para aprobar el Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Para la mejora técnica del Proyecto, sería conveniente la introducción de las modificaciones reseñadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen sobre los proyectados artículos 4.2 a 4. 4 y 5.4.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 107/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 15/06/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 43.

DICTAMEN 108/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 15/06/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 109/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 15/06/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 43.

DICTAMEN 110/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 17/06/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 43.

DICTAMEN 111/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por sustracción de prótesis durante intervención quirúrgica en centro hospitalario.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 17/06/09

Extracto de Doctrina

Con ocasión de anteriores Dictámenes, emitidos en relación a supuestos de 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 STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes números 76/1999 y 84/2002).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de septiembre de 2007, x. presenta una queja ante el Servicio de Atención al Usuario del Servicio Murciano de Salud (SMS), refiriendo la pérdida de una dentadura postiza mientras era sometida a una intervención quirúrgica el día 13 de septiembre del mismo año, en el Hospital Universitario “Reina Sofía”, de Murcia.

Según manifiesta la reclamante, minutos antes de ser trasladada a quirófano y siguiendo las instrucciones del personal sanitario del Centro, se quita la dentadura postiza, que deja en la mesilla de la habitación. Cuando regresa a la misma, la prótesis ya no estaba en el lugar donde la había dejado.

Remitida dicha queja a la Dirección de Gestión y Servicios Generales del Hospital, su titular la remite al Servicio Jurídico del SMS.

Entre tanto, la interesada aporta la siguiente documentación: a) número de cuenta bancaria en el que ingresar, en su caso, la cantidad necesaria “*para realizar el tratamiento dental de la paciente (...) que asciende a la cantidad de 852 euros*”; b) presupuesto de una clínica dental, por importe de 852 euros, en concepto de dentadura completa superior e inferior de resina; c) fotocopia de tarjeta sanitaria individual; y d) fotocopia de la hoja de datos identificativos de Pasaporte de la República de Bolivia.

Asimismo, por comparecencia personal ante el Servicio de Atención al Usuario, manifiesta que no tiene recursos económicos suficientes para sufragar el gasto de una nueva dentadura, por lo que solicita la tramitación urgente de la reclamación para poderle pagar al dentista que ha de realizarle la prótesis. Afirmo también que, al no poder masticar, su alimentación es muy precaria.

SEGUNDO.- Por el Servicio Jurídico del SMS se requiere al Hospital para que remita informe en el que se hiciese constar si, en el presente supuesto, se cumplió el protocolo de custodia de pertenencias existentes en dicho centro.

Con fecha 20 de noviembre de 2007, la Directora de Gestión del Hospital contesta indicando que: *“respecto al protocolo de custodia, en los casos de prótesis dental no se aplica, pues no es usual depositarla en la caja fuerte de seguridad. Aún así, al ingreso de los pacientes en la planta, se les informa de que la prótesis sea recogida por el familiar”*.

El Coordinador de Enfermería, por su parte, indica que *“recabado por mí el testimonio de la enfermera, la paciente dejó su prótesis dental sobre la mesilla para bajar a quirófano y tras su vuelta ésta no se encontraba en el lugar indicado, interrogado el resto del personal de la Unidad (auxiliar, enfermeras y limpiadoras), éstas no habían visto ni guardado la prótesis en otro lugar”*.

Solicitado nuevo informe a la Directora de Gestión del Hospital sobre la hora en que la reclamante fue llevada a quirófano y si durante el transcurso de la intervención se realizaron labores de limpieza en su habitación, el Supervisor de Planta informa lo siguiente:

“La reclamante fue llevada a quirófano el día 13 de septiembre, a las 10.00 h de la mañana. Regresó a la planta sobre las 16.30h.

Las limpiadoras proceden a realizar las labores de limpieza en las habitaciones, en la franja horaria comprendida entre las 8.30 h y las 13.00 h. Su habitación al ser de las últimas de la planta, se limpió aproximadamente entre las 12h y las 13h”.

TERCERO.- Por Resolución del Director Gerente del SMS, de fecha 22 de enero de 2008, se acuerda admitir a trámite la queja, calificándola como reclamación de responsabilidad patrimonial, notificándose a la interesada y poniéndola en conocimiento de la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

El órgano instructor, asimismo, procede a solicitar del Hospital que proporcione los datos identificativos de la empresa que en la fecha de los hechos realizaba los Servicios de Limpieza, lo que es debidamente cumplimentado por el Centro sanitario.

CUARTO.- Con fecha 13 de febrero, se remite la reclamación a la empresa de limpieza, “x.”, con el fin de que se hagan cargo de la misma o, en su defecto, en un plazo de 10 días, formulen alegaciones y aporten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, sin que conste actuación alguna de la empresa en este trámite.

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia a los interesados, un representante de la empresa de limpieza presenta escrito de alegaciones en el que hace constar, en resumen, que ninguno de sus trabajadores recuerda haber visto o cogido la dentadura de la reclamante, que es muy difícil precisar la hora en que se llevaron a cabo las labores de limpieza en la habitación y que no había quedado acreditado que la prótesis hubiera sido extraviada por personal de esa empresa, pudiéndosele atribuir dicha pérdida a otro personal que también estuvo en la habitación (enfermeras, médicos, auxiliares, celadores, familiares y amigos tanto de la enferma como de su compañera de habitación).

SEXTO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a los interesados (reclamante y compañía aseguradora del SMS), no hacen uso del mismo.

SÉPTIMO.- Con fecha 25 de febrero de 2009, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación patrimonial, por no existir relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público sanitario.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 6 de marzo de 2009.

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 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el Real Decreto 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), al solicitarse en el seno de uno de tales procedimientos.

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La acción de reclamación es ejercitada dentro del año de producido el hecho que motiva la indemnización, de conformidad con lo 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), toda vez que la reclamación se presenta 8 días después al de los hechos a los que se imputa el daño.

2. El procedimiento se ha iniciado por persona que, en la medida en que sufre el detrimento patrimonial consistente en la pérdida de una prótesis dentaria, ostenta la condición de interesada según el artículo 31.1 LPAC, lo que le confiere legitimación activa para reclamar, de conformidad con los artículos 139.1 y 142.1 LPAC.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de su condición de titular del servicio público sanitario a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

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.

TERCERA.- Sobre la no concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

Son requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme establece el artículo 139 LPAC:

1. La concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable al funcionamiento de los servicios públicos.

2. La producción de un daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar.

3. La existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre aquel hecho, acción u omisión, y el mencionado daño o perjuicio, sin que concurran fuerza mayor ni otros elementos que determinen la ruptura de dicha relación de causalidad.

Con ocasión de anteriores Dictámenes, emitidos en relación a supuestos de 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 STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes números 76/1999 y 84/2002).

En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1998. Cabe añadir que mantener sin más que cualquier objeto sustraído o perdido en los locales públicos en general puede desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial, constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.

A este respecto, el Consejo de Estado ha afirmado, entre otros en su Dictamen núm. 3156/1999, que el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no implica que deba responderse de todos los daños causados en centros públicos; muy al contrario, debe estarse a las circunstancias del caso concreto, que han de mostrar el daño y, sobre todo, la imprescindible relación causal.

En el supuesto que nos ocupa, de la documentación obrante en el expediente se extrae que la reclamante sufrió un daño consistente en la pérdida de su dentadura postiza, que dicha pérdida tuvo lugar en el Hospital Universitario “Reina Sofía” de Murcia y que se produjo mientras ésta permanecía en el quirófano, tal y como es reconocido por el Supervisor de Planta, al indicar en su informe que: *“la paciente dejó su dentadura en la mesilla para bajar al quirófano y tras su vuelta ésta no se encontraba en el lugar indicado”*.

Sin embargo, el hecho de que el daño fuera producido en las dependencias del Hospital, no implica que sea imputable al mismo, ya que en ningún momento ha quedado acreditado que el sujeto causante del daño se encuentre integrado en la organización administrativa, circunstancia cuya carga corresponde a la reclamante, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otra parte, tampoco concurre el requisito de la antijuricidad del daño. En este sentido, cabe inferir, aún yendo más allá de los términos en los que se plantea la reclamación, que la interesada sitúa el título de imputación del daño al servicio público en un eventual deber de vigilancia o cuidado que la Administración asumiría sobre las pertenencias de los pacientes que ingresan en los hospitales públicos. Al respecto, la STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2000, afirma la obligación que incumbe a la Administración sanitaria de adoptar las medidas necesarias para evitar atentados a las propiedades de los enfermos, afirmando que *“los medios que en este sentido está obligada a proveer la Administración para evitar o hacer más difícil el perjuicio no son siempre los mismos, sino que habrá que estar a los parámetros de normalidad que exigen la conciencia social de cada momento, al grado de desarrollo y medios de que dispongan los servicios públicos o, dicho al modo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a los estándares de funcionamiento del servicio, variables en cada lugar y en el tiempo”*.

A dichas circunstancias, que modulan el alcance del deber de cuidado propio de la Administración sanitaria, ha de añadirse el estado del propio enfermo y las circunstancias en que accede al hospital, pues la intensidad de esa obligación se incrementa cuando el paciente ingresa de urgencia o en estado de desvalimiento y sin acompañantes o familiares que

puedan velar por sus pertenencias, haciéndose menor cuando el paciente ingresa de forma programada, se encuentra consciente, en su habitación y rodeado de familiares o amigos a quienes confiar sus efectos personales. Esta circunstancia es la que lleva al indicado órgano jurisdiccional a afirmar, en la misma sentencia, que no *“todos los ataques contra el patrimonio de los enfermos que tengan lugar en un Hospital Público deban ser indemnizados por la Administración, pues ya hemos dicho que se dan casos en los cuales hay familiares o amigos que pueden evitar estos sucesos, y además se trata de casos en los cuales están en habitaciones que pueden ser objeto de control por aquellos, de manera que si a pesar de esto los hechos se producen, no se podrá imputar a la Administración el incumplimiento de deberes de culpa in vigilando o de custodia”*.

En el supuesto sometido a consulta, no constan datos que permitan considerar que la paciente se encontrara en situación de desvalimiento o inconsciencia al ingresar en el centro hospitalario, lo que podría haberle impedido tomar por sí misma unas mínimas precauciones en la custodia de sus pertenencias, en un lugar que puede ser transitado por personas ajenas al hospital. En este sentido, y aunque no consta que estuviera acompañada por familiares o amigos, la interesada se encontraba en su habitación, donde se quitó la dentadura postiza siguiendo las instrucciones de la enfermera que la preparaba para la intervención, dejándola sobre la mesilla. No puede la interesada pedir a la Administración que custodie sus efectos personales con un nivel de exigencia mayor del que ella misma aplicó, dejando a la vista un objeto tan valioso e importante para ella.

Tampoco consta que se haya incumplido protocolo alguno de seguridad pues, según indica la Directora de Gestión del Hospital, con carácter general, al ingresar los pacientes en planta se les informa que la prótesis debe ser recogida por un familiar, pues no se aplica el protocolo de custodia de pertenencias a las dentaduras postizas, no siendo usual guardarlas en la caja fuerte de seguridad.

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 de la Administración por no concurrir los requisitos exigidos para su nacimiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 112/09.- Anteproyecto de Ley de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Presidencia y Administración Pública (2008)

Fecha: 17/06/09

Extracto de Doctrina

El estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación, sino que ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Anteproyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda (Dictamen 25/2007). El Consejo Jurídico, también ha manifestado en otras ocasiones que la dificultad que puede tener la elaboración de la memoria económica en proyectos normativos como el presente, que contempla medidas que no van a generar un gasto de forma inmediata, sino que éste se manifestará de forma diferida en el tiempo, es una característica que hace mucho más aconsejable su emisión, y que incrementa su trascendencia, porque permitirá valorar con mayor exactitud el acierto y oportunidad de la norma que se proyecta (Dictámenes 113/2003 y 25/2007).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En una primera fase, el Secretario General de la Consejería de Presidencia propuso al titular de ésta que elevase al Consejo de Gobierno una propuesta para que se encomendara a dicha Consejería la elaboración del Anteproyecto de Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma, dada la concurrencia competencial entre Consejerías prevista en el artículo 46 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno (Ley 6/2004). Informada la propuesta por el Servicio Jurídico de la Secretaría General (7 de marzo de 2008) y por la Dirección de los Servicios Jurídicos (11 de marzo de 2008), el Acuerdo fue adoptado por el Consejo de Gobierno en sesión celebrada el día 17 de marzo de 2008.

SEGUNDO.- De conformidad con ello se elaboró un primer borrador, que fue remitido el 1 de abril de 2008 a todas las Consejerías de la Administración regional, junto con un informe de oportunidad y otro de impacto por razón de género, ambos de 18 de marzo de 2008, recibiendo los siguientes escritos:

— De la Consejería de Desarrollo sostenible y Ordenación del Territorio, sin observaciones (18 de abril de 2008).

— De la Consejería de Economía, Empresa e Innovación, con una observación al artículo 11 (10 de abril de 2008).

— De la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración, con algunas observaciones particulares (15 de abril de 2008).

— De la Consejería de Turismo y Consumo, con observaciones a los artículos 2, 11, 14, 18, 19, 20 y 28 (21 de abril de 2008).

— De la Consejería de Cultura, Juventud y Deportes, sin observaciones (23 de abril de 2008).

— De la Consejería de Hacienda y Administración Pública —Dirección General de Presupuestos— proponiendo nueva redacción a la Disposición adicional única, referida a las previsiones presupuestarias (22 de abril de 2008).

— De la Consejería de Agricultura y Agua, con una observación al artículo 28 (28 de abril de 2006).

— De la Consejería de Sanidad, con una observación al artículo 13, y trasladando la observación del Servicio Murciano de Salud sobre el escaso impacto que en su presupuesto puede causar la aplicación de la Ley (30 de abril de 2008).

— De la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación (3 de julio de 2008), sin observaciones ni sugerencias.

TERCERO.- Sobre los anteriores informes emitió otro el 21 de julio de 2008 la Secretaría General de la Consejería de Presidencia (Asesora Jurídica de Apoyo con el visto bueno del Vicesecretario), resultando un segundo borrador al que se une un estudio económico de esa misma fecha, suscrito por el Vicesecretario de la Consejería, según el cual concretar un coste económico resulta tan “imposible como imprevisible”, por la imposibilidad de prever las situaciones futuras a que da lugar la Ley.

CUARTO.- Elevado el expediente al Consejo de Gobierno, éste adoptó un acuerdo el 21 de agosto de 2008 ordenando que se recabara la opinión de las organizaciones sociales afectadas y de diversos Consejos e Institutos de la Administración regional.

A consecuencia de ello se formularon las observaciones y sugerencias derivadas de los siguientes informes:

A) De organismos de la Administración regional:

— Servicio de Empleo y Formación, sin observaciones (3 de septiembre de 2008).

—Consejería de Empleo y Formación, también sin observaciones (8 de septiembre de 2008).

— Consejería de Hacienda y Administración Pública, que se manifestó a través de la Dirección General de Empleo Público (17 de septiembre de 2008) y de la Intervención General (2 de mayo de 2008), sin observaciones.

— El Instituto de Fomento de la Región de Murcia (19 de septiembre de 2008) observa sobre las indemnizaciones correspondientes a establecimientos que no estén en funcionamiento.

— El Instituto Murciano de Acción Social, en informe de 3 de noviembre de 2008, aporta propuestas para mejorar la redacción de algunos artículos.

— El Consejo de Salud emitió informe favorable el 28 de noviembre de 2008.

B) De las asociaciones interesadas:

— La Asociación Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado Víctimas del Terrorismo (19 de septiembre de 2008). Plantea, principalmente, la conveniencia de acotar el concepto de víctima del terrorismo a la víctima directa y a sus familiares dependientes, evitando su

ampliación más allá, y procurando también una justificación; sugiere que para la tramitación de las ayudas se establezca una oficina centralizada y, respecto a la Disposición transitoria, considera que se debe establecer la fecha de 1 de enero de 1968 como referencia a partir de la cual se pueden reconocer derechos a las víctimas.

— La Asociación de Víctimas del Terrorismo (10 de octubre de 2008) aportó un informe con observaciones diversas, entre ellas a la Disposición transitoria, abogando también porque sea el 1 de enero de 1968 la fecha de referencia para reconocer derechos a las víctimas; al artículo 16, sobre ayudas al estudio y, finalmente, propone la inclusión de cupos para el acceso a vivienda protegida y a la función pública autonómica.

— La Asociación de Víctimas del Terrorismo en la Región de Murcia (6 de noviembre de 2008), presentó un escrito con observaciones particulares a diversos artículos.

— La Fundación de Victimología remite un extenso escrito, sin fecha, en el que propone una nueva redacción del Anteproyecto.

QUINTO.- El Anteproyecto, con sus modificaciones, se sometió a una nueva ronda de consultas entre los órganos de la Administración autonómica, emitiéndose los informes siguientes:

— De la Dirección General de Empleo Público, con una observación a la Disposición adicional tercera, sobre beneficios en el acceso a la Función Pública.

— De la Dirección General de Tributos (Consejería de Economía y Hacienda) de 27 de noviembre de 2008, emitiendo su criterio favorable, aunque sugiriendo que no se determine el importe de los beneficios fiscales, por razones de sistemática.

— De la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, a través del Instituto de Vivienda y Suelo (1 de diciembre de 2008) y de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda (24 de noviembre de 2008), matizando el ámbito objetivo de las ayudas para el acceso a la vivienda recogidas en la Disposición adicional segunda.

SEXTO.- Tras ello fue elaborado un tercer borrador, sometido a Dictamen del Consejo Económico y Social emitido el 27 de febrero de 2009, con la siguiente conclusión:

“El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora positivamente el Anteproyecto de Ley de ayuda a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia porque el mismo supone la asunción por toda la sociedad murciana de la reparación de los daños de que tanto mérito se han hecho acreedores las víctimas del terrorismo, dotando de un marco específico a los que hayan sido o, lamentablemente, puedan ser víctimas del terrorismo, al tiempo que se evita lo que se ha venido a llamar “doble victimización”, que se deriva de dejar a las víctimas en el abandono, sin dar respuesta a las necesidades que surgen en tantas familias a partir de un atentado terrorista, con las observaciones contenidas en el cuerpo de presente dictamen”.

SÉPTIMO.- Consta a continuación un cuarto borrador con su índice, y un informe de 16 de abril de 2009, del Consejo Regional de la Función Pública, favorable a la Disposición adicional tercera, sobre los beneficios en el acceso a la Función Pública regional. El 11 de mayo de 2009 se emitió el informe de la Vicesecretaría que, con amplitud, expone las motivaciones de la Ley y lo que considera sus fundamentos competenciales, los artículos 15 y 17 CE en relación con el 53.1. Describe luego los pasos seguidos para la tramitación, las observaciones vertidas en los distintos informes y las que han sido tenidas en cuenta.

Tras ello, elaborado el índice de documentos y el extracto de secretaría, el expediente fue remitido a Dictamen de este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 14 de mayo de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Contenido y procedimiento.

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, y de 28 artículos, estructurados en 7 Capítulos, tres Disposiciones adicionales, 1 transitoria y 2 finales. Los Capítulos son los siguientes: Primero: Disposiciones Generales (arts. 1 a 4); Segundo: Indemnizaciones por daños físicos o psíquicos y reparaciones por daños materiales (arts. 5 a 11); Tercero: Prestaciones asistenciales (arts. 12 a 18); Cuarto: Subvenciones (arts. 19 y 20); Quinto: Otras medidas de ayuda (arts. 21 a 23); Sexto: Distinciones honoríficas (art. 24); Séptimo: Requisitos y procedimiento de concesión (arts. 25 a 28); las Disposiciones adicionales primera, segunda y tercera se refieren, respectivamente, a medidas presupuestarias y a los beneficios en el acceso a vivienda y a la función pública; la Disposición transitoria abre el derecho a solicitar ayudas a las víctimas y afectados por actos terroristas acaecidos desde el 1 de enero de 1968; la Disposición final primera faculta al Consejo de Gobierno para realizar el desarrollo reglamentario, y la segunda prescribe la entrada en vigor de la Ley a los 20 días de su publicación en el BORM.

II. Procedimiento. De la documentación que ha sido incorporada al expediente resulta que, salvo en lo que se dirá, se han cumplido las prescripciones establecidas por el artículo 46 de la Ley 6/2004. Consta la intervención de las Consejerías cuyas competencias se ven afectadas por el Anteproyecto y constan, igualmente, los diversos informes de órganos consultivos. Destaca el informe del Vicesecretario en cuanto a la fundamentación de la propuesta normativa y la contemplación general de lo instruido.

A pesar de ello debe advertirse que -además de que se ha omitido la autorización del texto definitivo sometido a consulta, requerida por el artículo 46.2,1º del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico- el estudio económico de la norma no ha tenido en cuenta que ésta, en su última versión, establece en su Disposición transitoria única que las víctimas y afectados por actos terroristas anteriores a la entrada en vigor de la presente Ley podrán solicitar las ayudas y medidas contempladas en la misma, "*siempre que los actos hayan acaecido desde el 1 de enero de 1968 y no hayan recibido otras ayudas por el mismo concepto, salvo que las mismas resultaran insuficientes*". Si bien es cierto que, como afirma la memoria económica, no se pueden prever las situaciones futuras a las que puede dar lugar la aplicación de la Ley, también es cierto que las situaciones pasadas sí deben ser conocidas, documentadas y valoradas, función que cumple la memoria económica requerida por el artículo 26.3 de la Ley 6/2004.

Este precepto dispone que, además del coste, la memoria económica se referirá a la financiación de los nuevos servicios, lo que exige determinar las previsiones presupuestarias existentes para, en su caso, solicitar la emisión del informe al que se refiere la Disposición adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (Decreto-Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre:

“Todo proyecto de ley, de disposición administrativa o de convenio, cuya aprobación y aplicación pudiera generar nuevas obligaciones económicas no previstas inicialmente en los Presupuestos de la Administración Pública Regional y de sus organismos autónomos, o una disminución de los ingresos inicialmente previstos, deberá documentarse con una memoria económica en la que se detallen las posibles repercusiones presupuestarias de su aplicación. La Dirección General de Presupuestos, Programación y Fondos Europeos emitirá informe preceptivo sobre estos proyectos”.

Y tales determinaciones deberán especificarse por cada una de las Consejerías cuyas competencias se ven afectadas.

Con frecuencia ha destacado el Consejo Jurídico que el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación, sino que ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Anteproyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda (Dictamen 25/2007). El Consejo Jurídico, también ha manifestado en otras ocasiones que la dificultad que puede tener la elaboración de la memoria económica en proyectos normativos como el presente, que contempla medidas que no van a generar un gasto de forma inmediata, sino que éste se manifestará de forma diferida en el tiempo, es una característica que hace mucho más aconsejable su emisión, y que incrementa su trascendencia, porque permitirá valorar con mayor exactitud el acierto y oportunidad de la norma que se proyecta (Dictámenes 113/2003 y 25/2007).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Ha de completarse el procedimiento con las actuaciones consignadas en la Consideración Segunda, II, del presente Dictamen

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 113/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 17/06/09

Extracto de Doctrina

1. La existencia de concretas actuaciones contrarias a normopraxis, como son el alta en urgencias el día 19 de diciembre de 2001 y el retraso en pautar el tratamiento, cuya nula incidencia en la salud del niño se debe a la combativa actitud de sus progenitores, permite apreciar un daño moral (pretium doloris) derivado de la natural zozobra e inquietud que, para unos padres que conocen la presencia de masas cancerígenas en la médula espinal de su hijo, supone la demora en recibir el tratamiento adecuado.

2. La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. En su ausencia, dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, su valoración económica aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico. Es básico, para apreciar la existencia de daños morales indemnizables, que los mismos produzcan una afectación moral indudable, cuyo alcance no es fácilmente determinable, pues influyen muchas circunstancias de índole subjetiva que pueden llevar a un grado mayor o menor de afectación. En el presente supuesto, partimos de que el retraso en administrar el tratamiento adecuado generó un daño moral, derivado de la incertidumbre y zozobra que produjo a los reclamantes la situación clínica de su hijo, de acuerdo con lo expresado en la Consideración Cuarta.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 1 de abril de 2003, x., presenta escrito de reclamación patrimonial en nombre y representación de x, y, quienes intervienen en nombre e interés propio, así como en representación legal de su hija.

Según los actores, la reclamación se basa en la inadecuada asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Murciano de Salud (SMS) a su hijo y hermano, respectivamente, x., que desembocó en su fallecimiento el 21 de agosto de 2002. El relato fáctico de la reclamación es el siguiente:

El 19 de noviembre de 2000, x. acude con su hijo x., de tres años de edad, al servicio de urgencias infantil del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” (HUVA) por presentar vómitos. Tras permanecer en observación, es enviado a casa con remisión a control por pediatra de zona.

Desde ese día, el menor presentó vómitos espontáneos de escopetazo y dolor de cabeza; además se le apreciaron cambios respecto a la relación social, tristeza, irritabilidad y dificultad en el habla, por lo que su pediatra de zona lo derivó al Servicio de Neurología Infantil

del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, donde se le practicó una Angio RM de senos venosos mediante técnica 3DTOF resultando sin hallazgos significativos.

El 19 de enero de 2001, acuden nuevamente al Servicio de Neurología Pediátrica del HUVVA con idéntica sintomatología, que aprecia: *“niño con trastorno conductual y del lenguaje, que está pendiente de cariotipo, pero no parece existir una alteración neurológica que justifique sus problemas. Debe ponerse en contacto con Centro de Salud Mental”*.

El 27 de febrero, su pediatra de zona, observando que el niño no mejoraba y seguía con los mismos síntomas, decide practicarle un TAC de cráneo y lo remite a Neurología, donde es diagnosticado de sospecha de hidrocefalia el 2 de marzo, prescribiendo el ingreso del menor, que se efectúa el día 5 de marzo en el Servicio de Neuropediatría del HUVVA. En el informe de alta se recoge expresamente: *“A su ingreso se considera la sospecha de un proceso de hipertensión intracraneal, descartándose una masa ocupante de espacio pero evidenciándose una hidrocefalia tetraventricular activa de supuesto significado arreabsorptivo. Se establece un diagnóstico diferencial buscando la etiología del proceso hidrocefálico, valorando la posibilidad de un proceso inflamatorio (incluyendo el origen fímico) pero de momento no se confirma en los exámenes radiológicos realizados quedando pendiente de resultados finales que si son negativos habrá que enfocar el proceso como una patología secundaria a factores perinatólogicos en el sentido de una hidrocefalia secundaria a una hipotética hemorragia intraventricular. Se traslada a neurocirugía para tratamiento con el fin de seguir posteriormente bajo control en la CE. de Neuropediatría”*. El diagnóstico principal según este informe es de *“hidrocefalia tetraventricular actualmente pendiente de filiar”*.

El 8 de marzo se le practica una RM de cráneo que muestra *“moderada dilatación tetraventricular con signos de reabsorción subependimaria”*; siendo trasladado el niño al Servicio de Neurocirugía, donde el 14 de marzo se le coloca una válvula de derivación ventrículo-peritoneal (DVP), persistiendo en el postoperatorio cefalea y vómitos, que precisa reprogramación de la válvula. El líquido cefalorraquídeo (LCR) es normal y el TAC de control resulta satisfactorio. Es dado de alta el 23 de marzo con diagnóstico de hidrocefalia comunicante y cita para el 24 de mayo.

El 17 de abril y el 9 de mayo acude a Urgencias de la Arrixaca por vómitos, cefalea y mareo desde la operación.

El 14 de mayo el menor es visto en Consulta de Gastroenterología, indicándose en el informe médico que acuda a revisión el 7 de enero de 2002, y que se le practique el día 12 de junio de 2001 una Ph metría.

El 11 de junio vuelve a ingresar para estudio por los Servicios de Pediatría y Neurocirugía, ante la persistencia de los vómitos y cefaleas. En el informe de alta (19 de junio) de ambos Servicios figura como diagnóstico *“hemicránea asociada a su hidrocefalia”* y se le envía al Centro de Salud Mental para seguir pauta psicoterapéutica.

El 20 de septiembre consulta en Neurocirugía donde le ajustan la dosis del tratamiento.

El 9 de noviembre acude a Neurología con el mismo cuadro, relatando ahora pérdida de fuerza en brazo izquierdo. El 4 de diciembre y ante la persistencia de los síntomas vuelven los reclamantes a consultar con Neurología, siendo citados para próxima revisión el 12 de julio de 2002.

El 19 de diciembre acuden de nuevo al Servicio de Urgencias de la Arrixaca por fuertes cefaleas nocturnas, donde le practican TAC de cerebro. Según los reclamantes, tras hablar con el neurocirujano que había atendido anteriormente al niño en el HUVA se solicita por primera vez RM medular.

El 3 de enero de 2002 se practica la RM medular, cuyo informe concluye:

“Diseminación subaracnoidea con imágenes nodulares a nivel de médula cervical y lesiones múltiples leptomenígeas.

Por la morfología y comportamiento pensamos que la lesión primitiva corresponda a la de la médula cervical entre C4 y C7”.

El 14 de enero ingresa para ser intervenido, dos días después, de laminotomía C5-C7, enviando muestras para biopsia. Se le da el alta el 5 de febrero y cita con Neurología el 21 de marzo.

El informe de Anatomía Patológica, de 23 de enero, lo diagnostica como tejido fibroso inespecífico, compatible con engrosamiento meníngeo.

Los días 14 de febrero y 2 de marzo acuden a Neurocirugía pues el niño presenta dolor abdominal desde la operación, que se acentúa con el movimiento. Se le indica continuar con el mismo tratamiento y control según revisiones.

El 14 de marzo se practica RM craneal y cervical, que informa de *“diseminación subaracnoidea con múltiples realces leptomenígeos de un proceso expansivo medular”* y, de otro, *“proceso expansivo intramedular entre C3 y C7 compatible con astrocitoma o ependimoma con signos de diseminación subaracnoidea”.*

Los reclamantes solicitan la posibilidad de una segunda opinión, siendo remitidos al Dr. x., del Hospital Infantil “La Paz”, de Madrid. El 25 de marzo, una vez reconocido el menor, el referido doctor les indica que sea tratado por el Servicio de Oncología Infantil en Murcia.

El 26 de marzo, tras entregar el informe del Dr. x. al neurocirujano responsable del tratamiento en el HUVA, les sugiere esperar unos días y volver a practicar resonancias magnéticas.

Manifiestan los reclamantes que, ante la situación de indiferencia y rabia contenida, acuden el 2 de abril al Hospital de la Santa Creu y Sant Pau de Barcelona. El 4 de abril es intervenido quirúrgicamente de laminectomía C4-C7 con exéresis subtotal de tumor que es diagnosticado como astrocitoma de bajo grado intramedular.

El menor continuó tratamiento en el indicado hospital durante 4 meses, falleciendo el 21 de agosto de 2002, con los diagnósticos de insuficiencia respiratoria, neumonía y sepsis por estreptococo viridans y por estafilococo aureus y parada cardiaca.

Para los reclamantes, la inadecuada asistencia sanitaria dispensada al niño consiste en que *“se le realizó únicamente un estudio craneal y se constató la existencia de una hidrocefalia, aún sin llegar a filiarla después de varios meses (se etiquetó de causa desconocida). A pesar de no estar concretada la causa de la hidrocefalia se decidió ponerle una válvula, es decir, se optó por abrirle la cabeza a un niño de 3 años, antes de practicarle un estudio más completo donde evidentemente se debía incluir una Resonancia Magnética medular; prueba no invasiva y de ninguna dificultad de realización e indicada según protocolos”.*

Tampoco se practicó exploración medular cuando, tras la colocación de la válvula, el niño continuaba presentando los mismos síntomas. No realizándose la RMN medular hasta el 3 de marzo de 2002, aun cuando entre la colocación de la válvula y esta fecha el niño había acudido varias veces a urgencias, había sido enviado a consultas de digestivo donde quedó ingresado, fue enviado a seguimiento en Centro de Salud Mental y pasó por los servicios de neurocirugía, donde se le llegó a indicar una próxima revisión el 12 de julio de 2002, siete meses más tarde.

Por otra parte, una vez diagnosticada la tumoración medular el 3 de enero de 2002 se realiza biopsia, no llegando a extirpar tejido tumoral que indicase de qué se trataba; con este diagnóstico anatomopatológico inespecífico le dan el alta. A su vuelta de Madrid, se les dice a los padres que esperen unos días y que volverían a practicar unas resonancias magnéticas.

“Cuando se practica la penúltima resonancia magnética craneal de fecha 7 de junio de 2001, aún no había diseminación de la tumoración, por lo que, cuando siete meses más tarde es detectado el tumor (enero de 2002), ya era demasiado tarde. Pero advertimos que el fallecido llevaba siendo atendido desde noviembre de 2000 y en marzo de 2001 se le intervino por lo que al menos estamos hablando de un retraso injustificado de más de 10 meses, tiempo más que suficiente para que el tumor se diseminara y ya fuera intratable”.

Según los reclamantes, 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, omitiendo la aplicación de herramientas diagnósticas que estaban disponibles en el hospital, protocolizadas y eran acordes con la presencia de anomalías conocidas o sospechadas del cerebro o la médula espinal. Esta actuación y, por tanto, el tardío diagnóstico, hizo que la enfermedad se diseminara y con ello agotara cualquier posibilidad de curación o de supervivencia más allá de unos pocos meses.

Se reclama una indemnización de 300.000 euros.

La reclamación se acompaña de escritura de apoderamiento del Letrado actuante y documentación clínica acreditativa del proceso asistencial.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de agosto de 2003, el Director Gerente del SMS dicta Resolución de admisión a trámite de la reclamación, encargando su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar la existencia de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Correduría de Seguros. Asimismo, solicita copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al menor en el HUCA.

TERCERO.- No es hasta el 7 de enero de 2004 que el Hospital remite la documentación solicitada.

El informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía, de fecha 23 de diciembre de 2003, tras relatar el proceso clínico del niño, efectúa, entre otras, las siguientes consideraciones:

“2.- Tanto la historia como la exploración, como las pruebas complementarias de TAC y RMN apoyaban el diagnóstico de hidrocefalia tetraventricular, es decir, hidrocefalia comunicante. La hidrocefalia es una enfermedad frecuente en los niños. En ciertos casos la hidrocefalia ya está presente al nacimiento, siendo su diagnóstico rápido y su tratamiento igualmente rápido y eficaz. En los casos en que la hidrocefalia se manifiesta con poste-

rioridad, se procede al estudio del cerebro de los pacientes, como se hizo en este niño. En muchos casos nos quedamos sin poder etiquetar la causa de una hidrocefalia porque a veces el acontecimiento que lo originó pudo estar ocasionado antes del nacimiento o poco después del parto. Si no ha habido una hemorragia clara, la etiología queda siempre en duda. Aparte de la hidrocefalia congénita, las causas más frecuentes de hidrocefalia son la postraumática, la postmeningítica o postinfecciosa, y la posthemorrágica. Naturalmente, otra causa de hidrocefalia adquirida es la presencia de un tumor intracraneal, es decir de un tumor que asiente dentro del cerebro.

La hidrocefalia como primera manifestación de un tumor intramedular es un hecho tan raro que merece su publicación en las revistas médicas especializadas. En mis 35 años de experiencia, ya tras haber realizado más de mil intervenciones de hidrocefalia en niños, no hemos visto más que otro caso de similares características, pero en este el diagnóstico y tratamiento fueron los adecuados porque hubo manifestaciones clínicas de lesión intramedular:

3.- Efectivamente el 19 de diciembre fue visto por mí en el Servicio de Urgencias, por cefalea. [...] Es en esta exploración donde primeramente encontramos algún dato indicativo de la posible presencia de un tumor intramedular, por lo que hago la petición en el mismo Servicio de Urgencias y acompaño personalmente a los padres a la ventanilla del Servicio de Admisión de Infantil para gestionar con celeridad una RMN de la médula.[...] el niño fue visto en el Servicio de Urgencias enviándolo a otra mañana para verme, siendo visto por mí, sin ningún tipo de cita previa, en la planta de Neurocirugía el 04/01/02 (la forma habitual es ver los pacientes en Consulta, ello indica el grado de interés que teníamos por el niño). El niño fue intervenido el 14/01/02, que era el primer día de intervenciones programadas en el hospital Infantil, es decir 10 días más tarde de la primera exploración que muestra una lesión medular. La naturaleza de una lesión de este tipo y el buen estado del niño, no aconsejaban realizar una intervención de urgencia. Las intervenciones que se realizan en el medio adecuado, con la programación adecuada y con los medios técnicos adecuados, tienen menos complicaciones y mejores resultados.

Cuando la familia solicita la posibilidad de una segunda opinión se le remite al mejor Hospital Infantil de España que es, en mi opinión, el Hospital Infantil “La Paz” de Madrid, donde fue visto por el Dr. x.. Es inexacto que el día 26, tras entregarme el sobre con el informe, les sugiera esperar unos días por motivos de indiferencia. Se trata únicamente de una precaución lógica ante la presencia de un pronóstico adverso aún con los medios terapéuticos conocidos actualmente. En ocasiones, aunque es factible realizar una reintervención, parece más prudente el considerar la posibilidad de vigilar la evolución clínica del paciente. No se trata pues de una situación de indiferencia sino de una situación de prudencia por el posible daño que se le pudiera causar el niño ante una nueva intervención en un sitio tan delicado como la médula cervical alta, por donde pasan todas las fibras motoras y las que conducen la sensibilidad de todo el cuerpo, y que es asimismo el centro donde reside la inervación de la musculatura respiratoria. No se trata pues de una consideración a la ligera, sino de una actitud meditada y, a mi juicio, sensata y prudente.

En el informe del Hospital “La Santa Creu y San Pau” de Barcelona indican con subrayado (subrayado que no sabemos si consta en el informe original o se ha añadido con posterioridad), que no se practica exploración de la médula espinal. Vuelvo a insistir en el hecho de que el niño en su presentación no tenía ningún síntoma ni signo que pudiera orientar un diagnóstico hacia una lesión de la médula espinal, y asimismo, vuelvo a repetir

que la causa de una hidrocefalia por un tumor intramedular es una rareza de la Literatura Médica. La RMN es una exploración que requiere un largo tiempo de estudio, cosa que los niños toleran mal, precisando con frecuencia de sedación. El estudio de toda la médula espinal de un niño probablemente requiere fuerte sedación e incluso anestesia. Además, en ningún protocolo de estudio de hidrocefalia se incluye la RMN de la médula espinal como exploración sistemática o rutinaria.

Referente al párrafo en que se menciona deficientísima actitud asistencial, quisiéramos destacar que dada la relación de conocimiento personal (por tener la familia del niño varios allegados que trabajan en este hospital, a saber: un médico y una enfermera con los que mantengo excelentes relaciones), el trato, la preocupación, y los cuidados que se le practicaron a este niño fueron totalmente exquisitos. Los padres saben perfectamente que en varias ocasiones acudían sin cita previa y eran atendidos con total corrección y amabilidad. Referente también al apartado 4º en el que se refiere a la diseminación de la tumoración, hay que señalar que la diseminación de un proceso intramedular por la vía del líquido cefalorraquídeo, especialmente en el caso de un astrocitoma de bajo grado, es igualmente una complicación totalmente excepcional, y es referenciada en la literatura médica como tal complicación excepcional.

[...] los Servicios Sanitarios adecuaron su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad. El realizar exploraciones sin una indicación médica clara va justamente en contra de estos principios. Pero además, en este niño, como ya hemos señalado, no se escatimó ningún medio diagnóstico, tanto de forma programada como de forma urgente. Fue atendido tantas veces como vino a la consulta o a urgencias, y se le realizaron de manera exhaustiva historia y exploración clínica amplias. Que sepamos, además, no existe ningún protocolo en el que se indique que ante la presencia de una hidrocefalia, que es una enfermedad craneal, haya que realizar un estudio exhaustivo de toda la médula espinal de forma rutinaria o sistemática, en ausencia de indicios razonables de afectación raquímedular”.

El informe alcanza las siguientes conclusiones:

“1. La presentación de un tumor intramedular con hidrocefalia, como primera manifestación de un tumor espinal, es una entidad totalmente excepcional, siendo escasos los casos publicados en la literatura médica de la especialidad. En la experiencia del firmante, con más de mil intervenciones realizadas a niños con hidrocefalia, dicha eventualidad solo se ha presentado en un caso, además del niño x..

2. El astrocitoma de bajo grado es un tumor histológicamente benigno, y por definición no metastatiza ni se disemina por el líquido cefalorraquídeo, al menos en sus formas iniciales, es decir hasta que no pasan muchos años desde el inicio del cuadro (aún así, excepcionalmente).

3. La evolución de los astrocitomas intramedulares es progresiva, llevando al paciente a la muerte, en el transcurso de varios años, casi siempre por complicaciones respiratorias o infecciosas, que se asocian a la paraplejía o tetraplejía que acaban produciendo. Dada su localización, dentro de la médula, y su carácter infiltrativo, son imposibles de extirpar en su totalidad. El astrocitoma de bajo grado (benigno histológicamente) es, pues, en ciertas localizaciones maligno, porque es inextirpable. Por otra parte los tratamientos coadyuvantes, como la radioterapia y la quimioterapia, son de eficacia nula o dudosa en cuanto a la detención de la progresión de estos tumores.

4. *Decididamente, se trata de un caso desdichado, en el que se han producido, de manera extraordinariamente rara, una presentación excepcional, -con hidrocefalia-, de un tumor medular; y en el que ha ocurrido una diseminación de un tumor de bajo grado de malignidad por el líquido cefalorraquídeo. Ambos hechos constituyen rarezas que cuando suceden merecen todavía su publicación en la bibliografía de la especialidad*".

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, se emite el 27 de julio de 2007, con las siguientes conclusiones:

"En el estudio de la historia clínica, se comprueba que el niño..., fue atendido con celeridad y diligencia, en las múltiples ocasiones en las que acudió al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, desde la primera ocasión en la que fue visto en Urgencias el día 19/11/00. En todo momento se le pidieron las exploraciones consideradas oportunas, para los síntomas que presentaba, y según manifiesta el Dr. x., no se le pide una RMN de médula espinal hasta el 14/01/02, "...primera vez que apreció una falta de fuerza en el brazo izquierdo".

La intervención quirúrgica realizada en marzo de 2001, con la colocación de una válvula programable para descompresión intracraneal, era necesaria para solucionar la hidrocefalia, facilitando el drenaje del líquido cefalorraquídeo.

Se realizaron estudios para localizar la etiología de la hidrocefalia, realizándose diagnóstico diferencial con otros cuadros, como el síndrome de Dandy-Walker, que se informaba como posible en el TAC que se realiza el 27/02/01.

El síntoma que presentó inicialmente, la hidrocefalia, es rarísimo como primera manifestación de un tumor intramedular. Tampoco en ningún protocolo de estudio de hidrocefalia, se incluye la RMN de la médula espinal como exploración sistemática o rutinaria. Posteriormente los estudios, se dirigieron en función de los síntomas que presentaba.

El pronóstico de los astrocitomas intramedulares es infausto y llevan al paciente a la muerte en el transcurso de varios años, ya que dada su localización, dentro de la médula, y su carácter infiltrativo, son imposibles de extirpar en su totalidad.

Por todo lo expuesto anteriormente, se propone la desestimación de la presente reclamación indemnizatoria".

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, la compañía aseguradora del SMS aporta dictamen médico elaborado por dos Especialistas en Neurocirugía, cuyas conclusiones son las siguientes:

1. *"El diagnóstico de Hidrocefalia comunicante del paciente fue realizado de forma correcta así como su tratamiento quirúrgico.*
2. *La realización de un estudio de RM de columna en un paciente pediátrico con síntomas exclusivamente derivados de su Hidrocefalia, no está indicada de forma rutinaria.*
3. *La asociación de una Hidrocefalia como manifestación exclusiva de un tumor medular es excepcional y por ello es normal que en este caso se haya demorado el diagnóstico hasta la aparición de síntomas neurológicos de la afectación medular.*
4. *La sintomatología de este caso fue inespecífica, después de la implantación de la válvula, y no permitió la sospecha de la tumoración medular. Este tipo de evolución*

insidiosa es habitual y así se describe en la literatura médica realizada por los mayores expertos en la materia.

5. *Una vez realizado el diagnóstico, la actuación de una toma de biopsia quirúrgica fue totalmente correcta, pues en un tumor medular con diseminación leptomeningea no es posible una extirpación completa curativa.*
6. *El retraso diagnóstico no determinó una progresión del tumor hacia un estadio de intratabilidad. Desde el inicio de la Hidrocefalia el tumor era intratable por su histología, localización y diseminación leptomeningea”.*

SEXTO.- Según consta en el expediente, los reclamantes interponen recurso contencioso-administrativo ante la Sala de idéntico orden, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que se sigue con el número de Procedimiento Ordinario 412/2004, en el que por auto de 12 de julio de 2006, se declara la caducidad del recurso, como consecuencia de la no presentación de la demanda en el plazo establecido al efecto.

SÉPTIMO.- Con fecha 24 de enero de 2007, los reclamantes presentan escrito de alegaciones que, además de ratificarse en lo indicado en su escrito inicial, insiste en la sucesión de asistencias médicas que concluían con diagnósticos inespecíficos y que eran incapaces de filiar el origen de los síntomas del niño, a pesar de lo cual no se decide practicar la RMN de médula hasta que ya es muy tarde. Apoyan sus alegaciones en informe médico elaborado por un especialista en Medicina Interna, para quien a lo largo de toda la asistencia prestada en el HUVA se fue perdiendo tiempo, primero en el diagnóstico de la enfermedad (por falta de suficiente índice de sospecha en los facultativos, por derivaciones indebidas y por excesivas demoras en las revisiones pautadas), y luego en su tratamiento.

El escrito de alegaciones efectúa, además, un análisis crítico de los informes del neurocirujano responsable del tratamiento, de la Inspección Médica y del aportado por la aseguradora. Insisten los reclamantes en que se dejó sin filiar el origen de la hidrocefalia durante 10 meses, cuando lo procedente habría sido realizar un estudio medular una vez descartada una etiología intracraneal de la hidrocefalia.

Se alega, asimismo, la ausencia de consentimiento informado para la intervención de laminotomía C5-C7 y laminectomía en D1, realizada el 16 de enero de 2002.

Concluyen su escrito solicitando una indemnización de 220.000 euros, por los siguientes conceptos:

- a) 100.000 euros por la pérdida de oportunidad del tratamiento del menor, con resultado de muerte.
- b) 60.000 euros por daño moral distinto al anterior ocasionado por los continuos reproches reflejados en la historia clínica acerca de la sobreprotección familiar y sobre la salud mental del niño.
- c) 60.000 euros por el daño moral causado por la falta de información y la primera negativa a consultar con otro centro especializado en niños.

OCTAVO.- Solicitado informe complementario a la Inspección Médica sobre las consideraciones efectuadas en el informe pericial aportado por los reclamantes, se emite el 23 de mayo de 2008 ratificándose en su anterior informe.

NOVENO.- Conferido nuevo trámite de audiencia, los reclamantes presentan nuevas alegaciones insistiendo en la necesidad de haber realizado la RMN medular para filiar la causa de la hidrocefalia, adjuntando tres artículos científicos.

DÉCIMO.- El 1 de octubre de 2008, se recibe en el SMS oficio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, citando al neurocirujano, la neuropediatra y al neurólogo que trataron al niño en el HUVA, para que comparezcan en calidad de testigos en el Procedimiento Ordinario 412/2004, seguido a instancias de los reclamantes.

UNDÉCIMO.- Con fecha 5 de diciembre de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren en el supuesto los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 30 de diciembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación fue interpuesta por los padres, quienes sufren la pérdida del niño, lo que les confiere legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Asimismo, actúan en nombre y representación de su hija x., hermana del fallecido y menor de edad, según afirman en la reclamación, si bien tanto el parentesco como la minoría de edad de la niña quedan huérfanos de prueba en el expediente.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del centro sanitario en el que se produjo la atención a la que se imputa el daño.

2. La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que el fallecimiento del menor se produce el 21 de agosto de 2002 y la reclamación se presenta el 1 de abril de 2003.

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 las siguientes excepciones:

a) El plazo máximo para dictar y notificar la resolución ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

Esta circunstancia ha llevado a los reclamantes a interponer, ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, lo que no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso, convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestros Dictámenes núm. 72/06 y 102/08, entre otros.

En relación con las actuaciones judiciales, por auto de 12 de julio de 2006 se declara su caducidad, por no presentación en plazo de la demanda. No obstante, consta en el expediente una citación, de fecha 8 de octubre de 2008, a los doctores intervinientes en el proceso asistencial del menor, para prestar declaración en calidad de testigos en esas mismas actuaciones, de donde se infiere su continuación. La declaración testifical hubo de tener lugar el 27 de noviembre de 2008, sin que su resultado haya sido incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico.

b) La propuesta de resolución no se pronuncia, como debiera, acerca de dos extremos incorporados por los interesados en el trámite de audiencia, como es la pretensión indemnizatoria referida a los daños morales derivados de las consideraciones médicas relativas a la salud mental del niño y la actitud sobreprotectora de la madre, de un lado y, de otro, por la ausencia de prestación del consentimiento informado con ocasión de la intervención realizada al pequeño en enero de 2002.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial por actuaciones asistenciales-sanitarias. Requisitos.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, en tanto que existirá o no con independencia de cualquier elemento culpabilístico de los agentes de la Administración, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

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

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

Para los reclamantes, la inadecuada asistencia sanitaria prestada a su familiar deriva del tardío diagnóstico de la enfermedad que le aquejaba, el consiguiente retraso en la instauración de un tratamiento adecuado y la consiguiente pérdida de oportunidades de alargar su vida o, incluso, de curación.

I. El diagnóstico tardío del tumor intramedular.

Según la reclamación inicial y las alegaciones formuladas por los actores en los dos trámites de audiencia conferidos, ante la ausencia de patología cerebral debió practicarse un estudio más completo, mediante exploración con resonancia magnética cervical, y no dejar a un niño con una hidrocefalia diagnosticada, aunque sin filiar, durante meses. Para los reclamantes, el retraso en el diagnóstico determinó la diseminación del tumor y la pérdida de oportunidades de supervivencia del niño.

Así pues, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, bien por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la

verdadera naturaleza de la enfermedad, o bien por ser los médicos que atendieron al niño incapaces de acertar el diagnóstico con las pruebas practicadas. A la luz de tales argumentos, cabe recordar que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados o de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas, cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”, como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o daño producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar.

La valoración de dicha actuación y en qué medida en las numerosas ocasiones en que los padres del niño demandaron asistencia médica antes del 3 de enero de 2002 —fecha en la que se realiza la resonancia magnética cervical que permite orientar el diagnóstico hacia el tumor medular—, podía ya haberse identificado la verdadera etiología de la dolencia que presentaba el paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la más precoz realización de dicha resonancia, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina.

Consta en el expediente un informe pericial de parte, unido al procedimiento por los reclamantes, que, en lo referente al diagnóstico de la enfermedad del niño, afirma que se trata de una enfermedad rara, lo que aunque dificulta su diagnóstico no lo imposibilita, considerando que, entre los facultativos que atendieron al niño en el HUYA, faltó el suficiente índice de sospecha acerca de qué enfermedad se podía tratar. Se enumeran a continuación los episodios en los que el médico informante identifica los posibles retrasos, con las valoraciones técnicas respecto a cada uno de ellos que existen en el expediente:

1. Se tardó en diagnosticar la hidrocefalia, pues hubo de hacerlo el Pediatra de zona (el 27 de febrero de 2001), porque en la primera consulta de Neuropediatría (alrededor de mes y medio antes, el 19 de enero de 2001) “*no se había sido capaz de hacerlo*” remitiendo al niño al Centro de Salud Mental. De esta afirmación, cabe inferir que el perito considera que ya en esa primera ocasión debía haberse diagnosticado la hidrocefalia. No obstante, esta conclusión no se desarrolla, en el sentido de justificar que los síntomas que presentaba el niño ya indicaban de forma necesaria la realización del TAC o que fueran signos específicos de hidrocefalia.

La Inspección Médica, en informe complementario solicitado por la instructora acerca de la pericia aportada por los reclamantes, sostiene, sin embargo, que la remisión del niño a Salud Mental estaba justificada ante el trastorno de conducta que presentaba el niño y una vez descartada patología neurológica. Además, la realización de la TAC por el Pediatra se justifica ante la persistencia de las cefaleas, las cuales, cuando consulta en Neuropediatría por primera vez, sólo acaecían de forma ocasional. Este cambio en la sintomatología es lo que lleva a la práctica de la TAC, orientando el diagnóstico de hidrocefalia.

2. Cuando el niño es operado para implantarle la derivación ventrículo peritoneal, es citado para revisión 70 días más tarde, y ello a pesar de que en el postoperatorio continuaba con los vómitos y cefaleas. Considera el perito de los reclamantes que esta revisión es demasiado tardía para un paciente diagnosticado de hidrocefalia comunicante cuya causa se desconocía y con persistencia de los síntomas. Afirma, además, que este postoperatorio podría considerarse “normal” si se hubiera conocido la causa de la hidrocefalia.

Admite la Inspección que era demasiado tardía la revisión pautada, toda vez que lo normal es citar a revisión de la cirugía derivativa en el plazo de un mes. No obstante, comoquiera que el paciente acude a Urgencias el 17 de abril de 2001, antes de transcurrido un mes desde el alta tras la cirugía (23 de marzo), practicándole una TAC que muestra normalización o incluso disminución del tamaño ventricular, ninguna incidencia tuvo esa demora en la cita en la evolución de la enfermedad. En el informe correspondiente a esa consulta en Urgencias, se hace constar expresamente que el paciente no tiene cefalea.

3. Una vez diagnosticada la hidrocefalia se tardó en encontrar su causa. Manifiesta el perito de los actores que inicialmente, durante el ingreso del niño en Pediatría (junio de 2001), se pensó en una causa vascular de las cefaleas, pautando Sibelium y remitiendo el paciente

a Salud Mental para seguir pauta psicoterápica. En este ingreso tampoco se le hizo RMN medular, sino sólo craneal. Sin estar el niño curado, se le cita para revisión en Neurología seis meses más tarde. Esta revisión, según la pericial unida al procedimiento a instancias de los padres, es demasiado tardía para un caso no diagnosticado y en actividad.

En relación con la tardanza en encontrar la causa de la hidrocefalia, los peritos de la aseguradora del SMS apuntan que en pacientes en edad pediátrica son muy frecuentes las hidrocefalias que no pueden llegar a filiarse con certeza, pues existen malformaciones congénitas de pequeño grado o bien antecedentes de infección meníngea vírica o bacteriana de carácter subclínico, que pueden conducir de forma progresiva a un déficit de absorción del LCR. Por ello, consideran adecuada la cirugía practicada para tratar la hidrocefalia, sin realizar estudios exhaustivos de todo el canal espinal. Tras la intervención, el niño mejoró de su cefalea (el 17 de abril, cuando acude a Urgencias, no la tiene), pero permaneció con vómitos de repetición, sin otra sintomatología neurológica, por lo que se remite para exploración por otros servicios. Apuntan los peritos, en este sentido, que en los tumores medulares infantiles es muy posible que el diagnóstico se retrase meses o años, debido a que los síntomas suelen ser lentamente progresivos, con aparición y desaparición de los mismos en la fase inicial. Con frecuencia, tales síntomas no son específicos (alteración de fuerza o sensibilidad), sino que pueden consistir en dolor difuso torácico o abdominal, acompañado de síntomas gastrointestinales, por lo que suelen ser evaluados inicialmente por los Servicios de Pediatría y Digestivo, como ocurrió en este caso. Sólo cuando aparecen síntomas neurológicos como pérdida de fuerza o sensibilidad en un miembro está indicada la práctica de RMN.

La Inspección, por su parte, sostiene, con el Neurocirujano que trató al menor, que *“en ningún protocolo de estudio de hidrocefalia se incluye la RMN de la espina como exploración sistemática o rutinaria”* y que, con base en la historia clínica, el niño fue atendido con celeridad y diligencia en las múltiples ocasiones en las que acudió al HUCA. En su informe inicial, la Inspección concluye que en todo momento se practicaron las exploraciones consideradas oportunas, para los síntomas que presentaba. Por ello, no se le pide RMN de médula espinal hasta los primeros días de enero de 2002, cuando se constata una falta de fuerza en el brazo izquierdo. Dado el carácter excepcional que en la literatura médica se atribuye a la hidrocefalia como primer síntoma de un tumor intramedular y dado que dicha exploración medular no está contemplada en los protocolos de actuación de estudio de la hidrocefalia, inicialmente no se practica, llevándose a cabo después, cuando los síntomas ya apuntan a la localización medular de la lesión.

En este sentido, el informe de los peritos de la aseguradora del SMS indica que *“ante una Hidrocefalia comunicante sin ningún síntoma neurológico focal asociado, la posibilidad de coexistencia de un tumor espinal intramedular es extremadamente baja”*, afirmando que de los datos ofrecidos por la literatura médica, esa relación en los niños sólo se ha constatado en 67 casos entre “decenas de miles”.

De lo expuesto se desprende que la RMN cervical no estaba indicada hasta el momento en que se detecta un síntoma específico de lesión medular, como es la pérdida de fuerza en el brazo izquierdo del menor, momento en el que se le practica.

Nada se dice en los informes obrantes en el expediente que justifique la tardanza en citar para revisión por Neurología, más allá de las inespecíficas consideraciones de la Inspección Médica acerca de la atención continuada y diligente prestada al niño en todo momento.

No obstante, la historia clínica demuestra que entre el 19 de junio de 2001, fecha en la que el niño es dado de alta por el Servicio de Pediatría y remitido a Salud Mental y el 9 de noviembre de 2001 (primera de las citas en Neurología), hay otra actuación médica, pues el 20 de septiembre es visto en Neurocirugía, con una franca mejoría que lleva a reducir la dosis del medicamento pautado para las cefaleas (Sibelium), y con exploración neurológica normal. Por otra parte, en la hoja de observaciones del curso clínico, efectuada con ocasión de la revisión que pasa el menor en Consultas Externas de Neurología el 9 de noviembre de 2001, se hace constar, que tras el tratamiento con Sibelium, mejora *“la sintomatología/vómitos a partir de agosto, llegando a una completa desaparición de dichas alteraciones. A partir de octubre y en 5 ocasiones hasta el momento actual, ha presentado episodios caracterizados por sensación de dolor frontal que en un período breve de tiempo se acompaña de vómitos, para seguirse a continuación de sueño profundo, despertándose recuperado (...) junto a todo ello se relata una mejoría en el comportamiento, está menos huraño, más sociable, estando mucho más adaptado en el Colegio”*. Se cita para revisión en 6 meses. Puede concluirse, por tanto, que la tardanza en citar para revisión en Neurología no impidió que se continuara la atención médica al menor, que presentó una cierta mejoría en el verano de 2001.

En esta consulta de Neurología, de 9 de noviembre de 2001, es cuando por primera vez se alude a la falta de fuerza en el brazo izquierdo del paciente. La hoja de observaciones del curso clínico permite constatar que el síntoma inicialmente es advertido por la madre, para quien el miembro superior *“está más delgado y blando”*, quien lo comunica al Neurólogo, el cual, tras examinar al niño, no encuentra diferencias significativas.

La falta de constatación por el facultativo de la apreciación materna determina que no pueda considerarse presente, ya en este momento, el síntoma de focalidad neurológica que habría indicado la realización de la RMN cervical.

4. Ineficacia de las revisiones en Neurología para diagnosticar el tumor y retraso de más de 6 meses en citar para revisión. No desarrolla el perito de los reclamantes estos episodios, que expresamente califica como errores que han conducido a la falta de obtención del diagnóstico. Una vez más no queda justificado que en atención a los síntomas y a la evolución que presentaba el niño en esas fechas debiera haberse identificado ya el origen medular de la hidrocefalia. Tampoco la Inspección Médica advierte en la actuación del indicado servicio nada anormal.

5. En la visita a Urgencias del HUVA de 19 de diciembre de 2001, el perito afirma que no se actuó correctamente al diagnosticarlo como cefalea inespecífica, ya que *“cualquier persona razonable pensaría que una cefalea que cursa con pérdida de fuerza o claudicación del brazo izquierdo no es una cefalea inespecífica”*. Sobre esta manifestación, la Inspección Médica únicamente indica que el 4 de enero de 2002 fue visto por el Neurocirujano, que decidió realizar la RMN de columna, lo cual no parece suficiente para combatir la afirmación del perito de las partes relativa a que la decisión del facultativo de Urgencias que atendió al niño, de remitirlo a casa con un tratamiento meramente sintomático, era errónea.

En efecto, en este momento ya se evidencia ese síntoma de focalidad neurológica al que los diversos informes obrantes en el expediente anudan la indicación del estudio de neuroimagen de la espina: la pérdida de fuerza del brazo. Sin embargo, al niño no se le realiza inmediatamente la referida prueba ni se programa su realización, sino que se le envía a casa con un diagnóstico de cefalea inespecífica. Cabe considerar que, en este concreto aspecto, se produjo una quiebra de la *lex artis*.

Según se desprende del relato fáctico contenido en la reclamación, no discutido en este extremo por la Administración, fue la insistencia de los padres lo que hizo que el Neurocirujano responsable de la asistencia del niño solicitara ese mismo día la realización de la RMN, por lo que la inadecuada actuación en el Servicio de Urgencias en nada influyó en el retraso en diagnosticar el tumor, dado que la prueba necesaria para ello se prescribió ese mismo día.

6. La RMN fue realizada el 3 de enero de 2002, a la luz de cuyos resultados el Neurocirujano responsable decide efectuar una intervención quirúrgica (llevada a cabo el 16 de enero), en la que se toman 5 muestras para biopsia. Según el perito de los reclamantes, dicha biopsia tampoco fue concluyente para diagnosticar la enfermedad del niño, bien porque la toma no fuera de la zona afectada por el tumor, bien porque aquéllas no fueron correctamente identificadas como un astrocitoma de bajo grado. Todo lo cual redundaba en un nuevo retraso en el diagnóstico.

Para la Inspección Médica, sin embargo, la causa de que la biopsia no permitiera confirmar el diagnóstico del tumor se debió a las características propias de los astrocitomas, los cuales pueden tener diferentes grados en distintas regiones del tumor, de forma que la muestra obtenida puede no ser representativa de la totalidad de éste.

De lo hasta aquí analizado puede concluirse que el retraso en el diagnóstico de la tumoración medular que afectaba al niño, si bien existió, no puede afirmarse que respondiera a una actuación médica contraria a la *lex artis*, toda vez que las pruebas realizadas en cada momento del proceso respondían a los síntomas que iba presentando el paciente. Bien es cierto que, en el episodio acaecido tras consultar de urgencia el 19 de diciembre de 2001, no fue técnicamente correcta el alta a domicilio del niño, pues ya estaba presente uno de los síntomas (pérdida de fuerza en el brazo izquierdo) que permitieron orientar el diagnóstico hacia el proceso expansivo intramedular. No obstante, dicha actuación, contraria a los dictados de la ciencia médica, no tuvo incidencia alguna en el retraso en diagnosticar el tumor, toda vez que el expediente demuestra que ese mismo día y como consecuencia del tesón de los padres, el Neurocirujano responsable prescribió la prueba indebidamente omitida por el facultativo que atendió al paciente en Urgencias.

II. El retraso en la instauración del tratamiento adecuado.

Para los reclamantes, ya desde la primera RMN cervical podía establecerse el diagnóstico de astrocitoma o ependimoma, sin perjuicio de su posterior confirmación por biopsia. Del mismo modo, la RMN cervical practicada el 14 marzo de 2002 informa textualmente de astrocitoma, como también lo hace el informe del especialista del Hospital La Paz de Madrid (el 25 de marzo), que indica la conveniencia de consultar con Oncología. A pesar de ello, sigue sin pautarse tratamiento alguno del astrocitoma, recomendando el Neurocirujano responsable una actitud expectante, lo que lleva a los padres a consultar con otro hospital, donde se confirma la enfermedad y se comienza su tratamiento.

El informe del Neurocirujano afirma, por el contrario, que tras volver de Madrid los interesados les presentó dos alternativas. De un lado, la que él consideraba más prudente, que era esperar y observar la evolución clínica del paciente; de otro, reintervenir, con los riesgos que ello conllevaba dada la localización del tumor en la zona alta de la médula, con posibilidad de causar tetraplegia y parálisis respiratoria.

Esta versión del facultativo responsable del tratamiento no puede ser contrastada en la historia clínica, que no contiene reflejo documental alguno de esa consulta de fecha 26 de marzo de 2002.

En cualquier caso, ni la Inspección Médica ni el informe pericial aportado por la compañía aseguradora del SMS se detienen en analizar, ni justificar, la ausencia de tratamiento del astrocitoma detectado por las sucesivas resonancias magnéticas medulares practicadas en enero y marzo de 2002.

Por el contrario, el perito de los demandantes sí destaca la no instauración de dicho tratamiento tras la visita al Jefe de Servicio de Neurología Pediátrica del Hospital “La Paz” de Madrid, en palabras del neurocirujano que trataba al niño *“el mejor hospital infantil de España”*. El citado neurólogo expone en el informe que remite al facultativo responsable del tratamiento que *“debe ponerse en contacto con un Servicio de Oncología. Probablemente habrá de aplicarle quimioterapia y quizá radioterapia espinal e intracraneal, pero eso debe decidirlo el Oncólogo”*.

Del mismo modo, cuando el niño es tratado en Barcelona, sólo una semana después de haber considerado el facultativo responsable que lo procedente es esperar a ver la evolución clínica, se le reinterviene, se le extirpa parcialmente el tumor y se programa para radioterapia.

Así pues, el especialista del Hospital “La Paz” de Madrid, el equipo médico del Hospital de la Santa Creu y Sant Pau de Barcelona y el perito de los reclamantes consideran que es preciso actuar y pautar un tratamiento para el astrocitoma, frente a la opinión del facultativo responsable que adopta una actitud meramente expectante, la cual no ha sido objeto de consideración por los informes de la Inspección Médica y de los peritos de la compañía aseguradora, que guardan silencio acerca de dicho extremo.

La valoración conjunta de estas circunstancias lleva al Consejo Jurídico a considerar que pudo existir una quiebra de la *lex artis*, al retrasar el inicio del tratamiento del astrocitoma. No obstante, la determinación del momento en que aquél debió iniciarse no es sencilla.

Si bien el perito de los reclamantes considera que el tratamiento del tumor debió realizarse meses antes del momento en que se inició, en la medida en que su diagnóstico debió alcanzarse, igualmente, de forma mucho más precoz, lo cierto es que de lo expuesto en las consideraciones precedentes, se ha concluido que no existió un retraso diagnóstico contrario a la *lex artis*, por lo que la no instauración del tratamiento hasta su diagnóstico tampoco puede considerarse contraria a normopraxis.

Ahora bien, una vez realizadas las RMN cervicales que claramente sugerían la presencia de un astrocitoma, que parecía estar creciendo y diseminándose por el cerebro (en el informe del Jefe de Servicio de Neurología Pediátrica del Hospital “La Paz” se manifiesta una evolución de la lesión: *“se observa que el tumor espinal ha podido crecer algo y que existen imágenes aracnoideas sospechosas de corresponder a pequeñas siembras (supra e infratentoriales)”*), la opinión del Neurólogo del hospital madrileño es claramente expresiva de la necesidad de instaurar un tratamiento inmediato, incluso antes de la confirmación histológica del diagnóstico. En el mismo sentido apunta la propia actuación del equipo que atendió al niño en el Hospital de la Santa Creu y Sant Pau de Barcelona.

En consecuencia, una vez que en marzo de 2002 se confirma la existencia del tumor y su posible crecimiento y diseminación, debió pautarse el tratamiento adecuado.

Dicho tratamiento se inicia con el ingreso del niño en el hospital barcelonés el 4 de abril, donde se le practica una extirpación subtotal del tumor, que histológicamente es cali-

ficado como astrocitoma de bajo grado. Tras el alta, el 12 de abril, el niño queda pendiente de simulación de radioterapia.

Que el tratamiento diera comienzo como consecuencia de la desconfianza de los padres en la orientación terapéutica aconsejada por el neurocirujano responsable del tratamiento no es óbice para considerar que el niño recibió finalmente la asistencia que precisaba del sistema público de salud (el hospital barcelonés al que acudieron se encuentra incluido en la “Red Hospitalaria de Utilización Pública” de Cataluña), si bien con un cierto retraso.

La incidencia que este retraso en aplicar el tratamiento pudo tener en los resultados esperables del mismo no ha sido debidamente acreditada por los reclamantes, pues el informe médico que aportan al procedimiento se limita a señalar que existió una pérdida “teórica” de oportunidades, que justifica sobre el siguiente argumento: *“tal vez en este caso, si se hubiera realizado antes la extirpación quirúrgica se hubiera podido hacer después radioterapia e incluso quimioterapia, consiguiendo así prolongar algo más la supervivencia”*. Al margen del carácter meramente hipotético de dicha afirmación, lo cierto es que el mismo perito comienza su exposición manifestando que la cuestión acerca de si el retraso en el diagnóstico y tratamiento de esta enfermedad afectan significativamente a su evolución *“es un tema aún controvertido y sometido a debate”*, pues la rareza de la enfermedad ha impedido contar con un mayor número de casos estudiados controlados. En cualquier caso, su tasa de supervivencia es muy escasa.

En el indicado informe se manifiesta, asimismo, que este tipo de tumores, por su localización, sólo puede ser extirpado de forma incompleta, pautándose luego radioterapia e incluso quimioterapia, aunque admite que el papel de esta última está aún poco definido. Es importante resaltar, además, que las consideraciones del perito de los reclamantes vienen referidas a un eventual retraso diagnóstico de meses, que es la hipótesis que fundamenta el indicado informe y que en las consideraciones anteriores no se ha estimado contrario a normopraxis, no de los escasos 20 días que separan la realización de la RMN de 14 de marzo de 2002 y el inicio del tratamiento en Barcelona, el 4 de abril.

Por su parte, el informe unido al procedimiento por la compañía aseguradora coincide en afirmar la imposible resección total de este tipo de tumores, afirmando que el tratamiento con radioterapia no ha demostrado un aumento de la supervivencia. Tampoco el retraso en obtener el diagnóstico de la enfermedad ha incidido en su progresión, porque *“la tumoración ya era intratable desde el principio de la aparición de la hidrocefalia, al estar diseminada en el nivel leptomeníngeo, y además por su localización y naturaleza histológica, una extirpación completa de la misma nunca hubiera sido posible aun interviniéndose al principio de los síntomas”*.

Del mismo modo, la Inspección Médica afirma el carácter inextirpable de estos tumores, derivado de su localización medular y su carácter infiltrativo, y su pronóstico infausto.

En consecuencia, si bien el tratamiento para el astrocitoma debió iniciarse en la segunda quincena de marzo de 2002, no haciéndolo hasta el 4 de abril, este retraso de días no puede considerarse acreditado que tuviera una influencia negativa en la evolución de la enfermedad ni en el desgraciado fallecimiento del niño, por lo que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento, en este caso anormal, de los servicios sanitarios públicos y la pérdida de oportunidades de curación o supervivencia por la que se reclama.

No obstante, la existencia de concretas actuaciones contrarias a normopraxis, como son el alta en urgencias el día 19 de diciembre de 2001 y el retraso en pautar el tratamiento,

cuya nula incidencia en la salud del niño se debe a la combativa actitud de sus progenitores, permite apreciar un daño moral (*pretium doloris*) derivado de la natural zozobra e inquietud que, para unos padres que conocen la presencia de masas cancerígenas en la médula espinal de su hijo, supone la demora en recibir el tratamiento adecuado.

QUINTA.- De los daños morales esgrimidos en el trámite de audiencia.

Con ocasión del trámite de audiencia, los reclamantes modifican su pretensión indemnizatoria, pues junto a la pérdida de oportunidades como daño principal por el que se reclama, se incorporan otros dos, como son los daños morales derivados de las consideraciones médicas que salpican el expediente en relación con la salud mental del niño y la actitud sobreprotectora de la madre, de un lado y, de otro, por la ausencia de prestación del consentimiento informado con ocasión de la intervención realizada al pequeño en enero de 2002.

a) Daño moral derivado de los reproches efectuados acerca de una supuesta sobreprotección de la madre hacia su hijo y sobre la salud mental de éste.

Al folio 325 del expediente, los reclamantes señalan que tuvieron que soportar que se les tratase a ellos y a su hijo como “desequilibrados” e “histéricos”, transcribiendo a continuación un extracto de la hoja de evolución clínica redactada por el neurólogo que atendió al niño el 9 de noviembre de 2001, en el que parecen basar su imputación: *“mal colaborador, huraño y desafiante, pero acaba colaborando con paciencia. Gran dependencia hijo-madre (en ambos sentidos, con ansiedad materna muy evidente)”*.

Del párrafo transcrito únicamente se desprenden unas observaciones acerca de la conducta del niño durante la exploración y una consideración acerca de la relación materno-filial que, en absoluto, pueden ser objetivamente consideradas como un reproche, ni mucho menos ofensivas, sin perjuicio de la apreciación subjetiva que de las mismas se hiciera por los padres, atendida la natural situación de angustia y zozobra en que se encontraban ante la deteriorada salud de su hijo.

b) Ausencia de documento de consentimiento informado con ocasión de la intervención a que se sometió el niño el 16 de enero de 2002.

Al folio 318 vuelto del expediente administrativo, los interesados afirman que no existe documento de consentimiento informado para dicha intervención, limitándose en las páginas 327 y 328 a efectuar unas consideraciones de carácter general acerca del derecho a la información de los pacientes, pero sin precisar o concretar la imputación de la falta de información más allá de la ausencia en el expediente del citado documento.

Sin embargo, al folio 215 sí consta una autodenominada *“autorización para intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos cruentos”*, de fecha 15 de enero de 2002, firmado por la madre del paciente y el neurocirujano que luego practicaría la intervención, en el que se explicitan tanto la intervención a realizar como las complicaciones que ésta puede tener. El documento, asimismo, hace constar que el paciente o persona autorizada ha dado su consentimiento para la exploración o intervención quirúrgica y que no desea otra aclaración.

Al margen de las deficiencias que el documento tipo de consentimiento informado puede contener y la escasa eficacia de las manifestaciones genéricas en ellos contenidos para acreditar la efectiva cumplimentación del deber de informar a los pacientes, en el supuesto sometido a consulta cabe entender que la información prestada a los padres del niño fue suficiente para comprender la trascendencia de la intervención, los riesgos a los que se en-

frentaba, los resultados esperables y las alternativas de tratamiento existentes, no ya porque así conste expresamente afirmado en el documento firmado por la hoy reclamante, sino también, y sobre todo, porque la misma historia clínica ofrece datos que permiten entender que la relación dialogística padres-médico -cuya ausencia en un proceso de enfermedad tan largo y doloroso como el presente resulta poco menos que inverosímil- fue suficiente para entender salvaguardado el derecho a la información de que aquéllos eran titulares.

En este sentido, al folio 179 del expediente, en la hoja de observaciones acerca del curso clínico correspondientes a la fecha de ingreso del niño, dos días antes de la intervención, se consigna la anotación “*se habla con los padres*”. Un día después, la víspera de la intervención, se hace constar expresamente “*explico los riesgos de la operación a la madre, comprenden los (ilegible), los aceptan*”.

Procede, en consecuencia, concluir que no ha quedado acreditada la relación causal entre los daños morales, que los interesados incorporaron a su pretensión indemnizatoria con ocasión del trámite de audiencia, y las actuaciones y omisiones del servicio asistencial a las que los imputan.

SEXTA.- Cuantía de la indemnización.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea.

En su ausencia, dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, su valoración económica aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico.

Es básico, para apreciar la existencia de daños morales indemnizables, que los mismos produzcan una afectación moral indudable, cuyo alcance no es fácilmente determinable, pues influyen muchas circunstancias de índole subjetiva que pueden llevar a un grado mayor o menor de afectación. En el presente supuesto, partimos de que el retraso en administrar el tratamiento adecuado generó un daño moral, derivado de la incertidumbre y zozobra que produjo a los reclamantes la situación clínica de su hijo, de acuerdo con lo expresado en la Consideración Cuarta.

Su cuantificación ha de hacerse mediante presupuestos genéricos, al no existir, a diferencia de los daños personales, lesiones o secuelas, baremos a los que seguir, al menos como referencia.

Pues bien, en el presente caso, el Consejo Jurídico considera que la cantidad valorada por el daño moral en otros dictámenes (3.000 euros), no parece admisible en el presente en términos de equidad, resultando insuficiente como cantidad global a resarcir. Y es que, aunque no se acreditan circunstancias que permitan ponderar la cantidad en función de otro tipo de razones subjetivas o familiares, lo cierto es que la gravedad de la patología que sufría el pequeño y el riesgo vital que, para el común de las personas, se asocia a los procesos cancerígenos, hacen muy verosímil que los reclamantes vivieran momentos de especial angustia ante su situación, agravada aquélla por la desconfianza en el equipo médico del hospital, derivada de la constatación de mala praxis en la indebida alta en el Servicio de Urgencias acaecida el 19 de diciembre de 2001.

En consecuencia, se estima adecuada como indemnización global la cantidad de 6.000 euros, conforme a cuantías similares establecidas por este Consejo Jurídico en casos que presentaban parecidas dificultades de valoración (por todos, Dictamen 35/2008 y 15/2009).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación, al apreciar el Consejo Jurídico la concurrencia de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en relación con el daño moral a que se refiere la Consideración Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización ha de ajustarse a lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 114/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la mercantil ---, S.L., como consecuencia de los daños sufridos por la no devolución de cantidades pendientes.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)

Fecha: 22/06/09

Extracto de Doctrina

Declarada la nulidad de una de las sanciones impuestas, los gastos ocasionados al interesado para avalar la suspensión de su abono deben serle resarcidos, en la parte de la deuda declarada improcedente, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la STS, Sala 3ª, de 4 de diciembre de 2008).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 9 de abril de 2008, x, en representación de la mercantil --, S.L., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública por los siguientes hechos, según describe:

A la mercantil reclamante se le impuso una sanción por la comisión de dos infracciones por Resolución del titular de la Dirección General de Trabajo de 22 de noviembre de 2002, confirmada por Orden de 2 de junio de 2005 de la Consejería de Trabajo, Consumo y Política Social; frente a esta última interpuso el correspondiente recurso Contencioso Administrativo ante el Juzgado núm. 3 de Murcia (Procedimiento Abreviado 699/2005).

En virtud del Auto del citado Juzgado de 25 de octubre de 2005, dictado en la pieza separada de suspensión, se dispuso la suspensión del acto administrativo objeto del recurso, siempre que la mercantil recurrente prestara aval ante la Administración demandada por el importe total reclamado.

Dicho aval expedido por la entidad crediticia x. a favor de la Consejería competente en materia de trabajo, por importe de 3.005,08 euros, se presentó ante la Dirección General de Trabajo el 5 de enero de 2006, a través del Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en Lorca (en lo sucesivo Ventanilla Única), si bien fue devuelto porque debía presentarse ante la Caja de Depósitos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, debiendo remitir el justificante de ingreso. Con fecha 23 de febrero de 2006 (sellado al día siguiente), a través del mismo Registro, presenta un escrito dirigido al Director de la Caja de Depósitos de la Consejería de Hacienda (sic), acompañando el aval bancario, según relata.

Continúa señalando que el 6 de abril de 2006 la mercantil recibió providencia de apremio por la que se solicitaba el pago de la sanción por importe de 3.305,59 euros, presentando escrito ante la Agencia Regional de Recaudación, justificando la presentación del aval, y solicitando el 21 de abril que se dejara sin efecto.

Del documento núm. 9 que acompaña se desprende que la mercantil realiza, en fecha 4 de julio de 2006, los ingresos de 3.005,08 euros, en concepto de principal y 468,34 euros, en concepto de intereses por ingreso fuera de plazo y, en fecha 27 de octubre de 2006, ingresa otras cantidades (132,68 euros y 137,32 euros), a través del sistema Questor.

Manifiesta el representante de la mercantil que por Sentencia núm. 495/06, de 16 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. Tres de Murcia, se estima parcialmente el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto, en el sentido de anular una de las sanciones impuestas (1.502,54 euros), declarándose ajustada a derecho la otra (1.502,54 euros). Por Orden de 22 de enero de 2007 de la Consejería de Trabajo y Política Social se dispone el cumplimiento de la citada Sentencia y, con posterioridad, también mediante Orden de la misma Consejería de 3 de mayo de 2007, se declara el derecho de la mercantil a la devolución de los ingresos indebidamente, en una suma total de 1.932,36 euros, siendo discutida tal cantidad por la mercantil, conforme al escrito de 8 de junio de 2007, en el que refiere que hay otras cantidades pendientes de devolución, ahora solicitadas en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Pese a que el representante de la mercantil ha solicitado en reiteradas ocasiones la devolución del aval a los dos departamentos implicados, indica que no han procedido a ello para su cancelación, careciendo de sentido la continuación del mismo desde la Sentencia recaída en el Procedimiento Abreviado 699/05.

Tras lo expuesto, manifiesta que se están pagando intereses y gastos por la constitución del aval, siendo necesaria su cancelación, por lo que existe un nexo causal entre la omisión de la Administración (no devuelve el aval bancario, embarga las cuentas cuando el aval fue presentado, y posteriormente no devuelve los ingresos indebidamente) y los perjuicios ocasionados a la mercantil.

En consecuencia, solicita la devolución de 370,71 euros, en concepto de recargo de apremio por ser improcedente, más los gastos bancarios generados hasta la fecha por la prestación del aval que no ha devuelto la Administración regional para su cancelación, que

ascienden a la cantidad de 117,17 euros, arrojando una cuantía indemnizatoria reclamada total de 487,88 euros.

Finalmente, acompaña los documentos que relaciona con los números 1 a 10, y propone prueba documental.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de abril de 2008, la titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública acuerda iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, estableciendo que corresponde a la Dirección General de Presupuestos y Finanzas la competencia, por razón de la materia, para su tramitación, siendo designada instructora el 9 de mayo de 2008 (folio 27), y notificado todo ello al representante de la mercantil.

TERCERO.- Mediante comunicación interior de 5 de junio de 2008, la instructora solicita de la Caja de Depósitos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM) copia de la documentación obrante en la misma, recibiendo un informe de la Asesora de Apoyo Jurídico, de 11 de junio de 2008, en el que señala que no consta a nombre de la mercantil reclamante garantía alguna depositada, conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 138/1999, de 28 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja de Depósitos de la CARM, en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 3 del citado Reglamento (folios 33 y 34).

CUARTO.- Solicitado también el expediente sancionador instruido a la mercantil por la Dirección General de Trabajo, es remitido por el Jefe de Servicio de Normas Laborales y Sanciones de dicho centro directivo (folios 42 a 160), en el que consta, entre otros, el siguiente oficio de 6 de julio de 2007 dirigido a la mercantil (folios 43 a 45), en contestación a su discrepancia sobre la devolución de los ingresos indebidos:

“Con relación a su escrito de 08/06/07 le significamos lo siguiente:

El Auto de suspensión dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 3 de Murcia tiene los efectos de suspender el procedimiento administrativo hasta que se dicte sentencia, siempre y cuando se haya ingresado aval bancario dentro de los 10 días siguientes a su notificación a la empresa.

Una vez recaída la sentencia la deuda vuelve al estado anterior al Auto de suspensión, contándose el tiempo transcurrido, incluido en el que la deuda estaba en suspenso, a efectos de recargos e intereses, si la suspensión se solicitó finalizado ya el periodo voluntario de pago, como ocurre en este caso.

Por ello recaída Sentencia y confirmada una de las sanciones impuestas, procede retrotraer la deuda al momento en que se acordó la suspensión; al estar en aquel momento ya iniciada la vía de apremio, procede imponer los intereses y recargos que son de aplicación, es por ello que la propuesta de devolución de ingreso se hace sólo por la mitad de los intereses abonados, al proceder el cobro del resto,

En cuanto a la devolución de los gastos de aval, tan sólo procedería devolver los correspondientes al importe de la sanción anulada. Por ello mediante la presente se le requiere para que aporte justificante de la entidad bancaria del importe de los gastos de prestación del aval correspondiente a 1.502,54 euros exclusivamente para proceder a su abono”.

Entre la documentación remitida figura:

— Escritos de la mercantil de 9 de febrero de 2007, dirigidos al Director de la Caja de Depósitos-Agencia Regional de Recaudación, solicitando la devolución del aval, y a la Consejería de Trabajo y Política Social (folios 63 y 64), solicitando el pago de las sanciones y sus recargos, así como los gastos originados por el aval.

— Escrito presentado por la mercantil ante la Agencia Regional de Recaudación el 21 de abril de 2006, solicitando que se deje sin efecto la providencia de apremio, al haberse presentado el aval correspondiente (folio 57).

— Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social, de 3 de mayo de 2007, por la que se reconoce el derecho de la mercantil a la devolución de las cantidades de 1.502,54 euros, en concepto de principal, 234,17 euros, en concepto de intereses por ingreso fuera de plazo, y 66,34 y 68,66 euros, en concepto de recargo, más los intereses de demora devengados al tipo de interés legal vigente, desde la fecha de los ingresos indebidos hasta la propuesta de pago, que suma un total de 1.932,36 euros (folios 49 y 50).

QUINTO.- A instancias de la instructora, con fecha 31 de julio de 2008 la Jefa de Sección de Coordinación Administrativa de la Agencia Regional de Recaudación emite informe, en el que expone:

“PRIMERO- En fecha 26/04/2006 tiene entrada en esta Agencia Regional de Recaudación, escrito remitido por x., en nombre y representación de la mercantil --, SL. exponiendo que, habiéndosele notificado documento de ingreso-providencia de apremio el 6/04/2006, el pasado 24/02/2008 presentó ante la ventanilla única de Lorca escrito en que aportaba documento acreditativo de aval bancario exigido en la pieza separada del procedimiento abreviado 699/2005 seguido ante el Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de Murcia.

Asimismo solicitaba que teniendo por presentado el citado aval ante la Caja General de Depósitos se dejara sin efecto la providencia de apremio anteriormente mencionada.

SEGUNDO- Examinada la información que consta en nuestra aplicación informática ARECA y habiendo tenido entrada en este Organismo la petición de suspensión del procedimiento en fecha 26/04/2006, sería procedente tanto el recargo del 20% como los intereses de demora devengados, ya que la providencia de apremio se notificó el 06/04/2006, el escrito solicitando la suspensión se presentó el 26/04/2006 y de acuerdo con el artículo 62.5 de la Ley General Tributaria, ley 58/2003 de 17 de diciembre, relativo al plazo para el pago establece que “Una vez iniciado el período ejecutivo y notificada la providencia de apremio, el pago de la deuda tributaria deberá efectuarse en los siguientes plazos:

Si la notificación de la providencia se realiza entre los días uno y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 de dicho mes o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

Si tomamos como referencia el 24/02/2006, fecha en la que la mercantil afirma que presentó el aval ante la ventanilla única de Lorca, le habría correspondido el recargo del 5% aplicado sobre el importe del principal de la deuda 3.005,08 euros y que ascendería a 150,25 euros. Asimismo tampoco le habrían correspondido intereses de demora por importe de 137,32 euros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.5 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, de la Ley General Tributaria, que establece: “El recargo de apremio ordinario es compatible con los intereses de demora. Cuando resulte exigible el recargo ejecutivo o el recargo de apremio reducido no se exigirán los intereses de demora devengados desde el inicio del período ejecutivo”.

No obstante y tras consultar el sistema QUESTOR, la Consejería de Trabajo y Política Social procedió a devolver a la mercantil, en fecha 03/05/2007, la cantidad de 1.932,36 euros.

TERCERO- En fecha 19/02/2007 tiene salida de esta Agencia Regional de Recaudación, escrito dirigido a la Consejería de Trabajo y Política Social remitiendo petición de devolución de aval, solicitada por x. en nombre y representación de la mercantil --, SL, por ser de su competencia al estar constituido dicho aval ante esa Consejería”.

SEXTO.- Con fecha 9 de septiembre de 2008 (registro de salida), la instructora del procedimiento solicita a la Ventanilla Única de Lorca que informe acerca de la remisión de la documentación presentada por la empresa dirigida a la Caja de Depósitos de la CARM, siendo cumplimentado por el Jefe de Servicio de Atención al Ciudadano el 18 de septiembre siguiente, en el sentido de acompañar los recibos que acreditan que la documentación presentada por el representante de la mercantil el 24 de febrero de 2006 fue remitida a la Secretaría General de la Consejería de Hacienda (sic), haciéndose constar en el extracto de su contenido lo siguiente (folio 178):

“Remito aval bancario para el expte. que se encuentra en caja de depósitos de la Consejería de Economía y Hacienda”.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia a la mercantil reclamante el 23 de septiembre de 2008 (recibido el 2 de octubre siguiente), no consta que presentara alegaciones.

OCTAVO.- Con posterioridad, el 18 de noviembre de 2008 se recibe informe del Jefe de Servicio de Normas Laborales y Sanciones de la Dirección General de Trabajo, de 5 de noviembre anterior, con el siguiente contenido:

“Con relación a la reclamación planteada por el interesado debemos poner de manifiesto que la apertura del procedimiento de apremio se produjo una vez el interesado no procedió al depósito del aval tal cual determina el Decreto 138/1999, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja de Depósitos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, aún a pesar de haberle requerido para ello. Una vez que se le devolvió el aval original aquí presentado haciéndole tal indicación, no consta en el expediente ninguna actuación más al respecto.

Con posterioridad ya recaída sentencia solicita el abono de los gastos del aval prestado, a lo que se le contesta requiriéndole para que aporte justificante de entidad bancaria que determine los gastos a abonar; requerimiento al que nunca contestó”.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 10 de diciembre de 2008, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al entender que la actuación de la Administración ha tenido incidencia en el daño alegado, en la medida que no le dio la posibilidad a la mercantil reclamante de subsanar su error en la presentación del aval ante la Caja de Depósitos, ni tampoco por la Agencia Regional de Recaudación en la fase ejecutiva, lo que motivó que se le denegase la suspensión solicitada cuando había sido concedida por el Juzgado correspondiente, sin que sea suficiente para eximirlo el hecho de que fuera la propia interesada la que recurriese incorrectamente a la Ventanilla Única de Lorca, pues ésta admitió el documento infringiendo las instrucciones existentes al respecto, sin que, por tanto, la intervención de la mercantil interesada sea suficiente para la ruptura del nexo causal.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria que ha de asumir la Administración regional, concluye que procedería abonar al interesado 143,63 euros correspondientes al recargo del

5%, e intereses de demora de la sanción impuesta, así como la parte correspondiente de los gastos de prestación del aval en la medida en que sufrió un quebranto económico que no estaba obligado a soportar, a lo que habría que añadir el interés legal vigente devengado desde la fecha debidamente acreditada en que se hubiera incurrido en dicho coste hasta que se ordene el pago.

DÉCIMO.- Con fecha 5 de enero de 2009 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.

1. La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello (artículos 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo LPAC, en relación con el 31.1.a de la misma) en tanto la mercantil alega unos perjuicios ocasionados por el funcionamiento de la Caja de Depósitos de la CARM, la Agencia Regional de Recaudación y la Consejería de Trabajo y Política Social, habiendo ejercitado la acción frente a la Consejería de Economía y Hacienda, que ha reconocido su competencia para resolver y, por tanto, la legitimación pasiva de la Administración regional, correspondiendo la resolución al titular de la Consejería de Economía y Hacienda, conforme al 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.

2. El procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

3. En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo de un año, si se tiene en cuenta que el escrito de reclamación se ha presentado el 9 de abril de 2008, y las últimas actuaciones citadas por la mercantil reclamante para el cómputo del plazo serían la Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social, de 3 de mayo de 2007, por la que se declara el derecho de la mercantil a la devolución de los ingresos indebidos -que excluye a los aquí solicitados- así como el escrito del Subdirector General de Trabajo de 6 de julio de 2007, ya citado.

TERCERA.- Sobre las vías específicas de resarcimiento y el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial.

Mediante el ejercicio de la presente acción de responsabilidad patrimonial, la mercantil reclama como daños antijurídicos las cantidades correspondientes al recargo de apremio y a los intereses de demora de la sanción no anulada por el fallo judicial, así como los gastos correspondientes al aval, porque entiende que ha existido un funcionamiento anormal del servicio público, lo que será objeto de consideración posteriormente.

Lo anterior se trae a colación porque existe una vía específica para la devolución de los ingresos indebidos, que fue utilizada por la Consejería de Trabajo y Política Social para la ejecución del fallo judicial (Orden de 3 de mayo de 2007), si bien dicha vía fue, en parte, dificultada por la propia actuación del departamento citado, en tanto la mercantil solicitó mediante escrito de 8 de junio de 2007 las cantidades ahora reclamadas, correspondientes al recargo de apremio e intereses de demora de la sanción no anulada y a los gastos del aval, sin que dicho escrito fuera considerado entonces como recurso potestativo de reposición contra la Orden precitada, como procedía en atención a su contenido. Por el contrario, fue contestado mediante un escrito del Subdirector General de Trabajo, de 6 de julio de 2007 (folio 43), en el que se procede a aclarar los criterios aplicados, y respecto a los gastos del aval se indica que sólo procedería devolver los correspondientes a la sanción anulada. Dicha contestación no fue adoptada por el órgano competente, según lo indicado en la citada Orden, ni tampoco se le notificó a la mercantil la procedencia de recurso frente a la misma.

En principio, el ejercicio de la presente acción de responsabilidad patrimonial para exigir los daños alegados no es incompatible con la existencia de la citada vía específica, como ha tenido ocasión de pronunciarse este Consejo Jurídico en supuestos en los que concurren otros procedimientos específicos de resarcimiento que son preferentes (por todos, Dictamen 105/2006), pero indudablemente la acción ejercitada ha de ser examinada desde la perspectiva de la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial y, por tanto, si los daños alegados (con independencia de su naturaleza) son consecuencia, en realidad, del funcionamiento de los servicios públicos regionales; en el caso de que concurrieran en el presente supuesto los requisitos previstos en los artículos 139 y 141 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 (Dictamen 141/2005 del Consejo Jurídico).

Apoya tal conclusión y su extensión a daños que tienen naturaleza económica-administrativa (recargo de apremio e intereses de demora), conforme a lo previsto en el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH), el artículo 89 LPAC, cuyo apartado 1 establece que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, así como cuestiones conexas, hayan sido o no planteadas por aquéllos. Además, el apartado 2 del mismo artículo establece que la resolución será congruente con las peticiones formuladas por los interesados.

También el artículo 72 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, establece, en relación con el reembolso del coste de las garantías a la Administración, que el obligado al pago que lo estime procedente podrá instar, en relación con otros costes o conceptos distintos, el procedimiento de responsabilidad patrimonial previsto en la LPAC, cuando se den las circunstancias previstas para ello.

CUARTA.- Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración regional y las actuaciones anómalas que se imputan a la misma.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

En relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que “la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el art. 217 de la LEC (entre otros muchos se pueden citar los dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).

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

En el presente supuesto, el examen de las actuaciones administrativas que originan la presente reclamación de responsabilidad patrimonial denota, en parte, un funcionamiento descoordinado de los distintos servicios implicados, y también ciertas actuaciones de la mercantil reclamante incongruentes con la defensa de sus pretensiones:

1. Por parte de la Administración.

Como refiere la instructora, ha de tomarse como punto de partida el Auto de fecha 25 de octubre de 2005, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número tres de Murcia en el Procedimiento Abreviado núm. 699/2005, por el que concede a la mercantil --, S.L. la suspensión de la ejecución de la sanción de 3.005,08 euros impuesta por la Consejería de Trabajo y Política Social (expediente sancionador núm. 200255110849), siempre y cuando la recurrente prestase “*aval ante la Administración demandada por el importe total reclamado, en el plazo de diez días a partir de la notificación de la presente resolución, lo que deberá quedar acreditado en las presentes actuaciones; y sin perjuicio de lo que pueda acordarse en su día en la resolución del presente recurso contencioso-administrativo*”. Se tiene constancia en el expediente de que dicho Auto fue notificado a la precitada Consejería en el mes de diciembre de 2005 (no es visible la fecha de registro de entrada).

El aval bancario original de x. fue presentado en la Ventanilla Única de Lorca por un representante de la mercantil, mediante escrito de 5 de enero de 2006, dirigido a la Dirección General de Trabajo, siendo contestado por el Subdirector del citado centro directivo el 26 de enero de 2006, en el sentido de indicar que debía ser presentado ante la Caja de

Depósitos de la CARM y remitir el resguardo justificativo del ingreso. Con el mismo oficio se devuelve el aval bancario original.

Entendiendo que podía hacerlo de tal manera, con fecha 24 de febrero de 2006 el representante de la mercantil remitió al Director de la Caja de Depósitos de la Consejería de Hacienda (sic), a través de la Ventanilla Única de Lorca, el citado aval con el siguiente texto: *“teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompaña y tenga por aportado al citado expediente sancionador el aval bancario en cantidad suficiente establecido como caución en la pieza separada del procedimiento abreviado 699/05 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Murcia”*. Sin embargo, se ha acreditado en el expediente que el escrito y el aval bancario presentados por la mercantil ante la Ventanilla Única, de acuerdo con la certificación del responsable del registro, no fueron recepcionados por su destinatario (Caja de Depósitos), según informa la Asesora de Apoyo Jurídico de la misma (folio 33), pues al parecer la documentación se extravió, no existiendo tampoco constancia de su recepción en el registro de la Consejería a la que está adscrita dicha Caja, según destaca la instructora en la propuesta de resolución (folio 189).

Es en este punto donde la instructora, de forma acertada, aprecia un primer funcionamiento anormal del servicio público, por cuanto la Ventanilla Única de Lorca no debió registrar el escrito acompañando el aval, en atención a la siguiente normativa:

a) Conforme a lo establecido en los artículos 79 TRLH y 1 del Reglamento de la Caja de Depósitos de la CARM: *“se presentarán ante la Caja de Depósitos las garantías que deban constituirse a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma (...)”*. En concreto, la prestación de garantías mediante aval se rige por los artículos 14 a 18 del citado Reglamento, que exige para su constitución que la Caja de Depósitos expida los correspondientes documentos de contabilización de ingresos, entregándose al interesado un resguardo, a efectos de acreditar su constitución.

b) Precisamente por dichas exigencias reglamentarias, las Ventanillas Únicas han recibido instrucciones, según contiene la propuesta de resolución (Instrucción núm. 11 del Servicio de Atención al Ciudadano destinada al personal que presta servicio en Ventanillas Únicas y Unidades Integradas de Atención al Ciudadano), de no admitir, entre otras, las garantías constituidas mediante aval, con el deber de informar a los interesados que este trámite ha de hacerse necesariamente en las Oficinas de la Caja de Depósitos. También se advierte al personal de los perjuicios que ocasionaría para el ciudadano en caso de su admisión, en tanto la garantía no se encuentra depositada en dicha Caja.

De otra parte, también se detecta un funcionamiento anómalo del servicio público conforme a lo indicado en la propuesta de resolución, cuando la Agencia Regional de Recaudación, ante la presentación por el representante de la mercantil de un escrito el 21 de abril de 2006, en el que solicitaba que se dejara sin efecto la providencia de apremio porque había presentado el aval bancario correspondiente a la totalidad de la sanción, tampoco requirió a su representante para que acreditara tal extremo -lo que hubiera permitido presumiblemente esclarecer su defectuosa constitución-, conforme a lo previsto en el artículo 71.1 LPAC (subsanción de defectos), prosiguiendo de forma inexorable las actuaciones; dictada providencia de apremio por importe de 3.305,59 euros, se inició su recaudación en periodo ejecutivo, que incluía un recargo de apremio reducido del 10%. Posteriormente, con fecha 7 de noviembre de 2006 se dicta diligencia de embargo de cuentas bancarias, por importe de 273,08 euros, correspondiendo 132,68 a un recargo del 20%, y 137,32 euros a los intereses de demora.

Por último, tampoco se despejan las dudas en el expediente sobre la situación actual de la garantía defectuosamente constituida, que hubiese requerido una actuación de oficio de los departamentos implicados, pues el representante de la mercantil ha solicitado de forma reiterada, tras el fallo firme del Juzgado correspondiente, la devolución del aval para su cancelación, según escrito de 9 de febrero de 2007 (dirigidos al Director de la Caja de Depósitos y Agencia Regional de Recaudación), siendo posteriormente remitido por esta última a la Consejería de Trabajo y Política Social (folio 55), por ser de su competencia. A este respecto, conforme a los términos en los que se constituye el aval, éste garantiza la suspensión de la liquidación del expediente sancionador ante la Consejería de Trabajo y Política Social con carácter indefinido, y tendrá validez hasta que la Administración no autorice su cancelación (folio 11).

2. Por parte de la mercantil interesada.

Pese a que la Dirección General de Trabajo había informado a la mercantil de la obligación de presentar el aval en la Caja de Depósitos de la CARM, dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda, con la advertencia de que debía remitir justificante del citado ingreso, no consta que su representante cumpliera tales instrucciones; ni tampoco, consecuentemente, con lo impuesto por el Auto de 25 de octubre de 2005, que exigía prestación de aval ante la Administración demandada, claro está, cumpliendo con los requisitos establecidos en el Reglamento de la Caja de Depósitos de la CARM, que debía expedir un resguardo acreditativo de su constitución. A tales efectos el artículo 133.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece: “La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos”. Desde luego, a la vista de los antecedentes ya relatados, la garantía no se encontraba constituida conforme a la normativa autonómica.

Del mismo modo, no consta que la mercantil reclamante realizase nuevas actuaciones ante la Consejería de Trabajo y Política Social, cuando el Subdirector le remite escrito solicitando que justifique los intereses del aval correspondientes a la sanción anulada; por el contrario, sí consta de modo reiterado su solicitud de devolución del aval, sin que los departamentos receptores le hayan contestado, al menos, que no se encuentra depositado.

También se desconoce si a la fecha de la emisión del presente Dictamen se ha podido cancelar finalmente el aval por la mercantil interesada, pues la última referencia que consta en el expediente es el certificado que se acompaña al escrito de reclamación, de 1 de abril de 2008 (folio 26), expedido por la Oficina de x. en Almendricos, que eleva los gastos generados hasta la fecha a 117,17 euros, que son los ahora reclamados por la mercantil.

QUINTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

Para el representante de la mercantil existe un claro nexo causal entre las actuaciones de la Administración regional, que le embargó las cuentas pese a que el aval fue presentado, no devuelve el resto de los ingresos indebidos, ni tampoco el citado aval para su cancelación, y los perjuicios alegados, que concreta en el recargo del apremio que no debió aplicarse por la Agencia de recaudación al haber presentado el aval requerido por el Auto judicial, así como los gastos ocasionados por su constitución y la no devolución del mismo, pese a haberlo solicitado de forma reiterada; por todos los conceptos solicita la cantidad de 487,88 euros.

El Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de la instructora del presente procedimiento, que reconoce la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad de la Administración regional, a la vista de las actuaciones anómalas citadas en la anterior Consideración, y que la actuación de la mercantil reclamante tampoco ha sido suficiente relevante para producir la ruptura del nexo casual entre aquel funcionamiento y el daño alegado, en la medida que se ha guiado con el convencimiento de haber depositado el aval a favor de la Consejería que impuso la sanción, si bien la garantía, indebidamente aceptada por la Ventanilla Única de Lorca, se extravió y no fue recibida por la Caja de Depósitos de la CARM, que era su destinataria según el escrito presentado; en la hipótesis de que la hubiera recibido, cabría pensar que habría podido advertir al representante de la mercantil su defectuoso depósito, pudiéndose haber evitado todos los equívocos posteriores, y algunos gastos ocasionados a la mercantil reclamante; lejos de todo ello, se prosiguieron las actuaciones en el periodo ejecutivo por la Agencia Regional de Recaudación, sin que por parte de los organismos receptores de los escritos del representante de la mercantil se indicara a la mercantil que el aval no se encontraba efectivamente depositado en la Caja de Depósitos; tras la sentencia firme, su representante solicita su devolución para la cancelación ante la entidad bancaria, en la creencia de que estaba depositado, sin que tampoco se recibiera contestación tendente a eliminar su error de partida; en definitiva, la actuación de la Administración ha ocasionado ciertos daños que la mercantil interesada no está obligada a soportar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 141.1 LPAC.

SEXTA.- Cuantía indemnizatoria.

Alcanzada tal conclusión, han de analizarse los distintos conceptos reclamados, en contraste con las imputaciones realizadas a la Administración regional.

1º) La devolución del recargo de apremio e intereses de demora respecto a la sanción confirmada.

La reclamante interesa por este concepto la cantidad de 370,71 euros, correspondiente al recargo de apremio y a los intereses de demora de la sanción confirmada por el fallo judicial (1.502,54 euros), sobre la base de que fue acordada su suspensión por Auto de 25 de octubre de 2005 y fue presentado por la mercantil el aval para garantizar el pago el 24 de febrero de 2006, antes de que se dictara la providencia de apremio por la Agencia Regional de Recaudación.

Conviene advertir en este punto que una vez firme la sanción en vía administrativa, al desestimarse el recurso de alzada formulado por la mercantil por Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social de 2 de junio de 2005, y habiendo finalizado el periodo voluntario de pago el 5 de agosto de 2005 sin que éste se efectuare, la Agencia Regional de Recaudación inició la recaudación en período ejecutivo mediante providencia de apremio de 27 de marzo de 2006. Sin embargo, con anterioridad, mediante Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Murcia, se había acordado la suspensión de la ejecución del acto impugnado, a cuyo efecto la mercantil reclamante presenta el aval requerido ante la Consejería de Trabajo y Política Social primero y, después, ante la Caja de Depósitos de la CARM, a través de la Ventanilla Única, con el resultado ya conocido.

Por ello, la instructora toma como referencia para determinar la cuantía indemnizatoria el 24/02/06, que corresponde a la fecha en la que la mercantil presentó el aval ante la Ventanilla Única de Lorca, de acuerdo con lo indicado por la Jefa de Sección de Coordinación Administrativa de la Agencia Regional de Recaudación, que señala que en ese momento

le habría correspondiendo un recargo del 5%, aplicado sobre el importe del principal de la deuda (3.005,08 euros), que ascendería a 150,25 euros, sin que le hubiese correspondido abonar intereses de demora por importe de 137,32 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en lo sucesivo LGT): “*cuando resulte exigible el recargo ejecutivo o el de recargo de apremio reducido no se exigirán los intereses de demora devengados desde el inicio del periodo ejecutivo*”.

De todo lo anterior, la instructora deduce que “*habiéndose anulado una de las sanciones impuestas por importe de 1.502,54 euros y debiendo considerarse presentado el aval en fecha 24/02/2006, correspondería devolver al interesado 75,13 euros correspondientes al recargo del 5% aplicado sobre el importe de la otra sanción impuesta y que no ha sido anulada que asciende a 1.502,54 euros y 68,5 euros correspondientes a los intereses de demora devengados por la mencionada sanción subsistente, lo que arroja una cifra total de 143,63 euros*”.

Sin embargo, a la propuesta elevada se realizan las siguientes observaciones:

a) En concepto de recargo de apremio, la cantidad que debe ser devuelta a la mercantil reclamante no es la correspondiente al 5%, que le hubiera correspondido abonar en el momento de la presentación del aval, sino la diferencia entre la que le hubiera correspondido en aquel momento (5%) y la que efectivamente ingresó (20%), en relación con la sanción confirmada (1.502,54 euros).

En efecto, se infiere del expediente de devolución de ingresos indebidos (folios 20 y 21) que la mercantil reclamante ingresó, en concepto de recargo de apremio, la cantidad de 468,34 euros (en fecha 4 de julio de 2006) y 132,68 euros (el 27 de octubre siguiente), lo que hacen un total de 601,02 euros, que corresponden a un recargo del 20% del principal de la deuda (3.005,08 euros).

Mediante la Orden de 3 de mayo de 2007 se le devuelve a la mercantil, en concepto de recargo de apremio (aunque la redacción de los conceptos es un tanto confusa), la mitad (300,51 euros, que resulta de la suma de 234,17 euros y 66,34 euros), correspondiente a la sanción anulada de 1.502,54 euros.

Por tanto, en concepto de apremio restaría una cantidad de 300,51 euros, correspondiente a la sanción no anulada, que es la que pretende la mercantil que se le indemnice.

Sin embargo, el Consejo Jurídico considera, siguiendo el razonamiento de la instructora, que dado que en el momento de la presentación del aval procedía el recargo del 5%, habría que devolver a la mercantil la diferencia (15%) respecto a la sanción confirmada (también de 1.502,54 euros), que asciende a 225,38 euros.

b) En concepto de intereses de demora, se muestra la conformidad con la propuesta de la instructora, que establece la cantidad de 68,5 euros (68,66 euros, según nuestros cálculos), que coincide con la mitad de los ingresados (137,32 euros), que no procedían en aquel momento (en fecha 24/02/06), pues ya se ha devuelto a la mercantil la otra mitad, según la Orden de devolución de ingresos indebidos.

Por tanto, de la suma de los apartados a) y b) resulta la cantidad a indemnizar por estos conceptos de 294,04 euros, salvo error.

Además, la cantidad resultante habrá de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo indicado en el artículo 141.3 LPAC.

2º) Los gastos generados por la no cancelación del aval bancario.

Declarada la nulidad de una de las sanciones impuestas, los gastos ocasionados al interesado para avalar la suspensión de su abono deben serle resarcidos, en la parte de la deuda declarada improcedente, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la STS, Sala 3ª, de 4 de diciembre de 2008). A este respecto, el artículo 33 LGT señala

“1. La Administración tributaria reembolsará, previa acreditación de su importe, el coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda si dicho acto o deuda es declarado improcedente por sentencia o resolución administrativa firme. Cuando el acto o la deuda se declare parcialmente improcedente, el reembolso alcanzará a la parte correspondiente del coste de las garantías.

Reglamentariamente se regulará el procedimiento de reembolso y la forma de determinar el coste de las garantías.

2. Con el reembolso de los costes de las garantías, la Administración tributaria abonará el interés legal vigente a lo largo del período en el que se devengue sin necesidad de que el obligado tributario lo solicite. A estos efectos, el interés legal se devengará desde la fecha debidamente acreditada en que se hubiese incurrido en dichos costes hasta la fecha en que se ordene el pago (...).”

En este sentido, la propia Dirección General de Trabajo, en su escrito de fecha 6 de julio de 2007 ya reconocía tal derecho a la mercantil reclamante: *“en cuanto a la devolución de los gastos de aval, tan solo procedería devolver los correspondientes al importe de la sanción anulada. Por ello mediante la presente se le requiere para que aporte justificante de la entidad bancaria del importe de los gastos de prestación de aval correspondiente a 1.502,54 € exclusivamente para proceder a su abono”,* sin que el interesado llegase, sin embargo, a cumplir dicho requerimiento.

Por ello, han de abonarse dichos gastos del aval correspondientes a la sanción anulada, previa justificación de su cuantía hasta su cancelación. A lo anterior, como recoge la propuesta de resolución, habría que sumarle el interés legal vigente devengado, desde la fecha debidamente acreditada en que se hubiese incurrido en dicho coste hasta la fecha en que se ordene el pago, como recoge el artículo 33 LGT.

Respecto a la sanción no anulada, también deben ser abonados los gastos generados por el aval, desde que la mercantil reclamante solicitó su devolución hasta su cancelación, previa justificación de su cuantía que debe aportar la mercantil reclamante, pues no debe obviarse que la Administración debe autorizar su cancelación, según el condicionante de la garantía, teniendo en cuenta, además, que el original del aval fue extraviado por la propia Administración, tras registrarse en la Ventanilla Única de Lorca.

SÉPTIMA.- Consideración final.

En la hipótesis de que el tantas veces citado aval aún no haya podido cancelarse por la mercantil interesada, pues se otorgó por la entidad bancaria condicionado a la autorización de la Administración regional para su cancelación, procedería realizar una actuación de oficio por parte de la Consejería a cuyo favor se constituyó, tendente a poner en conocimiento de la oficina bancaria correspondiente (folio 11) que el citado aval no se encuentra formalmente constituido en la Caja de Depósitos de la CARM, que se ha extraviado el

original remitido a la Administración regional a través de la Ventanilla Única de Lorca, y que no procede su mantenimiento al devenir firme la sentencia núm. 495/06 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Tres de Murcia, y encontrarse liquidada la sanción correspondiente. La anterior actuación permitiría acabar con los equívocos que subyacen en la presente reclamación, de acuerdo con lo señalado en las anteriores Consideraciones, y poner fin a nuevos devengos de intereses, en el caso de que todavía no se hubiera podido cancelar por la mercantil interesada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Proceder dictaminar favorablemente la propuesta de resolución, que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la mercantil --, S.L.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria se extiende a los conceptos que se recogen en la Consideración Sexta del presente Dictamen.

TERCERA.- Procede realizar una actuación por parte de la Administración regional tendente a autorizar la cancelación del aval, en el caso de que aún se encuentre constituido, por las razones expresadas en la Consideración Séptima.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 115/09.- Consulta facultativa relativa al recurso de reposición interpuesto por x, contra el acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se inadmite a trámite la solicitud de revisión de oficio de determinadas Órdenes de la Consejería de Economía y Hacienda.

Consultante: Consejera de Presidencia y Administración Pública (2008)

Fecha: 22/06/09

Extracto de Doctrina

La posibilidad de rechazar de plano la solicitud, sin una mínima instrucción y con la consecuencia inmediata de impedir la tramitación del correspondiente procedimiento de declaración de nulidad, exige una interpretación estricta de los requisitos legales, de forma que sólo cuando sea de todo punto evidente la absoluta inconsistencia de la impugnación podrá decidirse la inadmisión a trámite. Y ello no sólo porque así lo exija la mayor garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que podrían verse defraudados por una interpretación administrativa excesivamente laxa de los referidos condicionantes de la inadmisión, en contra del principio pro actione, sino también porque la especial gravedad que revisten los vicios que la Ley configura como causas de nulidad, aconsejan instruir los correspondientes procedimientos, aun cuando únicamente exista una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y

trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto, interpretación que para el Tribunal Supremo (sentencia de 19 de diciembre de 2001, Sala Tercera) “se aviene bien con la propia caracterización dogmática de los vicios de nulidad de pleno derecho, que reclaman una interpretación de las normas de procedimiento que favorezca su depuración”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de enero de 2003, x. dirige al Presidente de la Comunidad Autónoma un escrito en el que de forma expresa hace constar que ejercita el derecho de petición reconocido por el artículo 29 de la Constitución y regulado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición (LODEPE).

Según el peticionario, con fecha 18 de enero de 1991, solicitó a la entonces Consejería de Hacienda que se le abonara el complemento retributivo establecido en el artículo 33 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (LPGE91), en cuya virtud, el complemento de destino de los funcionarios de carrera que hubieran desempeñado puestos de la Administración del Estado comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de Altos Cargos, había de incrementarse hasta igualarlo al complemento de destino que la LPGE fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado.

Dicha solicitud fue desestimada el 21 de junio siguiente, por entender que, en tanto el solicitante continuara prestando servicios en la Administración regional, los complementos retributivos debidos eran únicamente los contemplados en el ordenamiento autonómico, que no reconocía el invocado por el interesado.

No obstante, el 10 de noviembre de 2000, el Juzgado de lo contencioso-Administrativo núm. 3 de los de Murcia, reconoce a diez funcionarios de la Comunidad Autónoma el derecho a percibir el complemento reclamado, así como los atrasos que por tal concepto correspondan, considerando irrelevante la Administración a la que se presten los servicios.

Al conocer esta sentencia, el x., invocando el principio de igualdad reconocido por el artículo 14 CE, considera que debe recibir un trato económico idéntico al de sus compañeros, por lo que, en ejercicio del derecho de petición, solicita al Presidente de la Comunidad Autónoma, que se le abone la cantidad que debió percibir y no percibió entre el 1 de enero de 1991 (fecha de efectos del complemento retributivo establecido por la LPGE91) y el 23 de julio de 1995, fecha en la que se jubiló. Identifica dicha cantidad como la suma de las diferencias mensuales entre el importe del complemento de destino que recibió (el correspondiente al grado 26 consolidado) y el complemento de destino fijado para los Directores Generales del Estado.

SEGUNDO.- Por Orden de 27 de enero de 2003, de la Consejería de Economía y Hacienda, se contesta a la petición formulada, calificándola como reclamación de cantidades en concepto de retribuciones atrasadas, cuya específica regulación en el ordenamiento regional la excluye del objeto del derecho de petición, pues en virtud del artículo 3.2 LODEPE, no son objeto de este derecho aquellas solicitudes para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la indicada Ley Orgánica.

La resolución señala que el artículo 33 LPGE91 ha sido calificado por la jurisprudencia como norma básica, por lo que diversas sentencias, entre las que se cuenta la citada por el

interesado, reconocieron el derecho a la percepción del mencionado complemento a funcionarios que prestaban servicios en la Comunidad Autónoma. Dichas sentencias declaraban dicho derecho así como el de recibir los atrasos que por tal concepto retributivo correspondieran, siempre que no hubieran prescrito.

Considera la Orden que las cantidades pretendidas por el interesado corresponden a un período prescrito (sic), por lo que procede desestimar la solicitud.

TERCERO.- Con fecha 24 de febrero de 2003, el interesado vuelve a dirigirse al Presidente de la Comunidad Autónoma, para reiterar su petición e insistir en que lo que pretende, tanto en su inicial escrito como en este segundo, es ejercer el derecho de petición reconocido en el artículo 29 CE, como súplica referida a un asunto de interés particular, quedando delimitado su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, sin que pretendiera reclamar un derecho de contenido económico concreto como el de percibir la indicada diferencia, pues es concedor de que la obligación de la Administración regional de proceder a dicho abono ha prescrito, habiendo caducado su acción para exigirla. Afirma que ya reclamó en su día y obtuvo una resolución desestimatoria, que confirmó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, siendo inadmitido a trámite del recurso de amparo presentado ante el Tribunal Constitucional por los indicados hechos.

Dice el interesado que *“mi petición no era ni es una reclamación en materia retributiva, no es siquiera una reclamación, sino (como dice la Ley reguladora del derecho de petición) una súplica, una petición que podrá ser o no atendida pero que, en cualquier caso, debe ser resuelta y contestada recogiendo “al menos, los términos en los que la petición ha sido tomada en consideración por parte de la autoridad u órgano competente”, e incorporando “las razones o motivos por los que se acuerda acceder a la petición o no hacerlo” (art. 11.3 de la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 2001)”*.

Considera, igualmente, que carece de sentido jurídico intentar denegar un derecho fundamental de la persona como el de petición, basándose en la prescripción de unas obligaciones económicas, *“prescripción que es conocida y admitida por mí pues es en realidad presupuesto del propio ejercicio del derecho de petición que ejerzo”*.

CUARTO.- Por Orden de 4 de marzo de 2003, de la Consejería de Economía y Hacienda, se contesta al interesado, calificando su escrito de 24 de febrero como recurso de reposición, desestimándolo con los mismos argumentos utilizados para fundamentar la Orden de 27 de enero.

QUINTO.- Frente a las citadas Órdenes de 27 de enero y 4 de marzo de 2003, el interesado interpone recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, sin que conste en el expediente el escrito de demanda.

Con fecha 9 de abril de 2003, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de los de Murcia, dicta auto por el que se inadmite el recurso interpuesto, por considerar inadecuado el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, al no haberse vulnerado el derecho de petición del actor. Se alcanza esta conclusión tras analizar el contenido de la solicitud formulada en su día a la Administración y la respuesta de ésta, considerando que la solicitud se basaba en un precepto concreto de la LPGE91 y en la interpretación que de ella se había hecho por los Tribunales de Justicia, lo que reconducía la solicitud a una cuestión de legalidad ordinaria, pues para dar respuesta a las mismas

era necesario examinar si concurrían o no los requisitos exigidos por la norma. Asimismo, considera que ninguna indefensión se ha causado al actor en su derecho de petición, pues se le ha contestado de forma motivada a su solicitud. Los razonamientos jurídicos del auto culminan con el siguiente: *“es cierto que el escrito presentado por el recurrente fue considerado como una solicitud, pero en ningún momento se le ha vulnerado el derecho de petición puesto que, aunque no ha recibido la respuesta que él esperaba y que quizá no expresó con total claridad: la concesión de una gracia, la Administración no ha actuado con pasividad ni ha inadmitido su solicitud, sino que incluso ha estudiado el fondo de su pretensión, y ha dado la respuesta que ha considerado más ajustada en Derecho. Y, en definitiva, ha dado respuesta al objetivo último de la solicitud del hoy recurrente que hemos entrecomillado más arriba”*.

SEXTO.- Recurrido el indicado auto en apelación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia dicta sentencia núm. 762/2003, de 17 de diciembre, desestimatoria de la apelación. Su fundamento de derecho primero precisa los términos del debate, al señalar que para el recurrente la actuación de la Administración regional y el auto recurrido le dejan en una absoluta indefensión por un eventual ejercicio del derecho de petición, porque aquélla no se ajustó en su actuar al procedimiento establecido por la LODEPE. Insiste el recurrente en que su solicitud no era una cuestión de legalidad ordinaria, sino que pedía una gracia, consistente en obtener una respuesta respecto a la aplicación de un concepto retributivo. Considera, en consecuencia, que su petición no ha sido estudiada para atenderla o denegarla, sino para eludir responder al ejercicio del derecho de petición por la vía reglada de la LODEPE.

La sentencia sintetiza la cuestión litigiosa en los siguientes términos: *“lo que nunca ha aceptado el recurrente es que no se considere que lo que él pide es petición, súplica, gracia; y que, por otro lado, se eluda como ha hecho la Administración la resolución del derecho fundamental y constitucional de petición ejercido por el apelante, con el argumento de que lo que está ejercitando es una cuestión de legalidad ordinaria”*.

La Sala desestima el recurso al considerar que el procedimiento especial utilizado por el interesado para acudir a la jurisdicción contenciosa fue inadecuado, sin apreciar vulneración del derecho de petición, sobre la base de la existencia de una respuesta expresa a la solicitud del interesado, cuya calificación no puede depender de la voluntad del interesado, que no puede transformar en petición graciable lo que no es sino una cuestión de legalidad ordinaria.

SÉPTIMO.- El 15 de junio de 2005, el x. se dirige al Presidente de la Comunidad Autónoma para solicitarle que ordene la revisión de oficio de las actuaciones administrativas que se dictaron en respuesta a su petición y que, según el interesado, incurren en desviación de poder, al dejar *“de aplicar el procedimiento adecuado a la petición graciosa y graciable que yo realizaba”*, lo que las convierte en nulas de pleno derecho. Por ello, solicita la nulidad de las indicadas actuaciones y que se sigan los trámites de la LODEPE.

OCTAVO.- El 22 de julio, el Director General de Función Pública dirige un escrito al interesado en el que le recuerda que las indicadas actuaciones fueron avaladas por la jurisdicción contenciosa, por lo que considera que no ha existido desviación de poder.

NOVENO.- Con fecha 29 de agosto, el x. se dirige al Director General de Función Pública, para manifestar que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, en tanto que no llegaron a admitir a trámite su recurso contencioso-administrativo, como tampoco lo hizo

el Tribunal Constitucional respecto del recurso de amparo presentado contra aquéllas, en ningún momento pudieron pronunciarse sobre la nulidad de las órdenes recurridas. Indica, asimismo, que la nulidad de aquéllas deriva de la aplicación a sus solicitudes de un procedimiento inadecuado, ignorando, marginando e inaplicando el establecido en la LODEPE. Por ello, reitera su solicitud de revisión de oficio.

DÉCIMO.- Ante el silencio de la Administración, con fecha 2 de noviembre de 2006 formula de nuevo su solicitud de revisión de oficio de las Órdenes de 27 de enero y 4 de febrero de 2003, reiterando los argumentos de sus escritos anteriores, precisando ahora que, según el Tribunal Constitucional (STC 242/1993), el derecho de petición impone a su destinatario dos obligaciones: exteriorizar el hecho de su recepción y comunicar al interesado la decisión que se adopte. Según el interesado, ninguna de estas dos obligaciones se habrían cumplido en su caso.

Considera, asimismo, que si la Administración estimaba que lo pretendido por el interesado no era susceptible de derecho de petición, debía haber inadmitido la solicitud y actuar conforme establece el artículo 9 LODEPE, en lugar de calificar su escrito como reclamación retributiva de atrasos. Además, señala que, en realidad, el procedimiento de reclamación retributiva, no constituye un procedimiento específico para satisfacer el objeto de su petición, toda vez que cualquier solicitud sustanciada por dicho procedimiento estaba abocada al fracaso, dada la prescripción de las obligaciones económicas de la Administración. De ahí que, al calificar sus escritos como reclamación retributiva y recurso de reposición, respectivamente, la Administración incurre en desviación de poder, pues elude la aplicación del procedimiento previsto en la LODEPE, impidiendo el ejercicio de un derecho fundamental como es el de petición.

En su virtud, junto a la pretensión de declaración de nulidad de los indicados actos administrativos, que se ampara en las causas de nulidad contempladas en el artículo 62.1, letras a), b) y e), solicita que sea tomado en consideración el ejercicio del derecho de petición denegado y que se le conteste conforme a lo establecido en el artículo 11 LODEPE, con exposición de las razones por las que se accede o no a lo pedido, confiando en que se estime y se paguen las cantidades pretendidas.

UNDÉCIMO.- El 28 de marzo de 2008, reitera su solicitud de revisión de oficio.

DUODÉCIMO.- Con fecha 26 de mayo, el Servicio de Régimen Jurídico de la Secretaría Autónoma de Administración Pública emite informe en el que propone la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio, al considerar que no se da ninguna de las causas de nulidad invocadas por el interesado, concurriendo, además, cosa juzgada.

DECIMOTERCERO.- El 16 de junio emite informe el Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública que entiende procedente inadmitir la revisión solicitada, al amparo del último inciso del artículo 102.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que permite dicha inadmisión a trámite, cuando se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. Considera, en este sentido, que la cuestión que se debate es la de si los escritos del interesado fueron correctamente tramitados y resueltos por la Administración en función de su auténtico contenido, lo que ya habría sido resuelto en sentido afirmativo por los órganos jurisdiccionales. Asimismo, se ampara la inadmisión a trámite en la imposibilidad de revisar un acto confirmado por sentencia firme.

DECIMOCUARTO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 3 de julio, en sentido favorable a la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, con base en similares argumentos a los utilizados por el Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

DECIMOQUINTO.- El 18 de julio el Consejo de Gobierno acuerda inadmitir a trámite la solicitud de revisión de oficio instada por el interesado, coincidiendo su argumentación jurídica con la del informe del Servicio Jurídico de la Consejería proponente. El Acuerdo es notificado al interesado el 18 de septiembre.

DECIMOSEXTO.- Con fecha 8 de octubre de 2008, el x. interpone recurso de reposición frente al indicado Acuerdo. En él manifiesta de forma reiterada que su pretensión es conocer el criterio del Consejo Jurídico de la Región de Murcia para saber a qué atenerse. Asimismo, considera que las resoluciones judiciales recaídas no generan el efecto de cosa juzgada sobre resoluciones o actos administrativos, por lo que no puede considerarse que sea aplicable en el supuesto para justificar la inadmisión de su solicitud de revisión de oficio.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 10 de febrero de 2009, tiene entrada en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia solicitud de Dictamen facultativo formulada por el Secretario General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por delegación de la Consejera, que se limita a remitir el expediente del recurso de reposición y a solicitar la emisión de Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse de las consideraciones que siguen, lo cierto es que el presente Dictamen se emite con carácter facultativo, conforme a lo que disponen los artículos 102.1 LPAC y 11 y 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

En efecto, el artículo 12.6 LCJ declara el carácter preceptivo de nuestro Dictamen para la revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes, y el artículo 102.1 LPAC exige, como trámite necesario para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos, el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, tal preceptividad sólo es predicable del Dictamen que ha de ser emitido una vez instruido el procedimiento revisor y prece-diendo de forma inmediata a la resolución, pero no de aquél que, como el presente, se solicita cuando ya ha finalizado el procedimiento mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, inadmitiendo a trámite la revisión de oficio instada por el interesado. Y ello sin perjuicio de los efectos que sobre dicho procedimiento tendría una eventual estimación del recurso potestativo de reposición interpuesto contra el referido Acuerdo, en la medida en que la declaración de invalidez de la inadmisión conllevaría una reanudación del procedimiento revisorio.

En consecuencia, y de conformidad con el artículo 11 LCJ, este Dictamen se emite con carácter facultativo, atendiendo la solicitud formulada en tal sentido por el Secretario

General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por delegación de la Consejera.

SEGUNDA.- Alcance del Dictamen.

En este expediente destaca la presencia de dos circunstancias que nos llevan a limitar el alcance del Dictamen. En primer lugar, la escasa precisión de la consulta efectuada, que, con infracción de las normas que rigen la formulación de las de carácter facultativo, no ha “concretado con la mayor precisión los términos de la consulta” (art. 46.1, segundo párrafo, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril). Tampoco se han observado las prescripciones que para la solicitud de los informes establece el artículo 82 LPAC, en cuya virtud, al pedir un informe facultativo ha de fundamentarse la conveniencia de reclamarlo (art. 82.1), con concreción del extremo o extremos acerca de los que se solicita (art. 82.2).

En segundo lugar, la circunstancia de haberse interpuesto recurso de reposición frente a la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio y atendidos los efectos que sobre este último procedimiento tendría una eventual estimación del recurso, nos llevan a ser extremadamente cuidadosos en orden a evitar pronunciamientos sobre el fondo que pudieran prejuzgar o condicionar un futuro Dictamen (que sería preceptivo de estimarse aquél), éste ya elaborado con todas las garantías derivadas tanto de la aplicación del principio contradictorio, facilitando la participación del interesado, como de una completa instrucción.

Ante tales condicionantes, considera el Consejo Jurídico que el presente Dictamen debe limitarse a establecer la procedencia o no de la inadmisión acordada, evitando anticipar consideraciones sobre el fondo que pudieran prejuzgar la resolución del procedimiento de revisión de oficio, ante una eventual reanudación del mismo.

TERCERA.- De la inadmisión a trámite de las solicitudes de revisión de oficio.

Como bien conoce la Consejería consultante, pues así se advierte en los informes jurídicos que han precedido al presente y que constan en el expediente, es doctrina de este Consejo Jurídico, expresada entre otros en el Dictamen 42/2004, que tras la reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero, el artículo 102.3 LPAC incorpora la posibilidad de inadmitir a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del correspondiente órgano consultivo, aquellas solicitudes de revisión que no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 de la misma Ley o que carezcan manifiestamente de fundamento, así como cuando se hayan desestimado en cuanto al fondo otras sustancialmente iguales. Esta posibilidad ya había sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia en interpretación de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, acudiendo a la estructuración del procedimiento revisorio en dos fases, de forma que en la primera quedarían comprendidas la apertura del expediente y su instrucción con audiencia a los interesados, finalizando la fase con una resolución de la Administración que, en atención al procedimiento seguido, podía concluir en la concurrencia *prima facie* de algún vicio de nulidad absoluta. Sólo si la conclusión era afirmativa se abría la segunda fase, que incluiría la solicitud de Dictamen del órgano consultivo competente y la resolución del procedimiento decidiendo la anulación o no del acto (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de febrero de 1984 y 12 de diciembre de 2001). Así, se interpretaba que lo que la Ley reconocía al interesado era un derecho a que la Administración se pronunciara expresamente tras la primera fase, no a que se tramitara íntegramente todo el procedimiento en sus dos fases. Conclusión de lo anterior era que si la Administración inadmitía o rechazaba de plano una solicitud de revisión sin tramitar al

menos la primera fase, tal denegación se entendía contraria a Derecho (sentencias de las salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Rioja, de 17 de abril de 1998, y Madrid, de 29 de septiembre de 2000).

La redacción actual del artículo 102.3 LPAC, sin embargo, habilita para acordar motivadamente la inadmisión de la solicitud de declaración de nulidad, sin más trámites, aunque sólo cuando se dé alguno de los tres supuestos que enumera, a saber:

- a) Que no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 LPAC.
- b) Que carezca manifiestamente de fundamento.
- c) Que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

La posibilidad de rechazar de plano la solicitud, sin una mínima instrucción y con la consecuencia inmediata de impedir la tramitación del correspondiente procedimiento de declaración de nulidad, exige una interpretación estricta de los requisitos legales, de forma que sólo cuando sea de todo punto evidente la absoluta inconsistencia de la impugnación podrá decidirse la inadmisión a trámite. Y ello no sólo porque así lo exija la mayor garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que podrían verse defraudados por una interpretación administrativa excesivamente laxa de los referidos condicionantes de la inadmisión, en contra del principio *pro actione*, sino también porque la especial gravedad que revisten los vicios que la Ley configura como causas de nulidad, aconsejan instruir los correspondientes procedimientos, aun cuando únicamente exista una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto, interpretación que para el Tribunal Supremo (sentencia de 19 de diciembre de 2001, Sala Tercera) “*se aviene bien con la propia caracterización dogmática de los vicios de nulidad de pleno derecho, que reclaman una interpretación de las normas de procedimiento que favorezca su depuración*”.

Atendida la doctrina expresada y aplicándola al supuesto sometido a consulta debe concluirse en la improcedencia de declarar la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión, toda vez que el mero hecho de recabar el presente Dictamen parece descubrir cierta duda en la Consejería consultante acerca de la adecuación a Derecho del Acuerdo alcanzado. Y es que sólo así puede entenderse que se solicite nuestro Dictamen, atendida, además, la nula influencia que sobre la decisión de recabarlo debe tener el deseo reiteradamente manifestado por el interesado de que así se haga, dado el riesgo de desnaturalizar la función legalmente encomendada a este Órgano Consultivo y que lleva a limitar el acceso a la misma a los superiores órganos de gobierno de la Comunidad Autónoma, a la Asamblea Regional y a los Ayuntamientos de la Región a través de sus Alcaldes.

Por otra parte, considera el Consejo Jurídico que no se dan en el supuesto sometido a consulta los requisitos legalmente establecidos para declarar la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio.

En primer lugar, porque resulta evidente que la petición del actor se basa en una causa de nulidad, perfectamente identificada en su escrito como la establecida en las letras a), b) y e) del artículo 62.1 LPAC, es decir, que las Órdenes impugnadas lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (a); que han sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio (b); y que se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (e).

Debe advertirse que, en este primigenio trámite de admisión, no será preciso determinar si realmente se da la causa de nulidad o no, pues para ello sería preciso instruir todo el procedimiento, bastando con la mera fundamentación de la solicitud en alguna causa de nulidad y que ésta no carezca manifiestamente de fundamento.

La utilización del adverbio “manifiestamente” ha sido objeto de interpretación jurisprudencial constante en el sentido de “ostensibilidad”, como posibilidad de apreciación a primera vista, siendo incompatible con la necesidad de efectuar cualquier interpretación jurídica o con la exigencia de un esfuerzo dialéctico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 5 de junio y 14 de noviembre de 2000, en interpretación de la expresión “manifiestamente incompetente” del artículo 62,1, letra b, LPAC). En el presente supuesto, esa manifiesta carencia de fundamento no se da. Baste señalar ahora que la motivación jurídica en que se basa la solicitud de revisión no es absurda ni disparatada, ofreciendo la suficiente solidez como para justificar, al menos, la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo revisorio. Hasta aquí, se coincide sustancialmente con los informes jurídicos unidos al expediente.

La discrepancia surge al analizar el tercero de los requisitos exigidos por el artículo 102.3 LPAC, a saber, que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. El Acuerdo de inadmisión razona que la cuestión suscitada por el interesado no es otra que determinar si sus distintos escritos fueron correctamente tramitados y resueltos por la Administración, en función del auténtico contenido de aquéllos. Para la Administración, esta cuestión fue resuelta por los pronunciamientos judiciales habidos en los recursos planteados por el interesado, por lo que entiende aplicable el indicado artículo a la admisión a trámite de la solicitud revisoria.

Sin embargo, el carácter estricto que la interpretación de estos requisitos de inadmisibilidad demanda, obliga a efectuar un análisis más detallado de las circunstancias del caso.

Tanto el auto del Juzgado como la sentencia de la Sala declaran la inadmisión a trámite del recurso planteado por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, limitando su análisis, pues, a determinar si se dan los requisitos de procedibilidad de tan extraordinaria vía de defensa de derechos. Precisamente, el principal argumento utilizado para justificar su improcedencia es que la cuestión suscitada es de legalidad ordinaria, dejándola imprejuzada, y ello a pesar de que, para alcanzar dicha conclusión, el juzgador haya de efectuar razonamientos que inciden en el fondo de la cuestión. Pero el auto judicial es estrictamente de inadmisibilidad por inadecuación del procedimiento utilizado, como fácilmente se puede advertir de la lectura de su parte dispositiva, sin que llegue a confirmar la validez de las Órdenes impugnadas.

Del mismo modo, la sentencia de la Sala ratifica el auto, siendo especialmente expresivo su fundamento jurídico cuarto respecto al carácter estrictamente procesal de su pronunciamiento, cuando al razonar la no imposición de costas, manifiesta *“pues al tratarse de una cuestión de inadmisibilidad, no permite dilucidar si lo tratado hubiera podido ser considerado como fundamento de fondo de un recurso”*.

Al respecto, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 782/1997, de 7 octubre, sintetiza la cuestión en los siguientes términos: *“Cuando la sentencia se limita a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, no llega a pronunciarse sobre la conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico del acto o disposición frente a los que se dedujo*

la pretensión. El fallo no hace otra cosa que apreciar la falta de algún requisito procesal que impide todo pronunciamiento sobre el fondo. El Tribunal no ha hecho pronunciamiento sobre el acto o disposición, que permanecen en situación idéntica al momento anterior al de iniciación del proceso. De aquí que la sentencia no llegue siquiera a producir efectos de cosa juzgada”.

Ello no supone la negación del principio general de no revisión de los actos administrativos firmes confirmados por sentencia judicial firme, que en el ámbito tributario recoge el artículo 213.3 de la Ley General Tributaria (“cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme, no serán revisables en ningún caso los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones ni las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativa”), pero sí limitar su aplicación a aquellos casos en los que el acto verdaderamente haya sido confirmado por la sentencia, por contener ésta un pronunciamiento sobre el fondo.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que no procedía declarar la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio formulada por el interesado, al no concurrir ninguno de los requisitos que, al efecto, establece el artículo 102.3 LPAC.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- De conformidad con la Consideración Tercera de este Dictamen, no procedía inadmitir la solicitud de revisión de oficio formulada por el interesado.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 116/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro universitario.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 22/06/09

Extracto de Doctrina

Conforme se desprende del artículo 81.1 y 2 LPAC, los interesados tienen derecho a conocer con antelación la práctica de las pruebas y a participar en ellas (lógicamente, en la forma que en cada caso proceda según la naturaleza de las mismas).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 9 de marzo de 2007, x. presentó un escrito dirigido a la Universidad de Murcia en el que expresa que el día 9 de marzo de 2006 sufrió una aparatosa caída en las escaleras de la Facultad de Derecho de dicha Universidad, produciéndose diversas lesiones que se recogen en los partes médicos que adjunta. Por tal motivo, solicita una indemniza-

ción de 3.720 €, según el siguiente desglose: 4 días de ingreso hospitalario, a razón de 90 € día, 360 €; 57 días improductivos (12+45 antes y después del ingreso), a razón de 60 € día, 3.360 €.

SEGUNDO.- Mediante oficio de 26 de marzo siguiente, la Gerencia de la citada Universidad otorga un plazo de diez días a la interesada para que facilite los datos de testigos presenciales del accidente, si los hubiere, así como la indicación de las concretas escaleras en las que se produjo la caída.

El 9 de mayo de 2007 la interesada presentó escrito en el que indicó datos concretos de uno de los testigos, señalando además que también fue testigo el guardia de seguridad del turno de tarde del Aulario de La Merced, del que desconocía sus datos personales, especificando que la caída fue en el tramo de la primera planta a la planta baja de la escalera lateral derecha de dicho Aulario (entendiendo como tal, según dice, la que queda a la derecha según se entra al mismo desde el interior del Campus de La Merced), presentando fotografías del tramo concreto de dicha escalera.

TERCERO.- En fecha 28 de mayo de 2007 el Rector de la Universidad resuelve admitir a trámite la reclamación, nombrando instructor y secretaria.

CUARTO.- Mediante oficio de 31 de mayo de 2007 se remiten los antecedentes a “x”, para que los traslade a la aseguradora “-, S.A.”.

QUINTO.- Solicitado informe sobre los hechos al Coordinador del Campus de la Merced, se emite el 18 de junio de 2007, en el que expresa que el estado de conservación de las escaleras a que se refiere la reclamación no presenta anomalías y cumple con las medidas de seguridad exigidas por la legislación vigente. Además, acompaña un informe del Jefe del Servicio de Vigilancia del Campus de La Merced, de 14 de junio de ese año, que expresa lo siguiente:

“1. El personal de este servicio que cubrió el turno de tarde en ese día corresponde a:

- X. DE 15:00 A 21:30.*
- X. DE 15:30 22:00.*
- X. DE 18:30 A 21:00.*
- X. DE 16:00 A 18:30.*

Informado este personal en la fecha de hoy sobre dicho asunto, manifiesta no recordar nada sobre ello ni haber tenido conocimiento de contingencia alguna en el lugar señalado, que en una ocasión en fechas anteriores y en otras escaleras del aulario se produjeron pequeños resbalones en días de lluvia, por lo que se dio el correspondiente parte correctivo y se instalaron con anterioridad a los hechos las medidas de seguridad oportunas para atajar el consiguiente riesgo.

2. Suponiendo por la información facilitada que se trata de un hecho que hubiese perjudicado la salud de dicha Sra., se ha buscado en nuestros archivos el correspondiente informe de incidencias que redactamos siempre que se produce en el campus una contingencia reseñable para el Servicio de Prevención.

Por último debo añadir que no existiendo constancia ni en nuestros archivos ni en la memoria de cuatro vigilantes de servicio esa tarde, entiendo que en el caso de certeza de los hechos y que hubiese sido testigo algún miembro de este servicio, éstos lo habrían sido muy leves o poco lesivos para la salud de la Sra. en cuestión”.

SEXTO.- El 25 de junio de 2007, la reclamante presentó escrito en el que alega que el desperfecto del tramo de escalera con el que tropezó (el que va de la primera planta a la planta baja del Aulario, del que cayó hacia abajo, rodando varios peldaños) se puede ver perfectamente en las fotografías aportadas en su día, y que la caída fue presenciada por los testigos ya propuestos, especialmente el guardia de seguridad, que la ayudó a levantarse, si bien por los dolores que sufría olvidó preguntarle su identidad.

SÉPTIMO.- Practicada el 19 de julio de 2007 la prueba testifical en la persona identificada por la reclamante, declaró haber presenciado la caída desde detrás de aquella, y que la misma se produjo en el tramo de escalera que aparece en las fotografías que se le muestran, si bien no sabe el lugar exacto en que tropezó la reclamante, a la que después ayudó a levantarse, y a la que le dolía mucho la pierna izquierda.

OCTAVO.- Solicitado informe al Jefe de la Sección de Infraestructuras de la Universidad acerca del estado de la escalera en cuestión, el 3 de agosto de 2007 se pronuncia, por error, sobre la zona de dicha escalera que hay entre el suelo de la planta baja y el primer peldaño de la misma, señalando que en tal zona no se aprecia deterioro alguno porque se ha producido una reforma del solado de dicha planta baja. No obstante, a la vista de las fotografías aportadas por la reclamante que se le trasladan (expresando el oficio de remisión que en las mismas se señala en rojo el lugar exacto en el que la reclamante manifiesta haber tropezado), indica que en ellas se advierte una ranura de entre 0,4 y 1,2 cm., que el origen de la fisura fue una pequeña degradación del terrazo y del sellado con el escalón, y que no se observa diferencia de cotas entre peldaño y suelo, por lo que no existe riesgo objetivo ni, por tanto, incumplimiento reglamentario al que imputar la caída.

NOVENO.- Otorgado a la reclamante un trámite de audiencia y vista del expediente, el 19 de diciembre de 2007 presentó alegaciones en las que, en síntesis, se ratifica en su pretensión, expresando que la caída fue presenciada por los testigos señalados en su día, especialmente por el guardia de seguridad (aunque el personal que estuviese de servicio ese día no lo recordara); que el informe del Jefe de la Sección de Infraestructuras se emite cuando ya se ha reformado el solado, y que en las fotografías aportadas reconoce la existencia de una fisura; además, señala que la testifical practicada es concluyente.

DÉCIMO.- A la vista de lo actuado, el 4 de febrero de 2008 el instructor se persona, junto a la Secretaria del procedimiento, en el lugar de los hechos, comprobando, como hace constar en diligencia de la misma fecha, lo siguiente:

“—Las escaleras planteadas por la interesada como motivo del siniestro no han sido objeto de ninguna reforma.

—La situación de las mismas, en el lugar en que la interesada manifiesta haber sufrido caída no presentan fisura alguna.

Puestos al habla con el Jefe de la Sección de Infraestructuras nos manifiesta haber realizado el informe del tramo de escaleras situado entre la planta baja y el primer peldaño que da acceso al patio lateral derecho, lugar que evidentemente no es el indicado por la interesada y la testigo al referirse al tramo que va desde la planta primera a la baja del edificio”.

UNDÉCIMO.- El 25 de febrero de 2008, el citado Jefe de la Sección de Infraestructuras emite nuevo informe, en el que expresa:

“El pasado 3 de agosto emití mi opinión acerca del estado de la escalera existente en la fachada izquierda del Aulario de la Merced, concretamente entre las plantas primera y baja. Me dirigía al gerente de la Universidad de Murcia y decía literalmente: (...)

Pero, según me comunican desde la Sección de Patrimonio, el lugar del incidente no ocurre donde yo señalo sino una planta más arriba, es decir, en el encuentro del solado de la planta primera con la primera huella de la escalera. En este caso informo que no se han producido modificaciones ni reformas en el piso de dicha planta, encontrándose perfectamente alineado hasta la escalera. No hay resaltos ni huecos en el lugar en cuestión, por lo que no es posible que se origine accidente alguno”.

DUODÉCIMO.- Mediante oficio de 17 de marzo de 2008 se acuerda otorgar un nuevo trámite de audiencia y trasladar a la reclamante los documentos reseñados en los Antecedentes Décimo y Undécimo. No consta la efectiva notificación de dicho trámite. Mediante oficio remitido a “x” se le traslada toda la documentación del expediente para que sea remitida a “-, S.A.”, a fin de que dicha aseguradora pueda alegar lo oportuno.

DECIMOTERCERO.- El 22 de septiembre de 2008 se formula propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación; en síntesis, porque *“dado que, a juicio del instructor, no queda claro en las fotografías la existencia de ningún desperfecto y que el Coordinador del Campus hace constar que las escaleras no presentan anomalías y cumplen las medidas de seguridad exigidas por la legislación vigente, se procede a realizar una visita al lugar y verificar el estado de las escaleras. De este hecho deriva el documento incorporado al expediente en fecha 4 de febrero de 2008 (folio 39). El tramo al que se refiere la interesada en el que se produjo la caída no muestra desperfecto alguno. Es por ello que, vistos los informes incorporados y presenciado el lugar de los hechos, la caída pudo más bien producirse por causas ajenas al estado del solado, no olvidemos que el tránsito por escaleras comporta un riesgo que puede precisar mayor atención del usuario que el que se necesita cuando se transita por una zona lisa”.* De ello concluye la inexistencia de relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos universitarios.

Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente tramitado y demás documentación exigible, en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico. Con este carácter se ha recabado el Dictamen por parte de la autoridad consultante respecto a la presente reclamación, ejercitada contra la Universidad de Murcia, de acuerdo con el parecer del Consejo Jurídico, expresado en el Dictamen núm. 74/2002.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, por ser la persona que sufrió los daños que imputa a la Administración universitaria regional (que por tal causa está legitimada pasivamente para resolver dicha 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 artículo 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).

II. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha interpuesto dentro del año que a tal efecto se establece en el artículo 142.5 LPAC, según se desprende de los Antecedentes.

III. En lo que se refiere al procedimiento, deben hacerse dos observaciones:

a) Por una parte, se advierte que a la reclamante no se le notificó la práctica de la prueba de reconocimiento del lugar del accidente que realizó el instructor, y que, como se advierte en el Antecedente Decimotercero, la propuesta de resolución considera determinante para afirmar que en dicho lugar no hay fisura alguna que pudiera causar la caída en cuestión (es decir, que ni siquiera hay allí la pequeña fisura que el Jefe de Sección de Instalaciones, a la vista de las fotografías presentadas por la interesada, informó que apreciaba –aunque tal deficiencia no la considerase un riesgo objetivo ni un incumplimiento reglamentario–). En consecuencia, la reclamante no pudo intervenir en la realización de dicha prueba, determinante, como se dice, del contenido de la citada propuesta.

Conforme se desprende del artículo 81.1 y 2 LPAC, los interesados tienen derecho a conocer con antelación la práctica de las pruebas y a participar en ellas (lógicamente, en la forma que en cada caso proceda según la naturaleza de las mismas). La intervención de la reclamante en el citado reconocimiento podía haber sido relevante porque, como se ha dicho, en tal acto el instructor no advirtió fisura o deficiencia alguna en el lugar que examinó y que, según consigna en la diligencia de 4 de febrero de 2008, es el lugar en el que la reclamante manifiesta haber sufrido la caída, es decir, en el tramo de la primera planta a la planta baja de la escalera en cuestión (confirmando además dicho instructor que en tal lugar no hubo reforma alguna posterior, pues no se trata de la zona a que inicial y erróneamente se refirió el Jefe de Sección de Infraestructuras). Y dicha apreciación fue corroborada después por el citado Jefe de Sección en su segundo informe (Antecedente Undécimo).

b) Por otra parte, no puede admitirse que la reclamante fuera conocedora de dicho reconocimiento y del subsiguiente informe del citado Jefe de Sección y que aquélla no formulara objeción a los mismos, pues en el expediente remitido no consta que el oficio dirigido a trasladarle la diligencia de reconocimiento y dicho informe se le notificara efectivamente, ya que sólo consta una copia de una cara del acuse de recibo utilizado al efecto, en el que no hay diligencia alguna del servicio de correos sobre su efectiva notificación (folio 48 vuelto exp.). Ello, unido a la falta de posterior comparecencia de la interesada, conlleva que no pueda tenerse por notificado el reseñado oficio y su documentación adjunta, produciéndole indefensión, al no haber podido conocer tales actuaciones ni formular alegaciones al respecto.

Por todo lo expuesto, procede retrotraer las actuaciones al momento anterior a la realización del reseñado reconocimiento del lugar de los hechos, a fin de que, con la debida antelación, su nueva práctica se notifique a las partes (reclamante y compañía aseguradora,

según se desprende de lo actuado), ofreciéndoles la posibilidad de asistir a la práctica de dicha prueba conforme con lo establecido en el artículo 81.1 y 2 LPAC, continuando luego el procedimiento en la forma en que legalmente proceda, con formulación, en su momento, de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede acordar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la práctica de la prueba de reconocimiento del lugar de los hechos, a fin de que su nueva realización se notifique a las partes, ofreciéndoles la posibilidad de asistir a la misma conforme con lo establecido en el artículo 81.1 y 2 LPAC, continuando luego el procedimiento en la forma en que legalmente proceda, con formulación, en su momento, de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 117/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 22/06/09

Extracto de Doctrina

Es doctrina reiterada de este Consejo, en relación con los accidentes escolares, citada en diversos informes obrantes en el expediente, 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Sobre el presente asunto el Consejo Jurídico de la Región de Murcia evacuó el Dictamen 172/2008, estimando la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y determinados daños alegados (secuela estética permanente), si bien, respecto a los restantes conceptos indemnizatorios reclamados, insta a la retroacción del procedimiento para practicar actuaciones adicionales de instrucción, que concreta. A sus Antecedentes se hace expresa mención.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de marzo de 2009 ha tenido entrada en el Consejo Jurídico la comunicación de las actuaciones complementarias realizadas consistentes en:

1. Informe del Director del IES “Jiménez de la Espada” de Cartagena, de 18 de noviembre de 2008 (folio 8), en el que se reafirma en sus alegaciones relativas a que la alumna padecía cefaleas continuas con anterioridad al accidente, así como que acudía a fiestas de su antiguo Instituto mientras no asistía a la Escuela de Hostelería por encontrarse de baja.
2. Informe de la Jefa de Estudios del IES “Ben Arabi” de Cartagena, de 21 de noviembre de 2008, en el que se indica que durante los cursos académicos 2002-2003 y 2003-2004 tuvo un incremento de las faltas de asistencia y que las justificaciones que se alegaban consistían en enfermedades leves como dolores de cabeza. También confirma la asistencia de la alumna al citado centro en la fiesta de Santo Tomás de Aquino a finales de enero.
3. Historia clínica de la paciente remitida por el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena (folios 15 a 24) y por el Director Gerente de Atención Primaria (folios 27 a 34).
4. Historia clínica en el Centro Médico Virgen de la Caridad de Cartagena (folios 45 a 66), en la que figuran varios informes médicos y resultados de las pruebas realizadas, así como un certificado médico para el seguro escolar en el que por parte del facultativo responsable se detallan las pruebas y consultas realizadas (folios 42 a 44).

TERCERO.- A instancias de la instructora, el Inspector Médico de Educación, especialista en Valoración del Daño Corporal, emite un informe el 9 de febrero de 2009 (folios 67 a 95), en el que manifiesta que existe una clara relación de causalidad entre el accidente ocurrido a la alumna y algunas de las lesiones alegadas:

— Traumatismo craneoencefálico leve (sin pérdida de conciencia, sin vómitos, ni amnesia). Sin secuela.

— Cefalea, donde resulta difícil cuantificar la duración e intensidad de la misma. Sin secuela.

— Cicatriz supraciliar izquierda, donde es poco probable la evolución dolorosa de su cicatrización. Con secuela.

— Los síntomas de estrés postraumático alegado por la paciente son difíciles de separar de los propios rasgos de personalidad que justifican la alteración de carácter en forma de puerilidad, déficit de memoria, irritabilidad, baja tolerancia a la frustración y negativismo. No presenta estudio psiquiátrico solicitado. Sin secuela.

— El quiste pineal encontrado en resonancia magnética se trata de un hallazgo casual no relacionado con el traumatismo. Sin secuela.

— La imagen de encefalomalacia postcontusiva contralateral diagnosticada por resonancia magnética queda por demostrar las posibles secuelas o síntomas ocasionados por la misma. Sin secuela.

En relación con el periodo necesario para su curación, realiza una serie de consideraciones sobre las actuaciones de la parte reclamante, que dificultan la valoración real de lo

acontecido, así como la graduación e intensidad de los síntomas; también, al presentar la paciente claros antecedentes de absentismo escolar y su consecuente fracaso, estima difícil, por no decir imposible, valorar la indemnización por días improductivos o no improductivos.

Puntualiza que la valoración de los daños resarcibles al ser una estudiante se debe cuantificar en relación al posible daño académico, considerando únicamente los días improductivos como indemnizatorios. Pero dado el bajo rendimiento escolar, así como el alto grado de absentismo anterior al accidente, únicamente se puede basar en criterios de atención médica y/o realización de pruebas diagnósticas para aquilatar los días improductivos de la paciente. Considera la cantidad de 60 días como tiempo suficiente para la recuperación y vuelta a su actividad escolar; no así su actividad extraescolar que mantuvo desde mucho antes.

Concluye que únicamente ha quedado demostrado como secuela el daño estético por la cicatriz supraciliar izquierda, ya que el estrés postraumático con su cortejo sintomático alegado no ha sido diferenciado de sus rasgos de personalidad por especialista en psiquiatría. Por tanto, corresponde la valoración de 3 puntos al perjuicio estético ligero.

CUARTO.- Por escrito de 13 de febrero de 2009 se notifica el cambio de instructora, así como se otorga un trámite de audiencia a la reclamante, incluyendo una relación de los informes evacuados durante la instrucción complementaria, presentado escrito el letrado actuante el 18 siguiente, solicitando que se facilite a su representada copia de la nueva documentación incorporada al expediente, lo que se hizo el mismo día, no existiendo constancia en el expediente de que se hayan presentado alegaciones.

QUINTO.- La nueva propuesta de resolución, de 7 de marzo de 2009, conforme a lo indicado por el Inspector Médico de Educación, considera 60 días como tiempo suficiente para la recuperación y vuelta a su actividad escolar y 3 puntos de secuelas por el perjuicio estético moderado.

En consecuencia, la instructora propone reconocer una indemnización de 3.456,933 euros, correspondiente a la suma de 2.748,813 euros, en concepto de días improductivos, más 708,121 euros, por tres puntos de secuela, cantidad que se deberá actualizar con arreglo al IPC al momento de la resolución del procedimiento.

SEXTO.- Con fecha 20 de marzo de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando las actuaciones administrativas complementarias.

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 art. 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Actuaciones instructoras complementarias tras el Dictamen 172/2008.

En nuestro Dictamen 172/2008 se reconoció en el presente supuesto la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, al aceptarse pacíficamente en el expediente que el estado de la valla que rodea el recinto escolar de referencia no se encontraba en

las debidas condiciones (soportes oxidados, etc.), como así lo reconocen el Director del IES (Antecedente Segundo) y la Unidad de Instalaciones Escolares (Antecedente Octavo), concretamente en el lugar del accidente, donde la alumna se subió al pequeño muro en el que se ancla la valla (al parecer para hablar con una compañera que le llamó desde dentro), cayendo sobre ella. De otra parte también se consideró por el Consejo Jurídico que la actuación de la alumna, entonces de 15 años de edad, que abandonó el recinto escolar sin autorización para comprar un regalo para “el amigo invisible”, no fue tan relevante (agarrar la valla desde el exterior) como para producir la ruptura del nexo causal o para apreciar una concurrencia de causas, teniendo en cuenta, además, que la puerta de la Escuela se encontraba abierta por la celebración de un congreso lo que justificaba una especial vigilancia, que hubiera evitado la salida al exterior de la alumna.

También recomendamos en aquel Dictamen una instrucción complementaria, que demandaba unas actuaciones de oficio por el órgano instructor (historias clínicas de la alumna, informes de los facultativos del Centro Médico de la Caridad, informes de los centros escolares sobre los problemas de salud previos al accidente y asistencia a eventos) y otras, que debían ser aportadas por la parte reclamante para acreditar como permanentes determinadas secuelas alegadas (estrés postraumático y trastorno de personalidad). Toda la instrucción anterior debía ser completada con un informe de la Inspección Médica del Servicio Murciano de Salud sobre la relevancia que el accidente sufrido por la alumna pudiera haber tenido en los trastornos en cuestión, todo ello a fin de determinar la existencia de secuelas distintas a las de carácter estético, o para determinar el periodo de incapacidad.

Por parte de la instructora se ha realizado la actuación complementaria, frente a la pasividad de la reclamante, que no ha aportado los estudios psicológicos demandados, ni ha cuestionado las conclusiones del informe del Inspector Médico de Educación, ni ha presentado alegaciones en el nuevo trámite de audiencia otorgado. Conviene destacar, por tanto, esta inactividad probatoria por parte de la reclamante, a quien incumbe probar el daño y su evaluación económica (artículos 217 LEC, en relación con el 139.2 LPAC y 6 RRP).

Alcanzado este punto en la instrucción del procedimiento, sólo cabe determinar el *quantum* indemnizatorio.

TERCERA.- Cuantía indemnizatoria.

Reconocida la responsabilidad de la Administración educativa regional se suscita la problemática del modo de determinarla para el supuesto de accidentes escolares.

El Consejo Jurídico ha señalado de modo reiterado (Dictámenes números 187/2005 y 72/2006) 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 IPC (artículo 141.3 LPAC).

También es doctrina reiterada de este Consejo, en relación con los accidentes escolares, citada en diversos informes obrantes en el expediente, 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 número 94/03. También en nuestro Dictamen número 134/04 señalamos: “*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 dicha doctrina, y para la correcta determinación de la cuantía indemnizatoria, el Consejo Jurídico solicitó que se completara el expediente con la información acerca de si la alumna sufría cefaleas continuas antes del accidente, si asistía a fiestas de su antiguo Instituto a pesar de estar de baja (informes de los Directores de los IESS “Jiménez de la Espada” y “Ben Arabi” de Cartagena), así como la información relativa a los antecedentes médicos de la menor relacionados con problemas neurológicos.

Para la determinación de las distintas partidas, se ha tenido en cuenta el informe pericial aportado por la reclamante, de fecha 25 de julio de 2006, donde se concretan las cuantías solicitadas por la misma, en contraste con el informe del Inspector Médico de Educación, especialista en valoración del daño corporal, de 9 de febrero de 2009, conjuntamente con otras actuaciones instructoras, considerando, como no puede ser de otro modo, aspectos no probados por la interesada. De todo ello resulta:

1º) Días impeditivos para su actividad escolar.

La reclamante los concreta en 90 días, con fundamento en el informe pericial de parte, que únicamente los justifica en el “estrés postraumático”, reconociendo que “*a falta de datos objetivos o informes que hablen de incapacidad de la alumna*”, los fija de forma estandarizada.

Con carácter previo a analizar tal partida, conviene destacar, conforme al informe de la Inspección Médica Educativa, que la alumna tuvo un traumatismo leve, sin vómitos, ni amnesia ni pérdida de conciencia (con posterioridad la alumna manifestó que tuvo un episodio de pérdida de conciencia estando sola, del que se recuperó rápidamente, de etiología no filiada), siendo remitida al domicilio el mismo día del accidente, según el parte del Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena (folio 27 del expte. 192/07). También que durante la realización de una resonancia magnética el 2 de febrero de 2005 se le detectó un pequeño quiste pineal, no relacionado con el traumatismo.

La determinación de 90 días como impositivos para sus actividades habituales (escolares) es cuestionada por los siguientes datos obrantes en el expediente:

— Los testimonios del Director del IES “Jiménez de la Espada”, con fundamento en las notas del tutor de la alumna, que señalan que el rendimiento escolar ya antes del accidente era muy deficiente (la nota global en formación básica es 1), que su inasistencia a clase era muy frecuente en el primer trimestre, y que a partir del accidente sólo fue al Instituto en dos o tres ocasiones. También que se le requirió varias veces para que se incorporara a clase y no perdiera el curso, pero la madre contestaba que su hija estaba de baja, pese a que acudía a fiestas y reuniones en otros Centros (folio 78 del expediente 192/07). Este último dato es corroborado por el informe de la Jefa de Estudios del IES “Ben Arabí”, anterior centro de la alumna, que manifiesta que la alumna acudió a finales de enero (el accidente se produjo el 17 de diciembre de 2004) a la fiesta de Santo Tomás de Aquino del citado Instituto (folio 9 del expte. 43/09).

— El citado informe de 21 de noviembre de 2008 de la Jefa de Estudios del IES “Ben Arabí”, también señala que durante los dos cursos académicos anteriores al accidente se produjo un incremento en las faltas de asistencia, justificadas en enfermedades leves como dolores de cabeza.

— El informe del Inspector Médico de Educación, de 9 de febrero de 2009, coincide con el perito de la parte reclamante en la dificultad de valorarlos, en este caso porque la alumna tenía antecedentes de absentismo escolar y consecuente fracaso escolar, según datos aportados por el Director del IES “Jiménez de la Espada”; por ello, para aquilatar los días impositivos acude a criterios de atención médica y/o realización de pruebas diagnósticas, considerando 60 días como suficientes para su recuperación y vuelta a la actividad escolar, aunque la actividad extraescolar la mantuviera desde antes.

— Además dicho periodo (60 días) coincide, aproximadamente, con el momento en el que a la alumna, según consta en la historia clínica, se le indica por el facultativo (Dr. x.) de la Clínica Virgen de la Caridad que asista a clase (el 26-2-05, según el folio 78).

Por lo expuesto, el Consejo Jurídico sólo considera justificados 60 días como impositivos para su actividad habitual. Tampoco encuentra obstáculo para que se aplique la cuantía indemnizatoria del baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico correspondiente al año 2004 (45,813 euros diarios), según Resolución de 9 de marzo del mismo año, sin perjuicio de su posterior actualización.

En aplicación de lo expuesto resulta por este concepto:

60 días x 45,813 euros = 2.748,78 euros.

2º) Días no impositivos para su actividad escolar.

No procede entrar a valorarlos, en la medida que en el segundo escrito de reclamación no se reclaman, ni tampoco se contemplan en el dictamen pericial de parte.

3º) Secuelas.

Solicita la reclamante la cantidad de 4.506,456 euros, en concepto de secuelas por trastorno de estrés postraumático (3 puntos), y por el perjuicio estético ligero causado por una cicatriz de 4,5 cm. en arco ciliar superior izquierdo (3 puntos).

Dado que el informe del Inspector Médico de Educación, de 9 de febrero de 2009, señala que los síntomas de estrés postraumático alegados por la paciente son difíciles de separar de los propios rasgos de personalidad que justifican la alteración de carácter en forma de puerilidad, déficit de memoria, irritabilidad, baja tolerancia a la frustración y negativismo, y la reclamante no ha presentado el estudio psiquiátrico que se le demandó por la instructora reiteradamente (folios 95 y 104 del expte. 172/08), se considera razonable por el Consejo Jurídico que se tengan por acreditados únicamente como secuelas los 3 puntos derivados del perjuicio estético ligero, causado por una cicatriz de 4,5 cm. en arco ciliar superior izquierdo.

A mayor abundamiento, el estudio psiquiátrico que debía haber aportado la reclamante, citado con anterioridad, se hace más necesario aún cuando el informe pericial de parte contempla también el estrés postraumático para la determinación de los días improductivos ya considerados. También se constata en el expediente manifestaciones dispares de la alumna sobre las cefaleas, de manera que en el Área de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell, cuando acude el 3 de julio de 2005 (se le diagnostica de migrañas), manifiesta que el dolor aparece por la tarde y empeora por la noche 2-3 veces a la semana (sin mareos ni vómitos), mientras que el informe del neurólogo que aporta, de 29 de marzo de 2006, transcribiendo las manifestaciones de la paciente, refiere que las cefaleas no tienen presentación nocturna.

Respecto a los 10 puntos reclamados por trastorno de personalidad, la pericial de parte reconoce que han de ser confirmados por el psiquiatra, sin que se haya aportado tal justificación.

Por tanto, la cuantía por secuelas ascendería a 2.124,363 euros (708,121 euros por 3 puntos). Se advierte un error a la hora de determinar esta partida, pues tanto la Intervención General como la instructora sólo aplican el valor de un punto a la hora de determinar la cuantía total por este concepto, aplicando incorrectamente la Tabla III del indicado baremo.

En consecuencia, de la suma de ambas partidas (2.748,78 euros por días improductivos y 2.124,363 euros por secuelas) resulta una cuantía total de 4.873,143 euros, cantidad que habrá de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial (artículo 141.3 LPAC).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se 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 4.873,143 euros, sin perjuicio de la actualización que proceda, conforme al artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 118/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente dentro del recinto del centro de trabajo.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 29/06/09

Extracto de Doctrina

Por el hecho de que la caída se haya producido dentro del recinto hospitalario no cabe colegir automáticamente que la lesión traiga causa directa de un funcionamiento, normal o anormal, imputable a la Administración regional. No puede olvidarse que para que el instituto de la responsabilidad patrimonial despliegue sus efectos, resulta imprescindible la existencia de un nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, ya que, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otras en su sentencia de 5 de junio de 1998, “la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- X. presenta escrito de 20 de febrero de 2007, ante la Gerencia del Hospital Virgen de la Arrixaca, interponiendo reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de una caída en las inmediaciones del aparcamiento del personal del centro hospitalario.

Describe que el 12 de febrero anterior, sobre las 15 horas, al salir de su turno de trabajo del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde presta sus servicios como ATS/DUE, sufrió una caída debido a un hueco no debidamente señalado que había en el asfalto, junto al paso de cebra de acceso al aparcamiento del referido Hospital.

Manifiesta la reclamante que “*como consecuencia de la caída presenciada por distintos compañeros que se encontraban en el lugar, y debido al fuerte dolor que sentía en el pie me trasladaron de forma inmediata en silla de ruedas a urgencias acompañada por x., compañero de trabajo, donde una vez practicadas las pruebas correspondientes se me diagnosticó un esguince de tobillo grado 2*”.

Señala que concurren en el presente supuesto los requisitos determinantes para estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración, con cita a los preceptos legales, si bien no concreta la cuantía indemnizatoria reclamada.

Finalmente, acompaña el parte del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, la comunicación interna del accidente de trabajo, el parte médico de incapacidad temporal por contingencias profesionales, así como fotografías (poco visibles en las copias remitidas) del lugar donde ocurrieron los hechos descritos.

SEGUNDO.- Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación presentada el 23 de abril de 2007, que fue notificada a las partes interesadas.

TERCERO.- El 17 de mayo de 2007 (registro de salida) la instructora solicita la historia clínica de la reclamante a x. (Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social), y a la Gerencia del Hospital Virgen de la Arrixaca, así como el informe del Servicio de Mantenimiento acerca de los hechos descritos en la reclamación.

El Centro Hospitalario remitió la historia clínica de la paciente, que incluye únicamente el informe de alta del Servicio de Urgencias de 12 de febrero de 2007, con el siguiente Juicio Diagnóstico: “esguince grado II”.

Igualmente, se remitió informe elaborado por el Coordinador de Ingeniería del Hospital Virgen de la Arrixaca con fotografías del lugar, que señala lo siguiente:

“Vistas las fotos adjuntas a la reclamación indicada en el asunto, salvo error, corresponden a una franja practicada por la concesionaria de las obras del parking de superficie, --, S.A.

Dicha franja fue abierta para poder ejecutar la canalización eléctrica del parking de superficie.

Dichas obras fueron gestionadas por los Servicios Centrales, como Concesión Administrativa.

Tal y como se observa en la foto, y reconoce la propia interesada en su declaración, corresponde a un hundimiento del aglomerado asfáltico de la zona de rodadura, no correspondiendo esta zona a tránsito peatonal, pues la acera (según se observa en la foto adjunta), se encuentra en perfecto estado, y el hundimiento se encuentra exterior al paso de peatones (Paso Cebra).

Por último, también se acompaña la declaración del enfermero x., testigo de los hechos, en la que hace constar:

“Que el día de los hechos efectivamente estuve con mi compañera x. hasta su salida de la puerta de Urgencias donde fue atendida por sufrir el accidente referido en su informe.

Que tuvo una caída en el lugar referido a la hora de la salida del turno de mañanas y que tuvo lesiones.

Que el lugar del accidente corresponde exactamente al sitio que aparece en las fotografías adjuntas al informe, y que el bache de la calzada está en el paso de cebra que va desde la salida del túnel de vestuarios hasta el aparcamiento”.

CUARTO.- Con fecha 8 de junio de 2007, se solicita a la reclamante su consentimiento para que x. remita al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud copia compulsada de su historial médico e informe de los profesionales que la atendieron, debido a que dicha autorización es requerida por aquella Mutua, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Otorgada por la reclamante su autorización expresa para recabar el historial por escrito de 28 de junio de 2007, x. lo remite, así como un informe médico que refleja el diagnóstico

de esguince de tobillo derecho. También refiere que la paciente recibió tratamiento con férula posterior de inmovilización más medicación, y posteriormente rehabilitación. La evolución fue satisfactoria por lo que fue dada de alta el 28 de marzo de 2007.

Asimismo se incluye, entre la documentación, la solicitud de asistencia y declaración de accidente formulada por la trabajadora el 12 de febrero de 2007 y, por último, documento de comunicación interna de accidente de trabajo de esa misma fecha.

QUINTO.- Durante la instrucción del procedimiento, se remitió la reclamación presentada a la Unión Temporal de Empresas x., adjudicataria de las obras de acondicionamiento del aparcamiento, en cuyo acceso se produjo la caída, a efectos de que asumiera la reclamación, o formulara las alegaciones que estimase convenientes; dichas alegaciones fueron presentadas por su representante el 25 de septiembre 2007, en el sentido de adherirse en toda su extensión al contenido del informe emitido por el Coordinador de Ingeniería del Hospital Virgen de la Arrixaca, destacando que las obras fueron realizadas fuera de la acera y del paso de cebra, al tiempo que se hace constar que se ejecutaron con cumplimiento de la normativa vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y que no se tenía constancia de la producción de ningún accidente en las mismas.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, la reclamante presenta alegaciones el 26 de marzo de 2008, en las que reitera lo expuesto en su escrito inicial de reclamación, si bien sigue sin concretar la cuantía indemnizatoria reclamada.

El 25 de abril de 2008, a requerimiento de la instructora, presenta escrito en el que propone como medios de prueba los documentos que acompaña al escrito de reclamación (folio 49).

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 22 de enero de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que no ha quedado acreditada la existencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los servicios públicos, en la medida que la caída se debió a una actuación imprudente de la reclamante, al cruzar por un lugar no habilitado normativamente para peatones.

OCTAVO.- Con fecha 11 de febrero de 2009 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.

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser el Hospital donde se produjo el accidente de titularidad regional. El hecho de que las obras en el aparcamiento se llevaran a cabo por una empresa contratada a tal fin, no exoneraría de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser el contratista, como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Jurídico en repetidas ocasiones (entre otros, Dictámenes números 9 y 20 de 2002).

Finalmente, la reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, ya que los hechos se produjeron el 12 de febrero de 2007, la interesada fue dada de alta médica el 28 de marzo de 2007 y el escrito de reclamación data de 20 de febrero de 2007 (no es visible la fecha de registro de entrada), por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 *in fine* LPAC, la acción se ha deducido en plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, salvo en el plazo máximo para resolver que ha excedido en mucho el previsto (artículo 13.3 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 del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de estos principios al supuesto cuyo análisis nos ocupa.

En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, este Consejo Jurídico considera que ha quedado acreditado, de acuerdo con el parte del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, con la declaración del compañero de trabajo y con el historial médico de x., que la interesada sufrió un esguince de tobillo de grado II el 12 de febrero de 2007, cuando accedía al recinto del aparcamiento de personal, y se cayó en una franja existente en el asfalto, junto al paso de cebra de acceso al citado aparcamiento.

Sin embargo, por el hecho de que la caída se haya producido dentro del recinto hospitalario no cabe colegir automáticamente que la lesión traiga causa directa de un funcionamiento, normal o anormal, imputable a la Administración regional. No puede olvidarse que para que el instituto de la responsabilidad patrimonial despliegue sus efectos, resulta imprescindible la existencia de un nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, ya que, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otras en su sentencia de 5 de junio de 1998, *“la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo”*.

En el presente supuesto, acreditada la existencia de un hundimiento (franja según el técnico o hueco según la reclamante) en el asfalto, como acreditan las fotografías, y que la caída se produjo en dicho lugar, ello permite sostener a la interesada la existencia de relación de causalidad del funcionamiento del servicio público con el daño alegado; frente a ello, la Administración ha probado en el presente caso la ruptura del nexo causal, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 9 de marzo de 1998), en virtud de 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.

En tal sentido, se recoge en la propuesta de resolución: *“habría un elemento esencial que rompería el nexo de causalidad, y es el propio comportamiento de la x., al cruzar por un lugar no habilitado normativamente para peatones, de forma que si la misma hubiese caminado por la acera y hubiese cruzado por lugar habilitado para el paso de peatones, no se hubiese producido el accidente, existiendo, por tanto, culpa exclusiva de la reclamante”*.

En efecto, el informe emitido por el Coordinador de Ingeniería del Hospital Virgen de la Arrixaca destaca (folio 20), como reconoce la propia interesada en su escrito de reclamación (*“hueco no señalizado que había en el asfalto, junto al paso de cebra”*), que dicha franja en el asfalto no corresponde a la zona de tránsito peatonal, pues la acera (según se observa en la foto que acompaña), está en perfecto estado, y el hundimiento se encuentra exterior al paso de peatones, aunque el testigo haya declarado que se encontraba en el mismo, contradiciendo la versión de la reclamante y del técnico ya citada.

A lo anterior, se suma la circunstancia de que a la hora en que se produjo la caída (15 horas) existía suficiente visibilidad para distinguir la franja existente del paso de peatones, como se aprecia en las fotografías que obran en el expediente.

Por ello, este Órgano Consultivo coincide con el parecer de la instructora en que el comportamiento de la reclamante, al cruzar por un lugar no apropiado en vez de utilizar la franja de peatones, implica la ruptura del nexo causal, con independencia de reconocer que la falta de señalización de la citada franja podría suponer un riesgo en horas nocturnas, pero no con plena visibilidad.

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de diciembre de 2007,

cuando la conducta del accidentado rompe el nexo causal erigiéndose en la desencadenante objetiva del percance:

“Pero al no haber utilizado la actora el paso de peatones, que según la prueba testifical estaba a unos 1,80 metros, incurrió en una conducta cuando menos imprudente y asumió lo que la doctrina entiende en lo referente a la responsabilidad objetiva, como teoría del riesgo aceptado, “incremento del riesgo, asunción del propio riesgo y de la confianza”, dentro del riesgo general de la vida (STS de 21-10-05). Y en este sentido Sentencias de 26-2-03 y 31-5-03 de esta Sala y Sección, la última n.º. 987/07, de 14 de noviembre de 2007”.

También la Sentencia del mismo Tribunal y Sala, de 28 de noviembre de 2007:

“la foto que se exhibe corresponde al lugar de la caída que confirman el hecho de la caída el día y hora indicado. Y que demuestran que efectivamente la calzada no se hallaba en las condiciones de seguridad deseables, al tener un hueco muy significativo, y en el lugar donde tuvo lugar la caída (...).

Pero también lo es, que el actor no cruzó por el paso de peatones, pese a estar a escasos metros y en perfectas condiciones, como se aprecia en las fotografías aportadas, y que iba hablando y distraído por lo que el accidente fue al cruzar por un lugar inadecuado y de forma distraída, y al no utilizar el recurrente el paso de peatones asumió lo que la doctrina entiende en lo referente a la responsabilidad objetiva como teoría del riesgo aceptado (...).”.

Por último, la reclamante no ha concretado la cuantía indemnizatoria reclamada, lo que también aboca a la desestimación de la presente reclamación.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al no concurrir en el presente supuesto los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 119/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 29/06/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 120/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)****Fecha: 29/06/09****Extracto de Doctrina**

Como ya indicamos en nuestros Dictámenes 125/2004 y 5/2006, entre otros, cuando la instrucción requiere a la interesada para que subsane su solicitud inicial mediante la proposición de los medios de prueba, resulta improcedente la advertencia de tenerla por desistida de su petición si no cumplimenta el referido extremo, en la medida en que ello 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 1 de febrero de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS) por los daños sufridos como consecuencia de una inadecuada asistencia sanitaria. La reclamante fundamenta su pretensión indemnizatoria en los siguientes hechos:

El 16 de junio de 2005 acude al Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” (HUVA), al sufrir dolor mandibular, debido al crecimiento anómalo del 8º molar izquierdo, según el diagnóstico efectuado en el centro hospitalario, donde se le indicó que dicha pieza dental debía extraerse mediante cirugía.

El 16 de marzo de 2006 se practica la citada intervención quirúrgica, en el Hospital de Molina, en el curso de la cual la reclamante considera que se produjo un error, ya que

el cirujano operó el lado derecho, y no el izquierdo, que era donde tenía el crecimiento anómalo.

Atribuye a dicho error las siguientes secuelas: pérdida de sensibilidad en el lado derecho de la boca, no puede comer por ese lado, los dientes están todos “acolchados”, ausencia de percepción gustativa y afectación del nervio trigémino.

Para la reclamante, existe una evidente relación de causalidad entre el daño causado y el funcionamiento del servicio público, si bien no desarrolla dicha alegación.

Carece el escrito inicial de cuantificación económica del daño.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de marzo de 2007, el Director Gerente del SMS resuelve admitir a trámite la reclamación patrimonial, y encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que requiere a la reclamante para que subsane la omisión de la necesaria proposición de prueba que debe acompañar a todo escrito de reclamación, concretando los medios de que pretenda valerse. Dicho requerimiento se hace con expresa advertencia de tenerla por desistida de su petición en caso de no cumplimentarlo.

Contesta la reclamante, aportando diversa documentación clínica y proponiendo como prueba la documental, consistente en que se recabe su historial médico, tanto del HUVA como del Hospital de Molina, procediendo la instructora en tal sentido y recabando el preceptivo informe de los facultativos que la atendieron en ambos centros.

Asimismo, se comunica la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la compañía aseguradora del SMS, por conducto de la correduría de seguros.

TERCERO.- Tras reiteradas solicitudes, el HUVA remite la historia clínica de la reclamante, consistente en un documento de consentimiento informado para extracción quirúrgica de inclusión dentaria; solicitud de intervención quirúrgica (apenas legible en la copia remitida al Consejo Jurídico), de 12 de julio de 2005; y hoja de interconsulta primaria-especializada, de 15 de junio de 2005, en la que se remite a la paciente al Servicio de Cirugía Maxilofacial del HUVA para “*extracción quirúrgica del 48 incluido. Preferente*”.

CUARTO.- Consta en el expediente que por la reclamante se interpuso recurso contencioso-administrativo, tramitado como Procedimiento Ordinario nº 202/2008, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4, de Murcia.

QUINTO.- Tras reiterados requerimientos, el Hospital de Molina remite únicamente un formulario de consentimiento informado y un documento manuscrito que parece ser el informe del cirujano maxilofacial que practicó la intervención. Este último documento es del siguiente tenor:

“La paciente x. es intervenida quirúrgicamente en este centro, de exodoncia complicada de 48 incluido, tal como consta en el informe remitido por el Servicio de CMF del Hospital Virgen de la Arrixaca, firmado por el Dr. x. Dicha intervención se efectúa el 16-3-2006 ya que el cordal se encuentra en malposición así como el izquierdo (que no viene reflejado en la citada hoja de prescripción). La necesidad de la exodoncia de los cordales en malposición, según diferentes textos, es superior al 95% a lo largo de la vida y la ausencia del cordal inferior derecho e izquierdo (cuando se realice) no resta función y sí mejora alteraciones futuras en la paciente (posibles quistes mandibulares).

No se observa error en la ejecución, no obstante, ya que el diente prescrito, en todo momento, era el 48 (inferior derecho) y no hubo cambios en la ejecución”.

SEXTO.- Solicitado al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica) la emisión de informe valorativo sobre los hechos recogidos en la reclamación, aquél recaba, a su vez, del HUVA, el informe clínico de su Servicio de Cirugía Maxilofacial, sobre la atención prestada a la paciente y el motivo de su consulta.

Por el indicado Hospital se remite la historia clínica de la paciente y el informe solicitado. En éste se indica:

“Paciente que consultó en nuestro en nuestro Servicio el 12-07-2005 por primera vez de forma programada, y fue remitida por su Estomatólogo para la exodoncia quirúrgica del tercer molar nº 48.

Como antecedentes personales destacaba Linfoma en regresión y una enfermedad pulmonar obstructiva crónica.

La paciente refirió la existencia de parestesias en el nervio mentoniano derecho y en la Ortopantomografía se evidenciaba el tercer molar inferior derecho incluido y en contacto con dicho nervio. Por este motivo se indicó la exodoncia de dicha pieza dentaria...”

SÉPTIMO.- Con fecha 11 de diciembre de 2008, la Inspección médica emite el informe solicitado por la instrucción. Alcanza las siguientes conclusiones:

“1. Según datos de la historia clínica e informes solicitados a los facultativos que asistieron a la paciente, ésta presentaba ambos cordales incluidos y dolor mandibular de predominio derecho. Los especialistas que la asistieron, en ningún momento indican la extracción del tercer molar inferior izquierdo y sí la del derecho.

2. El motivo de consulta en el Servicio de Cirugía Máxilofacial, son parestesias en nervio mentoniano derecho, independientemente de que la paciente también presentase molestias en el lado izquierdo. En la ortopantomografía se evidencia tercer molar inferior derecho incluido y en contacto con dicho nervio, por lo que se indica extracción de dicha pieza.

3. Debió haber un malentendido por parte de la paciente del diagnóstico del cirujano maxilofacial, al desconocer la paciente la nomenclatura utilizada en la especialidad y presentar inclusión de ambos molares. La reclamante entendió: “crecimiento anómalo de 8º molar izquierdo” (como escribe en su reclamación), denominación que no existe, cuando el facultativo escribe: extracción del 48 incluido” refiriéndose al tercer molar inferior derecho.

4. En todos los documentos analizados: hoja de interconsulta de primaria, consulta de cirugía maxilofacial y exodoncia en el Hospital de Molina, está claramente especificado que la zona de parestesias es la derecha y que el diente prescrito para extracción era el tercer molar inferior derecho.

5. En cuanto a la neuralgia supuestamente derivada de la cirugía que reclama la paciente, están descritas como posibles complicaciones de este tipo de cirugía las lesiones del nervio lingual y del nervio dentario inferior (más frecuentes en las exodoncias de 38 y 48, cuya raíz invade el canal dentario), y como tales se hallan incluidas en el consentimiento informado que firmó la paciente en el HUVA y Hospital de Molina. Por otro lado, es imposible conocer si la pérdida de sensibilidad y gustativa que presentaba la paciente es secundaria o previa a la exodoncia debido a que ya sufría parestesias en la misma zona antes de la intervención.

6. Actualmente la paciente tras rizotomía percutánea con radiofrecuencia ha presentado alivio inmediato del dolor.

7. Se concluye, que no hubo error en la indicación de la extracción dentaria independientemente de que la paciente sintiera molestias también en el lado izquierdo”.

OCTAVO.- La compañía aseguradora remite dictamen elaborado por un especialista en Cirugía Maxilofacial, según el cual:

“1. Con la documentación aportada únicamente existen indicios de secuelas en la paciente a nivel de sensibilidad del hemilabio inferior derecho.

2. Existe constancia documental de la existencia de la sintomatología sensitiva (origen de la extracción), previa a la realización de la técnica quirúrgica.

3. No existió error en la extracción de cordal 48, ya que en todo momento y en todos los documentos se hace referencia al citado diente y no al contra lateral (38), como afirma la paciente.

4. Las alteraciones sensitivas tras la extracción de un diente es una complicación descrita ampliamente en la literatura científica.

5. Existe constancia documental de la firma de consentimiento informado.

6. No existen indicios de “mala praxis”.

NOVENO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, ninguno de ellos hace uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna durante el plazo otorgado al efecto.

DÉCIMO.- El 7 de abril de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar el órgano instructor que en los hechos allí descritos no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de abril de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamante, al sufrir en su persona 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 en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del servicio sanitario a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño. En este sentido no es obstáculo a dicha consideración el que la intervención quirúrgica fuera realizada en un centro de titularidad privada, el Hospital de Molina, pues el concierto que une a dicho Hospital con el SMS es el instrumento que permite conectar la actuación sanitaria privada con la titularidad pública del servicio, posibilitando así declarar la legitimación pasiva de la Administración sanitaria (por todos, Dictámenes 136/2003, 111/2007 y 30/2009), pues el servicio que se presta sigue siendo público, con independencia de que se gestione por un tercero.

2. La acción de reclamación es ejercitada por la reclamante antes del transcurso de un año desde la intervención quirúrgica, plazo que con carácter general establece el artículo 142.5 LPAC.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido por la LPAC y RRP para la tramitación de este tipo de reclamaciones, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido el de seis meses, fijado por el artículo 13 RRP. Se considera oportuno, asimismo, realizar las siguientes observaciones acerca de concretos actos de instrucción:

a) El preceptivo informe del servicio a cuya actuación se imputa el daño (art. 10 RRP) fue incorporado al expediente sólo tras solicitarlo la Inspección Médica, pues el expediente que se le remitió se encontraba incompleto en dicho extremo.

b) Como ya indicamos en nuestros Dictámenes 125/2004 y 5/2006, entre otros, cuando la instrucción requiere a la interesada para que subsane su solicitud inicial mediante la proposición de los medios de prueba, resulta improcedente la advertencia de tenerla por desistida de su petición si no cumplimenta el referido extremo, en la medida en que ello 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 decaída en su derecho al trámite, de conformidad con el artículo 76.2 y 3 LPAC.

c) Ni en la solicitud inicial ni posteriormente, con ocasión del trámite de audiencia, 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.

d) Por otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por parte de la reclamante no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 42.1 LPAC, y tampoco es óbice para que la Administración lo resuelva durante su sustanciación, siempre que no se haya dictado sentencia por parte del citado Tribunal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En todo caso, sería conveniente la coordinación del Departamento consultante con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, como también fue sugerido en el Dictamen núm. 148/06.

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 concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

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

La actuación de éste ha de regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados pues, en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente.

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

Para la reclamante la causa del daño que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida, está en el error consistente en extraerle el cordal inferior derecho, cuando el que debía haberle sido extraído era el inferior izquierdo, según la indicación efectuada por el Servicio de Cirugía Maxilofacial del HUVVA. A este error imputa la reclamante las secuelas que enumera en su reclamación.

La determinación en cada supuesto de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada

valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

Al respecto, todos los informes obrantes en el expediente coinciden en afirmar que la pieza dentaria cuya extracción estaba indicada desde el primer momento era la que finalmente fue objeto de la exodoncia, es decir el cordal inferior derecho o, en la nomenclatura FDI (Federación Dental Internacional) que, según la Inspección Médica es la más utilizada por el sistema sanitario público, pieza 48. Explica la Inspección que para nombrar los dientes permanentes se utilizan dos dígitos, de los cuales el primero corresponde a la hemiarcada dentaria —el 4 indica arcada inferior derecha— y el segundo a las piezas que componen la hemiarcada partiendo de la línea media y que se numeran del 1 al 8, correspondiendo el 8 al tercer molar o cordal.

Así, la Inspección Médica constata que *“en el caso de la reclamante, tanto en la anamnesis y exploración física de la Unidad de Maxilofacial como en la solicitud de intervención y/o ingreso programado del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” se refleja el diente 48 como causa de las parestesias en zona del nervio mentoniano derecho y por tanto candidato a exodoncia”*. En las conclusiones del informe, dirá asimismo que *“En todos los documentos analizados: hoja de Interconsulta de Primaria, consulta de cirugía máxilofacial y exodoncia en el Hospital de Molina, está claramente especificado que la zona de parestesias es la derecha y que el diente prescrito para la extracción era el tercer molar inferior derecho”*.

En el mismo sentido se pronuncia el perito de la compañía aseguradora, al indicar que *“no existió error en la extracción de cordal 48, ya que en todo momento y en todos los documentos se hace referencia al citado diente y no al contra lateral (38), como afirma la paciente”*.

Puede concluirse, por tanto, que no se produjo error alguno en la extracción del cordal inferior derecho, toda vez que éste se encontraba indicando para exodoncia desde un primer momento, sin que en ningún documento de los que componen la historia clínica se indicara la extracción del diente 38, nomenclatura correspondiente al cordal inferior izquierdo y que, según la reclamante, era el que debía haberle sido extraído.

En los términos en que se formula la reclamación y una vez alcanzada la conclusión de que no se incurrió en error alguno al intervenir a la paciente, holgaría cualquier otra consideración acerca de las secuelas que dice haber sufrido, pues según la reclamante, aquéllas son consecuencia del error. Descartado éste, igual suerte habría de correr la pretendida relación causal entre el inexistente error y las consecuencias que se le imputan.

En cualquier caso, debe ponerse de manifiesto que la interesada ha omitido traer al procedimiento cualquier prueba que permitiera acreditar la relación causa-efecto existente, no ya entre el error y las secuelas que dice padecer, sino entre éstas y la intervención efectivamente realizada. Al respecto los únicos informes valorativos de la actuación médica coinciden en señalar la existencia de sintomatología sensitiva (parestias) con anterioridad a la intervención, estando descritas ya el 12 de julio de 2005, cuando acude a la consulta de Maxilofacial en el HUCA y se le practica una ortopantomografía que revela el tercer molar inferior derecho incluido y en contacto con el nervio mentoniano derecho. Afirma, por ello, la Inspección que *“es imposible conocer si la pérdida de sensibilidad y gustativa que presentaba la paciente es secundaria o previa a la exodoncia, debido a que ya sufría parestias en la misma zona antes de la intervención”*.

Además, y a efectos meramente dialécticos, aunque la reclamante hubiera conseguido probar la relación de causalidad entre las secuelas que padece y la intervención, ello no habría sido suficiente para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial, pues, siendo complicaciones típicas de las exodoncias de los cordales inferiores, dichas secuelas sólo darían derecho a indemnización si pudieran ser calificadas como antijurídicas, lo que no ocurre en el supuesto sometido a consulta, en el que, como se ha dicho, no se advierte mala praxis en el proceso asistencial de la paciente.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciarse la concurrencia de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 121/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 29/06/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 122/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de su fallecida esposa, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 06/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 123/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 06/07/09

Extracto de Doctrina

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”. Este estándar de cuidado no es inmutable, de forma que ha de elevarse o intensificarse cuando concurren elementos adicionales de riesgo, como los antes señalados, a los que cabría añadir uno de especial trascendencia en el presente supuesto: las características de los propios alumnos, como de forma reiterada admite tanto la doctrina de los órganos consultivos como la jurisprudencia, singularmente en los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito de los centros de educación especial y educación infantil.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente sometido a consulta ya fue objeto de nuestro Dictamen 67/2008, cuyos antecedentes cabe dar por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones. No obstante, parece conveniente recordar los siguientes hechos:

1. Con fecha 17 de enero de 2007, la Directora del CPEI “La Naranja” de Beniaján (Murcia) remitió escrito de comunicación de accidente escolar sufrido con fecha 15 de enero anterior por la alumna x., de 3 años de edad, en el cual se exponía lo siguiente:

“...La niña estaba jugando en un banco de madera con otros niños y se cayó al suelo recibiendo el golpe en la mandíbula, de inmediato intentaron cortar la hemorragia y llamaron a los padres que llegaron los dos al instante y llevaron a la niña al centro de salud y de allí al Hospital Virgen de la Arrixaca”.

2. Mediante oficio de 19 de enero de 2007, la citada Directora remitió escrito de x., de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por su hija en el citado Centro. En dicho escrito expone que:

“La niña estaba jugando en el patio, en la hora del recreo, en un banco de madera con otros niños y se cayó al suelo recibiendo un golpe fuerte en la mandíbula, produciéndole los siguientes daños: 4 dientes que se le mueven, el labio inferior partido. La cirujano maxilo-facial que le asistió dijo a la madre que los dientes se le caerán y necesitará revisiones muy periódicas del dentista desde ya mismo, ya que los dientes le saldrán torcidos”.

A la solicitud de reclamación de daños y perjuicios, acompañaba la reclamante la siguiente documentación:

— Informe de 15 de enero de 2007, de alta del Servicio de Urgencias del Hospital “Virgen de la Arrixaca”.

— Fotocopia compulsada del Libro de Familia.

— Informe Bucodental.

— Facturas de una Clínica Dental Infantil, de fechas 24 de enero de 2007 (45 euros) y 7 de enero de 2007 (50 euros), así como comprobante de compra en una farmacia de un cepillo de dientes, una loción hidratante y un antiséptico bucal.

3. En el preceptivo informe de la Dirección del Centro, de fecha 15 de marzo de 2007, se manifiesta lo siguiente:

“...Con fecha 15 de enero de 2007 la alumna (...) sufrió una caída, en el patio del Centro, en la hora del recreo (...). La caída fue fortuita y no hubo intención alguna por parte de otros niños de agredirla. Tenga en cuenta que se trata de niños de tres años y que estaban jugando en el patio. Al caer al suelo desde el banco, la niña amortiguó la caída con la cara dándose el golpe en la mandíbula.

El profesorado responsable era el que estaba de guardia en el patio: (se enumeran cinco profesoras, entre ellas la tutora de la niña).

El banco estaba y está en perfectas condiciones, con la observación de que está colocado algo bajo respecto del suelo, la altura del asiento es de 50 cm. aproximadamente.

(...)

No se han producido accidentes con anterioridad en este mismo lugar, pero las caídas en el patio son frecuentes debido a la corta edad de nuestro alumnado y motivado porque su desarrollo psicomotor está madurando”.

4. A instancia del órgano instructor, el 31 de enero de 2008 la Directora emitió informe ampliatorio del anterior, del que se destaca lo siguiente:

“La niña estaba jugando sola y se subió a un banco el cual no supera los 25 cms. de altura de asiento y 50 cms. de reposabrazos (...)

Cuando se cayó las responsables en el recreo eran (...), todas estábamos atentas a los niños/as que jugaban en el patio y realizamos el protocolo correcto para este tipo de casos, pero hay que comprender que las caídas en el patio son frecuentes debido a la corta edad de nuestro alumnado; añadir que x. sólo tenía 3 años y su desarrollo psicomotor estaba evolucionando, siendo muy inmaduro en el momento de la caída”.

5. Solicitado por dos veces (una el 28-03-07 y otra el 22-05-07) a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares un informe sobre el estado del banco y el cumplimiento de las medidas de seguridad exigidas para los centros de educación infantil en el citado colegio, la indicada Unidad no informa.

6. El 27 de febrero de 2008 se formula propuesta desestimatoria de la reclamación. En síntesis, por considerar que no concurre el necesario y adecuado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama.

SEGUNDO.- Sometido el expediente a consulta del Consejo Jurídico, se emite el Dictamen 67/2008, que concluye declarando la procedencia de *“retrotraer el procedimiento a la fase de instrucción, en la que se deberá solicitar nuevamente de la Unidad Técnica de instalaciones escolares el informe a que se refiere la Consideración Segunda, III, del presente Dictamen, por las razones allí indicadas. En consecuencia, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente, sin perjuicio del nuevo Dictamen que deba emitir este Consejo Jurídico sobre la nueva propuesta de resolución que se formule, una vez se le remita nuevamente el expediente”*.

TERCERO.- En abril y octubre de 2008, por la Vicesecretaría de la Consejería consultante se recaba el informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos, que lo emite el 28 de octubre, en los siguientes términos:

“Esta Unidad Técnica desconoce la existencia de normativa referente a los bancos de madera, ni aparece en el Código de la Edificación ni normativa alguna que sea de obligatorio cumplimiento en el ejercicio de nuestras competencias. Los centros de educación infantil diseñados y/o dirigidos por esta Unidad Técnica no poseen mobiliario escolar alguno en los patios de recreo, ni aconseja su colocación con el fin de evitar posibles accidentes de los niños”.

CUARTO.- Conferido trámite de audiencia a la interesada con fecha 10 de noviembre de 2008, no hace uso del mismo al no presentar alegación ni justificación adicional alguna.

QUINTO.- Con fecha 7 de enero de 2009, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la solicitud al considerar que existe nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño padecido por la niña. Propone una indemnización de 120 euros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 2 de febrero de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del dictamen, plazo, legitimación y procedimiento.

Se dan por reproducidas las consideraciones que, referidas a dichos extremos, se contienen en el Dictamen 67/2008. Sólo cabe precisar ahora que, una vez realizadas las actuaciones instructoras indicadas en aquel Dictamen, cabe considerar que el procedimiento se ha ajustado, en lo fundamental, al establecido por el ordenamiento jurídico para este tipo de reclamaciones, sin que se observen carencias esenciales.

SEGUNDA.- 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, 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. También lo viene reiterando de forma constante este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 117/03).

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*. Este estándar de cuidado no es inmutable, de forma que ha de elevarse o intensificarse cuando concurren elementos adicionales de riesgo, como los antes señalados, a los que cabría añadir uno de especial trascendencia en el presente supuesto: las características de los propios alumnos, como de forma reiterada admite tanto la doctrina de los órganos consultivos como la jurisprudencia, singularmente en los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito de los centros de educación especial y educación infantil.

En el supuesto sometido a consulta el accidente se produce al caer una niña de tres años desde un banco al suelo, en presencia del personal encargado de su cuidado. Concurren, a juicio del Consejo Jurídico, dos elementos generadores de riesgo que, al combinarse, debieron llevar a este personal a extremar su vigilancia sobre la menor: la corta edad, que determina un sistema psicomotor todavía inmaduro (como reiteradamente consta en los informes

del centro), y un objeto potencialmente peligroso para niños tan pequeños, como pone de manifiesto el informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos. Dichas circunstancias imponían una elevación del nivel de cuidado que, según se desprende del expediente, no se aplicó en el presente supuesto. Y es que esa especial intensidad de la vigilancia, que era exigible atendidas las circunstancias del caso, se compadece mal con la no observación directa del accidente por los cuidadores, hecho que cabe deducir de las contradicciones advertidas en los informes del centro acerca de la forma de ocurrir el percance, pues mientras en el primero (página 3 del expediente) se manifiesta que la niña estaba jugando en el banco con otros niños, en otro posterior (pág. 30) se afirma que la pequeña estaba jugando sola y se subió al banco.

Todo lo cual pone de manifiesto, la relación de causa a efecto existente entre el perjuicio invocado y el funcionamiento del servicio público, ya que se trata de un hecho que se produce dentro del ámbito y riesgo propio de la actividad y de las instalaciones utilizadas al efecto, riesgo que, en cuanto integrado en el ámbito del Servicio Público, es asumido por su titular con el carácter objetivo ya señalado, no estando obligada la reclamante a soportar el daño así producido que, por ello, ha devenido en lesión.

TERCERA.- Valoración del daño y cuantía de la indemnización

La reclamante ha aportado justificación de los gastos efectuados en atenciones médicas en cuantía de 95 euros, mediante sendas facturas expedidas por una clínica dental. Asimismo aporta justificante de compra de diversos artículos, de los cuales únicamente cabe entender directamente relacionado con el tratamiento odontológico aplicado para la curación de sus lesiones el antiséptico bucal valorado en 8,5 euros, pero no la loción dermatológica hidratante ni el cepillo dental, artículo éste propio de la higiene bucal ordinaria, cuya adquisición no cabe considerar necesariamente relacionada con los hechos por los que se reclama, careciendo en consecuencia de la condición de daño imputable a la Administración.

En consecuencia, la indemnización habría de ascender a la cantidad de 103,5 euros.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución en cuanto estima la reclamación, al apreciar la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA.- Se informa desfavorablemente dicha propuesta de resolución en el extremo relativo a la cuantía de la indemnización, la cual ha de ajustarse a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 124/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 06/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 125/09.- Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios para la clasificación de los electores incluidos en el censo de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)

Fecha: 06/07/09

Extracto de Doctrina

El artículo 11.10 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia atribuye a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, en materia de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. En su desarrollo, la LCCMU dispone, en lo que concierne al objeto del presente Proyecto de Decreto, que el censo electoral de las Cámaras comprenderá la totalidad de los electores, clasificados por grupos y categorías, en la forma que se determine reglamentariamente (artículo 22.1).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de marzo de 2009, el Director General de Comercio y Artesanía remite al titular de la Secretaría General de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, para su estudio y posterior tramitación, el primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se establecen criterios para la clasificación en grupos y categorías de los electores incluidos en el censo de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia, y para la asignación de vocales representantes en los Plenos (folios 3 a 6).

El borrador se acompaña de la siguiente documentación:

— Resolución del titular del centro directivo de iniciación del procedimiento de elaboración de la disposición, de 20 de enero de 2009.

— Informe de la Jefa de Servicio de Comercio de 18 de marzo de 2009, sobre los trámites que se consideran necesarios en el procedimiento de elaboración.

— Memoria justificativa de la oportunidad, motivación técnica y jurídica de la disposición, también suscrita por la Jefa de Servicio de Comercio el 20 de marzo de 2009. En igual fecha y de la misma funcionaria procede el informe sobre la relación de disposiciones cuya vigencia puede resultar afectada, señalando que únicamente los Reglamentos de Régimen Interior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación deberán ser modificados por adaptarlos a la nueva normativa.

— Informe económico de la Jefa de Sección de Coordinación, de 20 de marzo de 2009, que alcanza la conclusión de que el texto no genera nuevas obligaciones económicas para la Administración regional.

— Informe sobre impacto por razón de género del Servicio de Comercio, de 23 de marzo de 2009, que justifica que el texto es respetuoso con el principio de igualdad entre hombres y mujeres y no establece ninguna medida sexista o que pueda tener como consecuencia un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, ni es previsible que pueda producir consecuencias negativas que favorezcan situaciones de discriminación en función del género.

— De igual fecha es la propuesta del titular del centro directivo al Secretario General de la Consejería consultante.

Por último, constan los trámites de audiencia otorgados a los tres Presidentes de las Cámaras Oficiales de la Región de Murcia para que formulen alegaciones, así como su comparecencia el 16 de marzo de 2009 en la sede de la Dirección General de Comercio y Artesanía, convocados por su titular, suscribiendo todos los representantes (incluidos los Secretarios de las Cámaras) un documento en el que muestran su conformidad con los criterios reflejados en el Borrador (folio 14).

SEGUNDO.- El Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe el 3 de abril de 2009, realizando observaciones al procedimiento, en el sentido de considerar que resultan preceptivos el dictamen de este Consejo Jurídico, en tanto constituye ejecución directa de la Ley 9/2003, de 23 de diciembre, al igual que los informes de la Vicesecretaría y de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, con cita de las disposiciones que lo sustentan. También realiza observaciones a la estructura (cuestiones de técnica normativa) y al contenido del Proyecto, concretamente a la habilitación al titular de la Consejería (Disposición final primera).

TERCERO.- Las anteriores observaciones fueron objeto de estudio y consideración por el Servicio de Comercio (folio 34), incorporándose al texto las relativas a la estructura y contenido, dando como resultado el segundo borrador (folios 38 a 41). Por el contrario, dicho Servicio no considera necesario recabar el parecer de este Consejo Jurídico, argumentado que el presente Proyecto da cumplimiento a lo indicado en su Dictamen 64/2007, evacuado al entonces Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia. No obstante, propone remitir a este Órgano Consultivo una diligencia, cuyo texto obra en los folios 35 a 37, dando cuenta que el nuevo Decreto atiende y da cumplimiento a aquel Dictamen, destacando que fueron atendidas todas las observaciones allí realizadas.

CUARTO.- La Vicesecretaria de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación emite informe al Proyecto de Decreto el 7 de abril de 2009, en el que expresa que queda suficientemente motivado técnica y jurídicamente el texto a fin de continuar con su

tramitación, resaltando que resulta preceptivo el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y, en su caso, el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (sic).

QUINTO.- Solicitado el informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, por oficio de su Director de 24 de abril de 2009 se insta a la Consejería consultante a que complete el procedimiento con los informes del Consejo Asesor Regional de Comercio y del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CESRM en lo sucesivo).

SEXTO.- En su cumplimiento, se sometió el Proyecto de Decreto a informe del Consejo Asesor Regional de Comercio, que lo emitió favorablemente en su sesión de 4 de mayo de 2009, según la certificación obrante en el expediente (folio 50).

SÉPTIMO.- El Pleno del CESRM, en su sesión de 13 de mayo de 2009, aprueba el Dictamen sobre el Proyecto de Decreto, en el que destaca su valoración positiva al texto, porque considera adecuada la propuesta de clasificación en grupos y categorías que reproducen las secciones del Impuesto de Actividades Económicas (IAE). También porque el procedimiento de cálculo es objetivo y las variables seleccionadas son las más representativas de las que pudieran ser elegibles, y además se pondera razonablemente para otorgar mayor relevancia a la dimensión económica, asegurando la representación de todas las categorías.

OCTAVO.- Recabado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, es evacuado el 22 de mayo de 2009 en el sentido de informarlo favorablemente, si bien con las siguientes observaciones:

— Debe ser sometido el Proyecto de Decreto a dictamen del Consejo Jurídico, discrepando de la opinión del Servicio de Comercio.

— Los criterios de representación y forma de confeccionar el censo deben estar justificados documentalmentemente en el expediente, pues no consta ningún informe que justifique la opción elegida, con independencia de que hayan sido valorados positivamente por el CESRM.

NOVENO.- Con fecha 26 de mayo de 2009 se incorpora al expediente un informe justificativo de la clasificación en grupos y categorías de los electores incluidos en el censo de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia, elaborado por el Jefe de Sección de Infraestructura y Comercio Interior, con el visto bueno de la Jefa de Servicio de Comercio.

DÉCIMO.- Con fecha 16 de junio de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo y el texto definitivo sometido a consulta que figura diligenciado (folios 82 a 84).

UNDÉCIMO.- El 29 de junio siguiente se recibe escrito del Secretario de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación de 22 del mismo mes, en el que se justifica la urgencia de disponer de nuestro Dictamen por el proceso electoral pendiente para la renovación de los Plenos de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y poder ultimar el Proyecto de Decreto con antelación suficiente para permitir la aprobación de los Reglamentos de Régimen Interior de las citadas Cámaras, así como los censos electorales de cada una de ellas, adaptados a la nueva estructura, con anterioridad a la fecha de publicación de los mismos.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de disposición reglamentaria que pretende aprobarse en desarrollo de una Ley regional, en concreto la Ley 9/2003, de 23 de diciembre, de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia (en adelante LCCMU), por lo que concurre el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Su preceptividad respecto al Proyecto de Decreto, cuestionada por algún informe al considerar que se trataba de cumplimentar las observaciones ya realizadas en nuestro Dictamen 64/2007, se encuentra fuera de toda duda por las siguientes razones:

1ª) El Dictamen 64/2007 se evacuó con motivo de otra disposición reglamentaria (entonces Proyecto de Decreto sobre el Reglamento General de la LCCMU), que no contenía los criterios de clasificación de los electores, respecto a la que el Consejo Jurídico realizó dos observaciones a este particular: a) Correspondía su desarrollo reglamentario al Consejo de Gobierno, no al titular de la Consejería; y b) la potestad de la Administración regional para el establecimiento de los referidos criterios que determinan la representación de los diversos sectores empresariales es irrenunciable, pues constituye una regla atinente al régimen jurídico básico en materia de Cámaras, que no puede ser transferida a las propias Cámaras (Dictamen del Consejo Jurídico 130/2003), sin perjuicio de que dichos criterios puedan ser pormenorizados y concretados por los correspondientes Reglamentos de Régimen Interior. Como consecuencia de lo anterior, se proponían diversas correcciones al texto allí consultado, según se detalla en el informe de la Jefa de Servicio de Comercio (folio 34).

2ª) El Proyecto de Decreto ahora sometido a consulta desarrolla tales criterios para la clasificación en grupos y categorías de los electores incluidos en el censo de las Cámaras, por lo que procede el dictamen de este Consejo Jurídico en virtud del artículo 12.5 de la LCJ, pues de sostenerse lo contrario implicaría que el Consejo Jurídico no habría conocido ni dictaminado el establecimiento de los referidos criterios.

3ª) La actuación de la Consejería conforme a lo indicado por el Dictamen 64/2007 (en cuanto a la competencia del Consejo de Gobierno y alcance de su habilitación), no prejuzga que respecto a su desarrollo reglamentario el Consejo Jurídico pueda realizar otras observaciones a la vista de la concreta normación, contenida en un Proyecto de Decreto distinto a aquél que se dictaminó.

Finalmente, se aceptan las razones de urgencia para la emisión del presente Dictamen, invocadas en el escrito presentado ante este Consejo el 29 de junio (Antecedente Undécimo).

SEGUNDA.- Procedimiento.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que la tramitación del procedimiento ha seguido lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Por lo que se refiere a la consulta a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación existentes en la Región de Murcia (en adelante, las Cámaras), cabe señalar que dichas entidades han tenido una doble participación en el proceso de elaboración de la

disposición. Primero, a través del sometimiento de sus borradores al preceptivo informe de órganos consultivos en los que están representados, como son el Consejo Asesor Regional de Comercio y el CESRM. En segundo lugar, con gran acierto, a través de una audiencia directa a las mismas, cuyos Presidentes han manifestado conjuntamente su conformidad a la regulación propuesta (folio 14), especialmente significativa si se tiene en cuenta que los criterios establecidos por este reglamento podrán ser concretados y pormenorizados por el correspondiente Reglamento de Régimen Interior de las Cámaras.

Por último, el expediente se encuentra documentalmente integrado, habiéndose agregado los sucesivos borradores, con la valoración de los informes y alegaciones ya indicados, y el subsiguiente reflejo en la evolución del texto.

TERCERA.- Competencia y habilitación legal

El artículo 11.10 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia atribuye a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, en materia de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

En su desarrollo, la LCCMU dispone, en lo que concierne al objeto del presente Proyecto de Decreto, que el censo electoral de las Cámaras comprenderá la totalidad de los electores, clasificados por grupos y categorías, en la forma que se determine reglamentariamente (artículo 22.1).

Previamente la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, estableció que el censo electoral de las Cámaras comprenderá la totalidad de los electores, clasificados en grupos y categorías, en atención a la importancia económica relativa de los diversos sectores representados, en la forma que determine la respectiva Administración tutelante (artículo 8), en este caso la Administración regional. Dicha regulación se reproduce en el artículo 16 bis, 1, conforme a la redacción dada por el Real Decreto 1133/2007, de 31 de agosto, por el que se modifica el capítulo III del Reglamento General de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, que regula el sistema electoral.

El Reglamento General que desarrolla la LCCMU, aprobado por Decreto regional 99/2007, de 25 de mayo, viene a reiterar la regulación de la LCCMU, al establecer que el censo electoral de las Cámaras comprenderá la totalidad de sus electores clasificados por grupos, y, en su caso, por categorías, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley citada, y que el Consejo de Gobierno mediante Decreto determinará los criterios de representación y la forma de confeccionar el censo electoral, que constituye el objeto del presente Proyecto (artículo 29).

En consecuencia, el Consejo de Gobierno se encuentra habilitado por la LCCMU para establecer los criterios de elaboración del censo electoral para la clasificación de los electores en grupos y categorías, así como para la asignación de vocales representantes en los Plenos de las Cámaras (Disposición final segunda en relación con el artículo 22.1), revistiendo la naturaleza de reglamento ejecutivo de dicha Ley, como reconoce la parte expositiva del Proyecto:

“El fin que se pretende con la presente disposición es completar el desarrollo reglamentario de la Ley 9/2003, de 23 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia, en lo relativo a la estructura y composición del pleno

y los criterios para la clasificación en grupos y categorías de los electores incluidos en el censo de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia y para la asignación de vocales representantes en los plenos”.

CUARTA.- Sobre la regulación propuesta y su carácter de desarrollo parcial.

A) La regulación propuesta se adecua a la LCCMU en cuanto:

— Distribuye el censo electoral en grupos y categorías conforme al Anexo (artículo 22.1 LCCMU).

— Los vocales electos del Pleno a determinar por las Cámaras se encuentran entre los límites legalmente establecidos (mínimo 11 máximo 40), conforme al artículo 12.1,a) LCCMU.

— Para la asignación de los vocales en los Plenos se tiene en cuenta la importancia económica de los diversos sectores representados, conforme a lo establecido en el artículo 12.1,a) LCCMU.

— Los Reglamentos de Régimen Interior de las Cámaras deberán adaptarse a lo establecido en el Decreto, conforme a lo estipulado en la Disposición final tercera LCCMU.

De otra parte, la fórmula paramétrica utilizada para determinar la importancia económica de los diversos sectores representados aparece justificada en el expediente (folios 79 a 81), como requiere el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, y ha sido valorada como adecuada por el CESRM en base al siguiente razonamiento:

“En efecto, el Consejo considera adecuada la propuesta de clasificación en grupos y categorías fijada en el anexo porque sigue la establecida en las diferentes secciones de la tarifa del Impuesto de Actividades Económicas, base de datos determinante para la fijación del recurso cameral y, por tal motivo, anualmente actualizada por la Administración tributaria.

A su vez, considera el Consejo que son apropiadas las variables que determinarán el número de vocales electos, las empresas en alta en el Impuesto de Actividades Económicas y la cuantía del recurso cameral permanente. En primer lugar por su representatividad. Las empresas constituyen el cuerpo electoral y es incuestionable su presencia a efectos de la determinación de los vocales. Y el recurso cameral constituye un componente básico de la financiación de las Cámaras, de tal forma que la magnitud monetaria del mismo determina su capacidad de gestión y funcionamiento. Y en segundo lugar por la simplicidad y transparencia de esta información. Datos referentes a otras posibles opciones (número de empleos, volumen de ventas, etc.) son más opacos y difíciles de conseguir con homogeneidad.

También comparte el consejo la ponderación propuesta a las citadas variables, un 40% a las empresas en alta y el 60% al recurso cameral. Se otorga mayor peso relativo a la segunda, sin que la desigualdad resulte desmesurada, para valorar más la dimensión económica y corregir parcialmente la existencia de empresas con muy poca actividad económica. Además, el procedimiento para la determinación de los vocales a partir de estas variables y las ponderaciones que se atribuyen a cada una es totalmente objetivo, lo que mejora el sistema aplicado hasta ahora.

Finalmente, valora el Consejo que se garantice a cada una de las categorías incluidas en el anexo la representación mínima de un vocal, de tal forma que todos los principales

sectores económicos de la Región dispondrán de voz y voto en el Pleno de las Cámaras, Por otra parte, el Proyecto establece un procedimiento corrector para efectuar el redondeo, habitual en estos sistemas de reparto”.

A lo anterior, habría que añadir que dicha fórmula no contradice lo dispuesto en el artículo 9.2.a) del Reglamento General de la LCCMU que establece que la importancia económica relativa de los sectores representados en el ente cameral se podrá determinar de forma ponderada por las dos magnitudes siguientes: la aportación que realicen a la corporación por el concepto de recursos camerales permanentes y por el número de electores que figuren en el censo electoral.

B) En otro orden de ideas, cabría plantear la razón, no documentada en el expediente, por la que se ha optado, a través del presente Proyecto de Decreto, por un desarrollo parcial del mandato contenido en la Disposición final segunda del Reglamento General que desarrolla la LCCMU:

“En el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Reglamento, se procederá a aprobar la normativa de desarrollo relativa a la estructura y composición del Pleno, los criterios de elaboración del censo electoral y la forma, contenido y procedimiento de las funciones establecidas en el artículo 8.2 de la Ley”.

En cualquier caso, el Consejo Jurídico no encuentra obstáculo a este desarrollo parcial en tanto el objeto del Proyecto es fácilmente desgajable del resto de materias, cuyo desarrollo también habilita al Consejo de Gobierno (“contenido y procedimiento de las funciones contenidas en el artículo 8.2 de la Ley”).

Por último, no se aclara en el expediente si la previsión contenida en el apartado Segundo del Artículo único del Proyecto —relativa a que cada Cámara podrá desagregar las categorías en secciones y ramas, en atención a la singular relevancia económica que puedan tener y de acuerdo con lo que se establezcan en los respectivos Reglamentos de Régimen Interior— puede tener alguna incidencia en la clasificación de electores, que se establece en la normativa en función de grupos y categorías.

QUINTA.- Observaciones y cuestiones de técnica normativa.

— Título del Proyecto de Decreto.

Podría suprimirse del título “grupos y categorías”, sin mermar la identificación del objeto de regulación, y completarse el final del título, añadiendo “de las citadas Cámaras”, al hacer referencia a los Plenos.

— Parte expositiva.

En los párrafos primero y segundo aparece citado el Reglamento General de la LCCMU, si bien de forma diferente. Por tanto, convendría incorporar la cita completa en el primer párrafo (decreto, fecha de aprobación y denominación), acogándose la fórmula abreviada en el segundo párrafo, siendo innecesaria, de otra parte, la referencia al BORM donde se publicó la disposición y su corrección de errores (en ningún caso debería ser citado con siglas). Tampoco procede la coma delante del paréntesis.

Del antepenúltimo párrafo se deben suprimir las comillas del final, pues no se encuentran en el texto las iniciales, y en la cuarta línea, al final debe sustituirse “establecer” por “establecen”.

En el último párrafo debe recogerse la fórmula que proceda en relación con nuestro Dictamen, teniendo carácter esencial esta observación.

— **Artículo Único.** Criterios para la clasificación en grupos y categorías de los electores incluidos en el censo de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia y para la asignación de vocales representantes en los Plenos.

Los apartados en los que se divide el Artículo único (así debería escribirse) deberían ser enumerados con cardinales arábigos, en cifra, siguiendo las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005. También debe suprimirse el subrayado de los mismos.

No obstante, se sugiere la posibilidad de suprimir el Artículo único, y dividir la regulación en tres artículos; el 1 que contenga lo relativo a la distribución del censo electoral en grupos y categorías (con dos apartados correspondiente a los contenidos actuales de los apartados Primero y Segundo del Proyecto); el 2 atinente a los vocales electos y a la asignación de vocales representantes en los Plenos, con los contenidos correspondientes a los apartados Tercero y Cuarto del Proyecto; finalmente, el artículo 3 se integraría con el contenido del apartado Quinto (Obligaciones de las Cámaras).

Asimismo, en la medida que se citan con la denominación completa las Cámaras en el apartado Primero del Proyecto, podría recogerse, entre paréntesis, que en lo sucesivo serán citadas como Cámaras, lo que explicaría que se acoja tal denominación en los apartados Segundo, Tercero y Cuarto. De otra parte, debería citarse de manera correcta el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en este último apartado.

En el apartado Cuarto, párrafo final, debe añadirse una tilde a “mas”.

En el apartado Quinto podría sustituirse la Dirección General competente en materia de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación por “la Dirección General competente en la materia”, puesto que al inicio del apartado se acota dicha materia. También sobra la preposición “de” delante de “sobre la Renta de las Personas Físicas”.

Por último, en relación con las obligaciones de las Cámaras de comunicar a la Dirección General competente los datos actualizados del número de altas en el Impuesto de Actividades Económicas, o tributo que le sustituya, y cuantía total del recurso, desagregado en cada uno de sus conceptos, cabría acotar: “a efectos electorales” y “con las garantías derivadas del régimen legal de protección de datos personales”, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 bis.4 del Reglamento General de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, según redacción dada por el RD 1133/2007, ya citado. Sobre este último precepto, el Dictamen núm. 1021/2007 del Consejo de Estado señala:

“De conformidad con este precepto, las Cámaras sólo podrán ceder a la administración tutelante aquellos datos relativos al censo cuyo conocimiento sea necesario para el correcto ejercicio de las competencias que, en materia electoral, tiene atribuidas dicha administración tutelante. Y ello, por supuesto, con sujeción a los principios de la protección de los datos (tales como los de calidad, proporcionalidad, seguridad y finalidad (...))”.

— **Disposiciones adicional y final única.**

Las Directrices de técnica normativa, ya citadas, recomiendan escribir Disposición en mayúscula y adicional y final única en minúscula.

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 presente Proyecto de Decreto, debiendo introducirse en la parte expositiva, no obstante, la fórmula que procede en relación con nuestro Dictamen.

SEGUNDA.- Para la mejora técnica del Proyecto, deberían introducirse las modificaciones o precisiones indicadas en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 126/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 09/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de octubre de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería competente en materia de carreteras, por los daños materiales y personales sufridos con ocasión de un accidente de tráfico ocurrido el 30 de junio de 2007, cuando circulaba con su motocicleta marca Yamaha, modelo SR-250, matrícula “—”, por la Carretera de Caravaca, a su paso por Mula; atribuye el accidente a la caída de una rama de grandes proporciones procedente de uno de los olmos octogenarios situados a orillas de la travesía del citado municipio.

Describe que fue trasladado al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde se le diagnosticó de un politraumatismo con dolor en región costal izquierda y hombro, dolor a palpación y movilización, así como fractura tercio distal de la clavícula izquierda. Posteriormente fue ingresado en la Clínica Virgen de la Vega (folio 15).

Refiere que del accidente levantó Atestado la Policía Local de Mula, que se personó en el lugar de los hechos.

Imputa al servicio público regional el incumplimiento de los deberes de mantenimiento y conservación para que las carreteras se encuentren transitables y libres de obstáculos.

En consecuencia, solicita que se le indemnice por los daños materiales sufridos por su motocicleta, en la cuantía de 700 euros y de las lesiones sufridas de las que aún no se ha recuperado.

Acompaña la documentación que obra en los folios 1 a 17, que se relaciona seguidamente:

— Noticia aparecida en un diario regional (se desconoce la fecha de publicación), en la que se describe que un motorista resultó herido al caer una rama de un árbol octogenario situado a orillas de la travesía de Mula en la noche del viernes, acudiendo los agentes de la Policía Local y de los servicios de urgencias para atender al herido, y retirar las ramas que interrumpían el tráfico.

— Parte del accidente dirigido al Juzgado correspondiente, suscrito por el facultativo del Servicio de Urgencias de Atención Primaria de Mula a las 0,30 horas del día 30 de junio de 2007, describiendo la naturaleza de las lesiones del reclamante en el momento de ser atendido.

— Parte de la Clínica Virgen de la Vega, que atendió al conductor el 30 de junio de 2007, a las 1,51 horas de la madrugada, y que contiene como juicio diagnóstico fractura de clavícula.

— Informe-valoración pericial que cuantifica los daños de la motocicleta en 700,05 euros, acompañado de varias fotografías de la misma.

— Certificación de la Secretaria del Ayuntamiento de Mula, que transcribe el siguiente informe de la Jefatura de la Policía Local:

“Que el pasado sábado día 30 de junio actual a las 00,12 horas se recibe aviso telefónico en la Policía Local de Mula, comunicando que se había producido un accidente en la Carretera de Caravaca, tratándose de una motocicleta que a consecuencia de la presencia de unas ramas en la calzada se ha precipitado a la calzada.

Que la motocicleta marca Yamaha (...) siendo conducida por x. (...) resulta con heridas consistentes en erosiones y contusión en hombro izquierdo solicitando la presencia de la ambulancia que lo traslada a la Ciudad Sanitaria.

Que de los hechos descritos se da traslado a la Dirección General de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Conservación) el día 9 de julio de 2007 con registro de salida de la Policía Local núm. 677”.

SEGUNDO.- El 11 de febrero de 2008, x. presenta escrito, en el que, tras exponer que no ha tenido conocimiento de ninguna actuación una vez presentada la reclamación, acompaña un parte de alta médica correspondiente al 11 de noviembre de 2007, así como una hoja de control de los daños ocasionados a la motocicleta.

TERCERO.- El 13 de febrero de 2008, la instructora recaba informe de la Dirección General de Carreteras sobre el accidente y el estado de la vía. En esa misma fecha solicita del reclamante que aporte la documentación que se relaciona (documento nacional de identidad, carnet de conducir, permiso de circulación, tarjeta de inspección técnica de vehículos y condiciones generales y particulares de la póliza suscrita), así como que aclare y documente los siguientes aspectos:

— Indicación acerca de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones.

— Acreditación de la realidad y certeza del suceso, así como del lugar y del punto kilométrico donde se produjo.

— Justificación de los daños.

CUARTO.- El 28 de febrero siguiente, el reclamante presenta escrito al que acompaña la documentación solicitada, manifestado que el suceso resulta acreditado con el Atestado de la Policía Local y con el recorte del periódico dando cuenta del mismo. Además, señala que no puede precisar el punto kilométrico donde se produjo, porque tampoco lo indica la Policía Local. En su opinión, es incuestionable el nexo causal con el daño alegado al caer encima una rama de un árbol de grandes dimensiones, sin que haya ejercitado otra acción de reclamación en vía civil o penal.

Por último, respecto a la cuantía indemnizatoria indica lo siguiente:

1º) Los daños materiales ascienden a la cantidad de 700,05 euros, según la factura que acompaña.

2º) Por los daños personales solicita la cantidad de 6.848,96 euros, correspondientes a 136 días de baja impeditiva (desde el 29 de junio al 11 de noviembre de 2007), a lo que habría que añadir los pluses de asistencia y de productividad, que podrían ascender a 300 euros mensuales, si bien todavía no ha podido obtener el certificado que los acredite. Por último, reclama los gastos de gasolina por los desplazamientos a Murcia para el tratamiento posterior (8 viajes de ida y vuelta), así como los gastos del aparcamiento, de los que no ha conservado el resguardo.

QUINTO.- El Jefe de Sección de Conservación III de la Dirección General de Carreteras emite informe el 29 de febrero de 2008, en el que expone:

“La carretera objeto de este informe pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

A).- *Fue constatado el hecho por la Policía Local del Ayuntamiento de Mula y comunicado al Servicio de Conservación con fecha 13 de julio de 2.007. El 5 de julio de 2.007, el Sr. Inspector del Sector Alcantarilla constata la existencia de ramas junto a la acera existente en este tramo de carretera.*

B).- *Solicitada información al Instituto Meteorológico sobre la velocidad del viento en esa fecha, indican una velocidad de 46 km./h. en Alcantarilla, 37 km./h. en Caravaca y 49 km./h. en Cieza, dado que en Mula no hay estación de medición. Puntualmente y en zonas concretas por causa de la elevada temperatura puede ocasionar aumento considerable de esta velocidad. De la misma fuente informativa, nos han indicado en otra ocasión que la velocidad de 50 km./h. puede ocasionar daños en ramas de árboles hasta llegar a su rotura.*

Sobre la actuación del perjudicado informo:

Visibilidad mínima sentido de circulación Mula a Caravaca: 123 m.l.

Visibilidad mínima sentido de circulación Caravaca a Mula: 264 m.l.

Se ha informado de ambos sentidos por no poder precisar el sentido de la circulación en el momento del accidente de acuerdo a la documentación presentada. No obstante, la velocidad se encuentra limitada en este tramo a 40 km./hora, existe iluminación artificial con farolas, aceras y el firme en estado bueno, no llueve. Con estas condiciones se considera posible frenar y controlar la motocicleta sin caer de la misma.

C).- *En este tramo de carretera no se tiene conocimiento de otro accidente.*

D).- *De la información recabada sobre el mantenimiento de los árboles situados junto a la carretera, se tiene constancia de haber efectuado por el Servicio de Conservación*

las operaciones necesarias y adecuadas al mismo con anterioridad al hecho producido de acuerdo con factura de trabajos realizados que se adjunta.

E).- No se considera otra posible actuación además de las tomadas por la Administración Regional, salvo que se acuda a la de proceder a cortar estos árboles, en este caso, especie protegida por tratarse de un olmo y de gran antigüedad.

F).- En la actualidad se ha vuelto a podar en este mismo mes de febrero de 2.008.

G).- Informado en el apartado B.

Visibilidad mínima sentido de circulación Mula a Caravaca: 123 m.l.

Visibilidad mínima sentido de circulación Caravaca a Muña: 264 m.l.

Se ha informado de ambos sentidos por no poder precisar el sentido de la circulación en el momento del accidente de acuerdo a la documentación presentada. No obstante, la velocidad se encuentra limitada en este tramo a 40 km./h., existe iluminación artificial con farolas, aceras y el firme en estado bueno, no llueve. Con estas condiciones se considera posible frenar y controlar la motocicleta sin caer de la misma.

H).- No puedo informar este punto por desconocimiento del tema.

I).- Este hecho se ha debido producir por distracción o velocidad inadecuada del conductor dadas las condiciones de la vía.

J).- En este momento no estimo otras cuestiones además de las manifestadas”.

SEXTO.- Otorgado un trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones el 15 de julio de 2008 en el siguiente sentido:

— En el informe de la Sección de Conservación III de la Dirección General de Carreteras se reconoce la existencia de unas ramas junto a la acera en el tramo de la carretera donde se produjo el accidente, lo que significa que el reclamante conducía correctamente por la derecha de la carretera, dado que no se trata de ningún joven sino de un padre de familia de 53 años con responsabilidades familiares, y que, al pasar por el lado de un árbol, le cayó encima una rama tirándolo de la moto.

— La velocidad del viento no suponía ningún riesgo catastrófico y la rotura de las ramas de los árboles implica un incumplimiento del deber de conservación.

— Las labores de poda anteriores debieron de realizarse incorrectamente, pues no evitaron que se cayeran las ramas del árbol en cuestión.

— Lejos de aceptar lo ocurrido, el informe técnico trata de inculpar al reclamante achacándole distracción, pues se sostiene que podría haber esquivado las ramas, cuando éstas cayeron de forma súbita e inesperada sobre la moto, no pudiendo ser evitadas. Distinto hubiera sido si la rama hubiera caído con antelación pero, en todo caso, representaba un obstáculo en la carretera.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 16 de febrero de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por la inexistencia de nexo causal, unido a las carencias probatorias apreciadas.

OCTAVO.- Con fecha 4 de marzo de 2009 (registro de entrada) se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

NOVENO.- El 22 de mayo de 2009, el reclamante se ha personado ante este Órgano Consultivo solicitando audiencia y vista del expediente, designando a tal efecto al letrado x., quien comparece en su sede el 28 siguiente, según acta obrante en el expediente, otorgándole un trámite de audiencia por un plazo de 15 días contado a partir de tomar vista del expediente, acordado por Resolución de su Presidente de 25 de mayo de 2009.

DÉCIMO.- Dentro del plazo otorgado, el letrado actuante presenta escrito ante este Consejo Jurídico (registro de entrada de 15 de junio de 2009), en el que expone que ha quedado acreditado en el expediente la titularidad de la vía, que el accidente se produjo el 29 de junio de 2007, sobre las 23,30 horas, en la carretera de Caravaca, a su paso por Mula, al caerle a su representado una rama de un árbol cuando circulaba con su motocicleta, así como el alcance de las lesiones y los daños de la motocicleta. También considera acreditado que la poda realizada con anterioridad, según indica el técnico informante, no se debió realizar correctamente, pues lo cierto es que se cayó la rama sobre la vía, sin que se hayan justificado vientos superiores a 50 Kms./h. en las poblaciones limítrofes al lugar.

De otra parte, cuestiona la afirmación del órgano instructor —sin ninguna justificación— sobre la velocidad inadecuada del conductor por las siguientes razones:

— La rama le cayó directamente encima, de manera que no pudo evitarla.

— No ha quedado acreditada una velocidad inadecuada por parte del conductor de la motocicleta, insistiendo que era moderada.

— Aunque la rama hubiera caído con anterioridad, no eximiría de responsabilidad a la Administración regional.

Por último, tras referirse a los fundamentos legales de la reclamación, con referencia de un fallo judicial sobre daños causados por la caída de un árbol en un municipio de la Región de Murcia (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de octubre de 2002), solicita que se estime la reclamación, pese a que la Administración regional trata de eludir su responsabilidad.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen tiene carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, conforme con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Sobre la instrucción y la documentación remitida.

En el presente supuesto se ha reconocido por el órgano instructor que han quedado acreditados en el expediente los daños causados a la motocicleta, así como los personales. De otra parte también se considera probado el hecho del accidente, de acuerdo con lo indicado por la Jefatura de la Policía Local de Mula, que cita el informe del técnico de la Dirección General de Carreteras.

Lo anterior implica el reconocimiento, al menos, de la existencia de ramas de un árbol en la travesía por donde circulaba la motocicleta, y que a consecuencia de las mismas el conductor se precipitó a la calzada, según la certificación aportada por el interesado, que transcribe literalmente el citado informe de la Jefatura de la Policía Local de Mula (folio 13).

Sin embargo, el órgano instructor, sobre la base de lo informado por el técnico de la Dirección General de Carreteras, que sostiene que el reclamante podría haber sorteado las ramas existentes en atención a los límites de velocidad existente, visibilidad e iluminación, alcanza la conclusión de que el accidente es imputable en exclusiva al reclamante, achacándole una conducta indebida sin mayor justificación, reconociendo, no obstante, carencias probatorias.

Dichas carencias probatorias, que reconoce la propuesta de resolución, hubieran exigido, como mínimo, realizar de oficio determinados actos de instrucción, que hubieran permitido aclarar las circunstancias del accidente, a la vista de lo indicado por el reclamante y de la documentación que acompaña (certificación del informe de la Jefatura de la Policía Local y noticia publicada en un diario regional sobre el accidente); por el contrario, se opta, sin más, por proponer la desestimación, con fundamento en una hipótesis sin mayor justificación, y sin tener en cuenta la labor que corresponde a los órganos instructores de los expedientes de responsabilidad patrimonial, destacada por este Consejo Jurídico en la Memoria correspondiente al año 2002 (página 54), a los que corresponde realizar de oficio todos los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos sobre los que debe pronunciarse la resolución, de acuerdo con lo establecido en los artículos 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 7 Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo.

Por tanto, el Consejo Jurídico considera que han de clarificarse las circunstancias en las que se produjo el accidente, teniendo en cuenta que la descripción de lo ocurrido que realiza el reclamante (caída de una rama de grandes proporciones de manera sorpresiva cuando circulaba por la Carretera de Caravaca, a su paso por Mula) es confirmada por la noticia aparecida en un diario regional, que aporta el mismo interesado (folio 17).

En consecuencia, el órgano instructor ha de realizar las siguientes actuaciones complementarias:

1º) Solicitar de la Policía Local de Mula que remita el Atestado y restante documentación que obra en su poder sobre el accidente objeto del presente expediente, incluido el oficio que se remitió a la Dirección General de Carreteras dando cuenta del mismo. En tal sentido sólo figura en el expediente una certificación del informe de la Jefatura de la Policía Local aportada por el reclamante (folio 13).

2º) Recabar de los agentes de la Policía Local que se personaron en el lugar, que describan si las ramas ocupaban la calzada y si las retiraron de la calzada. También si tienen conocimiento de que con anterioridad se hubiera producido un hecho similar en dicha travesía.

Además, ha de incorporarse al expediente la factura sobre la poda realizada con anterioridad, que se dice acompañar al informe del Jefe de Conservación III de la Dirección General de Carreteras, pero que no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

También ha de solicitarse aclaración al reclamante sobre el titular de la motocicleta, pues en el permiso de circulación consta otro nombre (folio 39).

Por último, en la medida que ha de realizarse una instrucción complementaria, de cuyo resultado se dará un trámite de audiencia al reclamante con anterioridad a la nueva propuesta de resolución que incorpore las últimas actuaciones, se ha de remitir a la Consejería consultante el escrito presentado por el interesado ante este Consejo Jurídico para que igualmente sea tenido en cuenta por el órgano instructor en la nueva propuesta de resolución, que también habrá de pronunciarse sobre la cuantía indemnizatoria reclamada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, pues ha de realizarse una instrucción complementaria en el sentido indicado en la Consideración Segunda y completarse la documentación omitida. A tales efectos también se acuerda remitir a la Consejería consultante el escrito presentado ante este Órgano Consultivo por el interesado.

SEGUNDA.- Tras dicha actuación instructora complementaria, ha de otorgarse un nuevo trámite de audiencia al reclamante, y elevarse nueva propuesta de resolución para la emisión del Dictamen sobre las cuestiones de fondo planteadas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 127/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 09/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 37.

DICTAMEN 128/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de día de personas mayores.**Consultante: Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)****Fecha: 09/07/09****Extracto de Doctrina***Nota: concluye en la procedencia de completar actuaciones.***ANTECEDENTES**

PRIMERO.- Con fecha 19 de junio de 2008, x. presentó escrito en el que formuló reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración regional en la que solicita una indemnización de 14.377'65 euros, más intereses, por los daños y perjuicios físicos sufridos (días de incapacidad y secuela) como consecuencia de la caída padecida el día 20 de febrero de 2007 en el Centro de Día de Personas Mayores "Murcia II", sito en C/ Mar Menor nº 17, de Murcia, adscrito al Instituto Murciano de Acción Social (IMAS), del que es usuaria. En síntesis, alega que dicho día, cuando estaba en una de las dependencias de dicho centro, al ir a colocar una silla, tropezó con un borde saliente del pavimento del suelo, que tenía un desnivel, al no encontrarse las losas debidamente colocadas y juntas. Añade que el día 13 anterior, otra usuaria, x. (sic. x), a la que en su momento propondrá como testigo, sufrió otro accidente por la misma causa, si bien tras ello el centro no colocó ninguna señal que advirtiera de dicho desperfecto, ni obstáculo que impidiera el paso por ese lugar; además, afirma que poco después de su propio accidente se procedió al precintado de la zona y a su reparación. Señala que se trata de un lugar destinado a la estancia de personas mayores, por lo que debe tenerse especial cuidado en las instalaciones, ya que el grado de perceptibilidad del defecto del pavimento, aun siendo éste de escasa entidad, es inferior al de otras personas, conforme con supuestos análogos de la jurisprudencia, que cita. Afirma que, aunque el Código Técnico de la Edificación (CTE) aprobado por RD 1371/2007 establece que "*con el fin de limitar el riesgo de caídas como consecuencia de los traspies o de tropiezos, el suelo debe cumplir las condiciones siguientes: A) No presentará imperfecciones o irregularidades que supongan una diferencia de nivel de más de 6 mm.*", se trata de un requisito general que debe ser más exigente en zonas destinadas a la tercera edad, aunque, en el caso, el desnivel superaba la indicada cifra, según se advierte en las fotografías que aporta.

A su escrito acompaña diversa documentación, de la que se destaca la siguiente:

- a) Copia del parte de la asistencia prestada por el servicio 061 a x. por caída sufrida el 13 de febrero de 2007 en el centro social de referencia.
- b) Fotografías que, según se afirma, corresponden al desnivel que presentaba el pavimento del suelo en el lugar y momento de la caída sufrida por la reclamante.
- c) Fotografías realizadas el 19 de noviembre de 2007, del mismo lugar, según se afirma, ya con el desnivel eliminado.
- d) Parte de la historia clínica correspondiente a la asistencia prestada a la reclamante en el hospital "Morales Meseguer", desde que el 20 de febrero de 2007 acudió a su Servicio

de Urgencias, incluyendo informe de alta emitido el 3 de octubre de 2007 por su Servicio de Consultas Externas de Traumatología.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación mediante resolución del Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración de fecha 3 de julio de 2008, y notificado ello a los interesados (reclamante y compañía aseguradora del IMAS), la instrucción solicitó informe a la Dirección del centro donde se produjo el accidente, que fue emitido el día 15 de julio de 2008, con el siguiente contenido:

“1) Que la caída se produce cuando la citada socia empujaba una silla y ésta encalla en una junta de dilatación del edificio, perdiendo en ese momento el equilibrio, yendo a caer sobre la misma y, dada la inestabilidad del conjunto, resbalando con la silla hacia el suelo.

2) Que el ordenanza del servicio, alertado por compañeros de la actividad que se disponía a realizar x. (ensayo de coral), pone en marcha el protocolo de actuación ante este tipo de situaciones, comunicando el accidente al servicio del 112.

3) Que tanto la accidentada como su esposo, que se encontraba presente, deciden por sus propios medios trasladarse al Hospital Morales Meseguer.

4) Que desde el primer momento esta dirección puso en conocimiento de x. la existencia de un seguro por parte del Centro.

5) Que el día 21 de febrero fue comunicada la incidencia a la correduría de seguros x., al objeto de iniciar el correspondiente expediente.

6) Que a instancias de la compañía fue emitido informe por parte de la oficina técnica, informe que obra en el expediente sito en la Sección de Asuntos Generales.

7) Que a pesar del diagnóstico de los técnicos relativo a la no disfunción del diferencial de los bordes de la junta de dilatación, esta dirección insiste en que sean desbastados hasta la desaparición total, aunque momentánea al tratarse de una junta “viva”, del diferencial de los bordes.

8) Que de las 1.200 plazas de actividades generadas en el curso pasado por el CDM Murcia II, sólo hay constancia de la caída por arrastre de x. y de otra caída el 13 de febrero que protagonizó la socia x. mientras realizaba la actividad de gimnasia para mayores.

9) Que el 29 de noviembre de 2007 se recibió en esta C.R.I., del Jefe de Sección de Asuntos Generales, documentación conteniendo copia de la resolución de la aseguradora x. con la indicación de que “entendemos que no se debería asumir responsabilidad”, con el ruego de su entrega a x.

10) Que a mayor abundancia de datos, sería procedente la consulta por parte de este Servicio de Régimen Jurídico, del Expediente obrante en la Sección de Asuntos Generales del IMAS en la que se han centralizado las actuaciones.”

TERCERO.- El 22 de julio de 2008 la instrucción solicita del IMAS la remisión de la documentación de que dispusiera sobre el asunto de referencia, así como su informe. Mediante oficio del día siguiente, el Jefe de Servicio de Prevención de Riesgos Generales y Régimen Interior de dicho Instituto remite la documentación solicitada, relativa a las actuaciones seguidas en su día por el accidente ante la citada compañía aseguradora.

De la misma se destaca el informe de 29 de mayo de 2007 del Arquitecto del IMAS (folio 49 exp.), que expresa lo siguiente:

“El Centro de día de personas mayores citado en el epígrafe, constituido en un edificio exento, sito en C/ Mar Menor 17, Murcia, formado por planta baja y planta primera, dada su superficie dispone de una junta de dilatación para absorber las variaciones que por contracciones o dilataciones puedan producirse.

Consecuentemente a lo referido, en febrero de 2.007 la junta de dilatación en planta primera presentaba un desnivel no superior a 1 milímetro de altura, la cual fue eliminada mediante desbastado y posterior pulido del pavimento en una longitud de 80 cm., a ambos lados de la junta de dilatación, quedando toda la superficie del salón sin desigualdades de nivel, con la finalidad de evitar que puedan producirse tropiezos o caídas por este motivo.”

CUARTO.- El 17 de septiembre de 2008 la Técnica Responsable de la Oficina Técnica del IMAS emite informe, con el siguiente contenido:

“En fecha de febrero de 2007, la junta de dilatación de la planta primera del Centro de referencia, presentaba un desnivel en altura no superior a un milímetro, la cual una vez conocido que pudiese dar origen a caída de una persona en esa área, fue eliminada mediante desbastado y pulido del pavimento de terrazo existente en 80 centímetros a ambos lados de la junta, quedando todo el salón sin desigualdades de nivel.

Asimismo debe tenerse en consideración que la junta de dilatación existente es un componente necesario del edificio, consecuente con las dimensiones de la edificación, y que a su vez es un elemento dinámico que puede ofrecer pequeñas alteraciones en su anchura y altura, según las variaciones de temperatura o de basamento (que) puedan repercutirle, no siendo su característica funcional la total igualdad en nivel o anchura.

El Código Técnico de la Edificación, actualizado por RD 1371/2007, en el Documento Básico SU, apartado SU1, Seguridad frente al riesgo de caídas, apartado 2, Discontinuidades en el Pavimento, en su punto a) indica textualmente “no presentará imperfecciones o irregularidades que supongan una diferencia de nivel de más de 6 milímetros”, tolerancia muy superior al desnivel inferior a un milímetro que existía en la junta de dilatación objeto del presente informe.”

QUINTO.- Obra en el expediente un escrito de 16 de octubre de 2008 de la aseguradora del IMAS en el que, en síntesis, alega que no han quedado suficientemente demostradas las circunstancias alegadas, ni se ha demostrado que el funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública haya sido la causa eficiente y adecuada del daño reclamado, según se desprende de los informes técnicos emitidos.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados, el 28 de noviembre de 2008 la reclamante formuló alegaciones, en las que, en síntesis, reitera lo expresado en su escrito inicial, añadiendo que la existencia de las juntas de dilatación no implica la existencia de desniveles en altura entre las losetas del suelo, sino de anchura.

SÉPTIMO.- El 10 de febrero de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, a la vista de los informes técnicos emitidos, que no puede considerarse que el pequeño desnivel existente constituyera una deficiencia de las instalaciones generadora de responsabilidad patrimonial, visto que éstas cumplían con los estándares técnicos aplicables, sin que la mera producción del daño sea

causa suficiente para determinar dicha responsabilidad, de tal manera que el hecho causante del accidente es ajeno al actuar de la Administración y, en consecuencia, ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, según jurisprudencia que cita.

Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico, junto al expediente y su extracto e índice reglamentarios, para la emisión de Dictamen preceptivo, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. La reclamante, al sufrir los daños imputados a la actuación administrativa, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de las instalaciones destinadas a la actividad de asistencia social de su competencia, en las que se produce el accidente.

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y RRP para esta clase de procedimientos, sin perjuicio de lo expresado en la siguiente Consideración.

TERCERA.- Nuevas actuaciones.

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.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes, ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen

de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, el Consejo Jurídico considera que es un hecho relevante para determinar la posible responsabilidad patrimonial de la Administración regional la existencia de un previo accidente padecido por otra usuaria en el mismo centro social de referencia, suceso al que alude su director en el informe emitido el 15 de julio de 2008 (Antecedente Segundo); considerando que de dicho informe no se extrae con claridad si dicho accidente se produjo en el mismo lugar y por la misma causa (la junta de dilatación) que el que motiva la presente reclamación, procede que el instructor requiera a dicho informante para que aclare este extremo (y, en su caso, si hubo testigos de este hecho, aparte de la misma accidentada), a efectos de poder valorar las circunstancias de tal accidente. Por ello, procede acordar la retroacción de las actuaciones, continuando después el procedimiento con los trámites que procedan, incluyendo un nuevo trámite de audiencia a la reclamante para que pueda alegar sobre lo actuado.

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

CONCLUSIONES

ÚNICA.- Procede acordar la retroacción del procedimiento para realizar la actuación instructora a que se refiere la Consideración Tercera del presente Dictamen, por las razones y en los términos expresados en la misma.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 129/09.- Proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Asesor para la calidad de la edificación.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 09/07/09

Extracto de Doctrina

La Ley 6/2004 establece una nueva regulación de la potestad reglamentaria, tanto en lo relativo a su titularidad y posibilidades de ejercicio, como en cuanto al procedimiento de elaboración de reglamentos. En lo que aquí interesa, los artículos 38 y 52.1 de la citada Ley reconocen a los Consejeros una potestad reglamentaria propia en las materias de ámbito interno de su departamento, y otra derivada por atribución expresa de esa

potestad, o expresado en las palabras de la misma Ley, “los Consejeros podrán hacer uso de esa potestad cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal” (artículo 52.1) o, según el artículo 38, “cuando, por disposición de rango legal les esté expresamente atribuida”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 4 de abril de 2008, la Dirección General de Vivienda y Arquitectura elabora el primer borrador del Decreto que regula el Consejo Asesor para la Calidad en la Edificación, previsto en el artículo 25 de la Ley 8/2005, de 14 de diciembre, para la Calidad en la Edificación de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 8/2005), que sirva de cauce de participación a los agentes sociales y económicos, consumidores y usuarios, colegios profesionales, instituciones y expertos, y permita el ejercicio coordinado y eficaz de las competencias autonómicas en materia de implantación, fomento y control de la calidad en la edificación.

SEGUNDO.- Dicho Anteproyecto se acompaña de la siguiente documentación:

— Informe económico, de 14 de abril de 2008.

— Informe sobre impacto por razón de género, de 21 de abril de 2008.

— Memoria sobre la oportunidad de aprobar la presente disposición, también de 21 de abril de 2008.

TERCERO.- Con fecha 30 de abril de 2008, el Director General de Vivienda y Arquitectura otorga un trámite de audiencia del texto elaborado a entidades, colegios y asociaciones citadas en el folio 10 del expediente, relacionadas con el proceso edificatorio, tales como Sindicatos; Colegios Profesionales de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos, Industriales, Técnicos Industriales, Arquitectos, Aparejadores y Arquitectos Técnicos; Entidades de Control; Universidad Politécnica de Cartagena; Federaciones regionales de Empresarios de la Construcción y de Empresarios del Metal; Unión de Consumidores, así como Laboratorios de control de calidad.

También consta la audiencia a la Delegación de Gobierno en Murcia, a las Consejerías que integran la Administración Regional, y a la Federación de Municipios de la Región de Murcia.

CUARTO.- Resultado del trámite de audiencia anterior es la presentación de alegaciones por parte de las siguientes entidades, organismos y departamentos de la Administración regional, según certificación del Jefe de Servicio de Gestión de Calidad en la Edificación de 16 de junio de 2008:

- Centro Tecnológico de la Construcción.
- Sindicato de Comisiones Obreras.
- Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas.
- Asociación de Empresas de Control de Calidad y Control Técnico Independientes.
- Universidad Politécnica de Cartagena.
- Federación Regional de Empresarios de la Construcción.
- Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.
- Federación Regional de Empresarios del Metal.

- Colegio Oficial de Arquitectos.
- Consejería de Turismo y Consumo.
- Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración.
- Consejería de Presidencia.
- Consejería de Sanidad.
- Consejería de Economía, Empresa e Innovación.
- Consejería de Hacienda y Administración Pública.
- Consejería de Agricultura y Agua.
- Consejería de Cultura, Juventud y Deportes.
- Consejería de Empleo y Formación.
- Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio.

QUINTO.- Entre los informes presentados, se destacan los siguientes procedentes de la Administración regional, en la medida que proponen introducir correcciones al texto:

— Informe de la Asesora Jurídica de la Consejería de Turismo y Consumo, de 16 de mayo de 2008, que realiza observaciones a la técnica normativa empleada con cita de la doctrina de este Consejo Jurídico, al reproducir el Anteproyecto contenidos legales, sin referencia al precepto legal.

— Informe de la Asesora de Apoyo Jurídico de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración, de 19 de mayo de 2008, que pone de manifiesto la ausencia de regulación de la forma de designación de los vocales del Consejo Asesor (artículo 5), a excepción del representante de la Administración del Estado. También señala la existencia de un error material en la parte expositiva (cita de la Ley 8/2005) y la inclusión, por razones sistemáticas, en el artículo 6 del apartado 2 del artículo 2 (por error se indica el artículo 1).

— Informe del Asesor Facultativo de la Consejería de Economía, Empresa e Innovación, de 19 de mayo de 2008, que propone una serie de correcciones a la parte expositiva y al articulado, concretamente, a los números 1 y 2, a la vez que propone suprimir los artículos 3, 7, 8 y 9.

— Informe de la Asesora Jurídica de la Consejería de Agricultura y Agua, de 21 de mayo de 2008, que sugiere la incorporación al Consejo Asesor de un representante del Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos.

SEXTO.- Por parte del Secretario del Colegio Oficial de Arquitectos, actuando en su representación, se presentan alegaciones (folios 45 y 46), en las que concluye que debería adaptarse la Ley 8/2005 a la actual normativa de edificación, con carácter previo a la regulación del Consejo Asesor propuesto.

SÉPTIMO.- Otras alegaciones, que se agrupan por coincidir en la solicitud de ampliación de los vocales del Consejo Asesor, son las presentadas por la Federación Regional de Empresarios de la Construcción, el Sindicato Comisiones Obreras de la Región de Murcia, la Federación Regional de Empresarios del Metal y la Asociación de Empresas de Control de la Calidad y Control Técnico Independiente (AECCTI).

OCTAVO.- Los informes y alegaciones presentados fueron objeto de estudio y consideración por el centro directivo proponente, según consta en los folios 55 a 68, dando como resultado la versión del Anteproyecto de 17 de junio de 2008 (folios 83 a 87).

NOVENO.- El Jefe de Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe el 23 de julio de 2008, en el que realiza una serie de observaciones al articulado, entre las

que se destaca la realizada a la elaboración de la Carta de Calidad por el Consejo Asesor (artículo 4.6), en el sentido de que debe ser aprobada por la Consejería competente, no por dicho Consejo, teniendo en cuenta que es un órgano consultivo. Respecto a los vocales de la Comisión, concretamente el representante de las Compañías Aseguradoras responsables del seguro decenal establecido por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, considera que debería concretarse la forma de designación, en tanto son muchas las entidades de esta naturaleza, pudiendo establecerse un sistema de rotación u otros criterios.

Con posterioridad, el 30 de julio de 2008 emite informe el Vicesecretario de Obras Públicas, Vivienda y Transportes.

DÉCIMO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe el 17 de septiembre de 2008, en el que se contienen las siguientes observaciones:

— En cuanto al procedimiento de elaboración, se destaca la ausencia de un estudio económico de la norma, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, que no cabe entender cumplido con el informe que obra en el expediente, debiendo someterse también a informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas en los términos establecidos en la Disposición adicional del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre.

— Debe incorporarse al expediente la propuesta de la Dirección General de Vivienda y Arquitectura dirigida al titular de la Consejería.

— También que el texto sometido a Dictamen ha de ser considerado como Proyecto de Decreto, y no como Anteproyecto.

— En la parte expositiva ha de recogerse la referencia al Dictamen del Consejo Jurídico, conforme a lo establecido en el artículo 2.5 de la Ley de creación 2/1997, de 19 de mayo (LCJ).

— En cuanto al articulado realiza observaciones a los números 1, 6 y 7.

— Por último, realiza una observación sobre el alcance de la habilitación al titular de la Consejería en la Disposición final primera del Proyecto.

UNDÉCIMO.- Con posterioridad, el 16 de octubre de 2008 se emite una ampliación del informe económico por la Sección Administrativa y Presupuestaria del centro directivo competente, en el que se expresa que la entrada en vigor del Proyecto no generará nuevos gastos, ya que los trabajos que de él se deriven serán asumidos con la dotación personal y económica actualmente dependiente del Servicio de Gestión de Calidad en la Edificación.

DUODÉCIMO.- Las observaciones del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia fueron objeto de valoración por la Dirección General de Vivienda y Arquitectura, según escrito de 9 de diciembre de 2008, introduciendo las pertinentes correcciones en el texto, dando como resultado la versión definitiva del Proyecto de Decreto, diligenciada por el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio el 18 de febrero de 2009.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 20 de febrero de 2009 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 ha solicitado con carácter preceptivo por versar sobre un Proyecto de disposición general tramitado por la Administración Regional, al amparo del supuesto previsto en el artículo 12.5 LCJ.

SEGUNDA.- Procedimiento y documentación.

A la vista del expediente remitido, puede afirmarse que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto de Decreto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004), siendo destacable la amplia audiencia otorgada durante el procedimiento de elaboración (Antecedentes Tercero y Cuarto), cuyas observaciones han sido objeto de valoración.

Ante la objeción de la Dirección de los Servicios Jurídico de la CARM de incorporar un estudio económico de la disposición, al amparo de lo previsto en el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, pues el existente no cumple las exigencias legales conforme a nuestra doctrina, se ha completado el expediente con un informe económico de 16 de octubre de 2008, que concluye: *“la entrada en vigor del Decreto no generará nuevos gastos, ya que los trabajos que de él se deriven serán asumidos con la dotación personal y económica actualmente dependiente del Servicio de Gestión de Calidad en la Edificación”*.

En todo caso, conviene recordar a la Consejería consultante que el estudio económico no debe limitarse a señalar que su aprobación no va a generar un mayor gasto distinto al contemplado en el vigente presupuesto, sino que debe explicitar los costes estimados con independencia de que originen o no mayores gastos de los que serían atendibles con los créditos ya consignados presupuestariamente (Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2000, páginas 44 y 45).

Por último, el expediente se encuentra documentalente integrado, habiéndose agregado los sucesivos borradores, con la valoración de los informes y alegaciones ya indicados, y el subsiguiente reflejo en la evolución del texto.

TERCERA.- Habilitación legal.

En ejercicio de las competencias estatutarias en materia de urbanismo y vivienda (artículo 10. Uno, 2), así como en la defensa de los consumidores y usuarios (artículo 11. 7), la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia aprobó la Ley 8/2005, ya citada, para la Calidad en la Edificación de la Región de Murcia, una de cuyas medidas es la creación de un Consejo Asesor, que facilite la relación y el compromiso entre los agentes intervinientes con la siguiente regulación (artículo 25):

“1. El Consejo Asesor para la Calidad en la Edificación, adscrito a la Consejería competente en materia de vivienda, es el órgano superior de carácter consultivo en materia de calidad en la edificación, cuya composición y régimen de funcionamiento se desarrollará reglamentariamente, debiendo garantizarse la participación de los agentes sociales y económicos, consumidores y usuarios, colegios profesionales, instituciones y expertos en la materia.

2. *Dicho Consejo Asesor tiene como objeto constituir un cauce de participación, consulta y debate de los agentes sociales e institucionales intervinientes e implicados en la implantación y mejora de la calidad en el proceso edificatorio, que permita el ejercicio coordinado y eficaz de las competencias de la Administración Autonómica en materia de implantación, fomento y control de la calidad en la Edificación en la Región de Murcia.*

3. *Anualmente, el Consejo Asesor elevará un informe a la Consejería competente en materia de vivienda sobre el grado de implantación de la presente Ley y de la Carta de Calidad, del que dará traslado a la Asamblea Regional “.*

De otra parte, como recuerda la parte expositiva del Proyecto, para su desarrollo se ha tenido en cuenta los antecedentes relativos a la constitución de una Mesa para la Calidad en la Edificación de la Región de Murcia, que ahora se materializa en el presente Proyecto de Decreto bajo la denominación de Consejo Asesor, al amparo de lo dispuesto en la Ley 9/1985, de 10 de diciembre, de Órganos Consultivos de la Administración Regional (modificada por la Ley 1/1994, de 29 de abril).

Por último, la Disposición final primera de la Ley 8/2005 faculta al Consejo de Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo, impulso y aplicación de la citada Ley.

En consecuencia, el Consejo de Gobierno se encuentra habilitado por la Ley 8/2005 para regular el Consejo Asesor para la Calidad en la Edificación, revistiendo asimismo la forma adecuada (artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en lo sucesivo Ley 7/2004).

CUARTA.- Sobre la naturaleza de este órgano colegiado y las competencias autonómicas en relación con su composición.

La mejora de la calidad en la edificación es un objetivo de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, reguladora de la Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo LOE), así como del Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo (CTE), y que incorpora, como finalidad esencial, la Ley regional 8/2005, que recoge la participación de los agentes económicos y sociales implicados en los procesos edificatorios para la aplicación de una política de calidad, en cuyo contexto surge el Consejo Asesor para la Calidad en la Edificación, todo ello en reconocimiento del derecho constitucional de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

El carácter participativo en la configuración de dicho Órgano es destacado por la Ley regional 8/2005, como una suerte de foro de debate de los agentes sociales e institucionales intervinientes en el proceso edificatorio, orientado al ejercicio coordinado y eficaz de las competencias regionales, acogándose para ello a la normativa regional de órganos consultivos de la Administración regional (Ley 9/1985, ya citada).

Esta última norma establece varias limitaciones a la composición de los consejos asesores, que conviene aclarar, pues ciertas alegaciones han suscitado la ampliación del número de vocales.

En efecto, el artículo 25.1 de la Ley 8/2005 garantiza la participación en dicho órgano consultivo de los agentes sociales y económicos, consumidores y usuarios, colegios profesionales, instituciones y expertos en la materia, sin mayor concreción, si bien en el apartado

2 del mismo artículo añade como requisito específico para su selección que se encuentren implicados en la mejora y calidad en el proceso edificatorio.

Por *mor* de la Ley 9/1985, en la composición de los consejos asesores habrá de tenerse en cuenta dos limitaciones: a) el número de miembros no puede exceder de veinte, además de su Presidente y Vicepresidente; y b) la composición deberá recoger un número no inferior al setenta y cinco por cien de sus miembros con voto de representación de las organizaciones sociales existentes o el conjunto de expertos externos, sin que se compute para dicho porcentaje el Presidente y el Vicepresidente del órgano.

En el presente caso dichas limitaciones se cumplen, sin que este Consejo Jurídico pueda entrar a considerar la conveniencia de aumentar o disminuir determinadas representaciones, partiendo de que los designados en el texto cumplen con el requisito de tener relación con la materia normada, correspondiendo tal decisión a las potestades administrativas de autoorganización, limitándose el Consejo Jurídico a comprobar si dicha potestad ha sido ejercitada dentro de los límites que le imponen las Leyes 9/1985 y 8/2005, como tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen núm. 66/07, con cita de la siguiente sentencia del TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 23 de febrero de 2001:

“En efecto, la publicación del Decreto impugnado ha tenido lugar en el ejercicio de una potestad discrecional, lo cual implica, a la hora de conformar en su artículo 4 la composición del elenco de vocales y del número de sus representantes en los Consejos Provinciales de Medio Ambiente, Forestal y de Caza, la oportunidad de opción entre múltiples y variadas soluciones dentro de los límites del ordenamiento jurídico, lo que excluye resultados que incurran en desviación de poder, arbitrariedad o trato discriminatorio por la simple omisión de cualesquiera institución o corporación que hubiera, no obstante, poder sido citada como vocal idóneo de los Consejos de Medio Ambiente. Estimar la conveniencia de un dictado alternativo al contenido en dicha norma sobre quiénes, cuáles y en qué proporción de representantes han de ser miembros de cada uno de tales Consejos (...), sobre la base de una más certera objetividad o garantía de acierto en la regulación de sus componentes, pero no derivada de la vulneración del ordenamiento jurídico ni del desconocimiento de un derecho subjetivo a formar parte como vocal de estos consejos provinciales (...) implica invadir esferas no atribuidas a la jurisdicción, que ha de comprobar únicamente que la Administración, en ejercicio de su potestad, ha cumplido con las exigencias que imponen los elementos reglados que concurren en la decisión discrecional”.

QUINTA.- Observaciones particulares.

— Parte expositiva.

El tercer párrafo, que alude a las normas que propician la creación del presente Consejo Asesor, debería redactarse de forma más clara expresando lo mismo.

En el párrafo quinto debe corregirse un error material (“yen”) en la segunda línea.

En el párrafo séptimo debe corregirse otro error material (“ya”) en la segunda línea.

— Artículo 1. Definición del Consejo Asesor para la Calidad en la Edificación.

Se reproduce el artículo 25.1 de la Ley 8/2005, como se consigna en el mismo precepto, siguiendo las recomendaciones de técnica normativa (Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005) y nuestra doctrina (Memoria correspondiente al año 1998).

No obstante, se propone sustituir en el título del artículo “Definición” por “Naturaleza”, más acorde con las características que se contienen del citado órgano: el carácter participativo y consultivo del órgano colegiado.

— **Artículo 4. Funciones.**

En relación con el listado de funciones del Consejo Asesor se realizan las siguientes observaciones:

1ª) Conforme a su naturaleza consultiva, se propone sustituir la expresión “Fomentar la creación de registros de agentes (...)” por “Proponer”, en tanto la acción administrativa corresponde a la Consejería competente.

2ª) En el mismo sentido, y conforme al artículo 24.2 de la Ley 8/2005, también sugerido por el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, debería especificarse en el apartado 6 que la elaboración de la Carta de la Calidad será “a iniciativa de la Consejería competente en materia de vivienda”.

3ª) No se concreta, entre sus funciones, la de informar las disposiciones normativas de la Administración regional que afecten a la calidad en la edificación.

— **Artículo 5. Composición.**

Respecto a la designación de vocales por parte de cada una de las representaciones citadas, se suscitan las siguientes cuestiones:

1ª) En cuanto a la forma de designación de los vocales, carece de sentido que sólo para el representante de la Administración General del Estado (así debería citarse en el apartado a)) se establezca que debe ser nombrado por el titular de la Consejería competente, como si se tratara de una suerte de ratificación, cuando lo esencial es determinar quién designa a dicho representante y, en este caso, corresponde al Delegado de Gobierno, según el Proyecto de Decreto. Por tanto, debe suprimirse el nombramiento de dicho representante por el titular de la Consejería, puesto que se establece su designación por el Delegado de Gobierno.

2ª) No se especifica en el texto cómo se nombran ciertos vocales, cuya designación puede plantear dificultades, pues sólo disponen de un único representante, como es el caso de los Sindicatos, Asociaciones y/o Federaciones de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, o de las Compañías Aseguradoras responsables del seguro decenal.

3ª) Carece de sentido establecer un mandato de 4 años para los miembros del Consejo Asesor (apartado 4), procediendo de forma automática a nuevas designaciones transcurrido dicho plazo, en tanto los vocales lo son en su condición de titulares de los centros directivos que se citan (que podrían ser sustituidos antes o después del citado plazo), o son representantes de las entidades, corporaciones o asociaciones, que pueden modificar su designación antes del citado plazo, en función de diversas circunstancias que pudieran concurrir (enfermedad, cambios, etc.).

4ª) En el apartado 3 se establece que los vocales forman parte del Consejo Asesor en virtud de designación personal o en representación; en realidad más que por designación personal lo son en virtud del cargo que ostentan (para el caso de los titulares de centros directivos), o en representación.

— **Artículo 6. Régimen de Funcionamiento.**

En el apartado 7 se contiene la normativa aplicable en defecto de regulación, a lo que nada cabe objetar, si bien conviene recordar que el artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), permite a los órganos colegiados en los que participen organizaciones representativas de intereses sociales completar sus propias normas de funcionamiento.

— **Artículo 7. El Presidente.**

Respecto a las competencias del Presidente del Consejo Asesor, cabe realizar las siguientes observaciones:

— La descripción en el texto del alcance de la representación del órgano, que efectivamente la ostenta el Presidente, parece más propia de quien dirige un órgano colegiado de naturaleza decisoria o de un organismo público, que en realidad de un órgano consultivo adscrito a la Consejería competente en materia de vivienda. Bastaría señalar en tal sentido que le corresponde “Ostentar la representación del Consejo Asesor”, con independencia de que dicha condición de Presidente recaiga en el titular de la Consejería, quien ostenta, por esta última condición, la representación *ex lege* de su departamento (artículo 16.2, a de la Ley 7/2004).

— Adecuadamente se le atribuye la convocatoria del Consejo Asesor a iniciativa propia o a petición de los miembros, de acuerdo con las normas reglamentarias. Sin embargo este último inciso (“de acuerdo con las normas reglamentarias”), podría interpretarse que hace referencia a otras distintas a la analizada; por ello, podría sustituirse “de acuerdo con este Decreto” o, incluso, remitirse al artículo 6 que las concreta.

— En el último apartado se hace referencia a que le corresponde adoptar aquellas medidas que, sin estar atribuidas a otros órganos del Consejo Asesor, sean necesarias para el cumplimiento de sus fines, dando cuenta a este órgano para su sanción. También el último inciso “dando cuenta a este órgano para su sanción” parece un tanto desproporcionado, en cuanto se trata de funciones de carácter consultivo y no de carácter decisorio. Otro aspecto diferente es que dé cuenta al Consejo Asesor para su conocimiento.

— **Artículo 8. El Vicepresidente.**

Al Vicepresidente del Consejo Asesor (Director General competente en materia de vivienda) se le asignan las funciones de sustitución del Presidente, en el caso de ausencia o vacancia del puesto, lo que resulta acorde con lo previsto en el artículo 23.2 LPAC.

Por el contrario, no lo es que el Vicepresidente pueda ser sustituido en su cargo por un funcionario de su Dirección General, por delegación del mismo, cuando no se ha previsto dicha sustitución en la composición (artículo 5).

Por último llama la atención que se omita en el texto la regulación de los vocales.

— **Disposiciones finales.**

La Disposición final primera establece:

“Se faculta al Consejero competente en materia de vivienda a adoptar cuantas medidas sean necesarias para fomentar la creación de registros de agentes, productos, sellos y marcas de calidad relacionados con la edificación, elaborar la Carta de la Calidad y fomentar su implantación entre los distintos agentes, así como para introducir los cambios

que resultasen necesarios en la composición del Consejo Asesor a que se refiere el artículo 5 del presente Decreto”.

Dicha redacción fue introducida en el texto como consecuencia de la observación realizada por el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos (folio 99), sobre la habilitación al titular de la Consejería para que adopte cuantas medidas sean necesarias para la aplicación del Decreto, en aplicación de nuestra doctrina sobre la potestad reglamentaria.

A este respecto es conocido y reiterado por el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 176/08), que la Ley 6/2004 establece una nueva regulación de la potestad reglamentaria, tanto en lo relativo a su titularidad y posibilidades de ejercicio, como en cuanto al procedimiento de elaboración de reglamentos. En lo que aquí interesa, los artículos 38 y 52.1 de la citada Ley reconocen a los Consejeros una potestad reglamentaria propia en las materias de ámbito interno de su departamento, y otra derivada por atribución expresa de esa potestad, o expresado en las palabras de la misma Ley, “los Consejeros podrán hacer uso de esa potestad cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal” (artículo 52.1) o, según el artículo 38, “cuando, por disposición de rango legal les esté expresamente atribuida”.

En ausencia de habilitación específica a los Consejeros por la Ley 8/2005, la Ley 6/2004 sólo reconoce al Consejo de Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria (artículo 22.12), en los siguientes términos:

“Ejercer la potestad reglamentaria, salvo en los casos en que ésta se encuentre específicamente atribuida al Presidente de la Comunidad Autónoma o a los consejeros.”

En su aplicación al presente caso, se realizan las siguientes observaciones de carácter esencial:

1ª) La Disposición final primera del Proyecto de Decreto faculta al titular de la Consejería para introducir cambios en la composición del Consejo Asesor, sin embargo dicha previsión conculca las previsiones de la Ley 8/2005, que sólo faculta al Consejo de Gobierno para el desarrollo de su composición (artículo 25.1 en relación con la Disposición final primera).

2ª) De otra parte se habilita al titular de la Consejería para la elaboración de la Carta de Calidad, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 4.6 del Proyecto de Decreto, que atribuye tal cometido al Consejo Asesor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley 8/2005, si bien a iniciativa de la Consejería competente en materia de vivienda, lo que se ha sugerido introducir al artículo 4 (Consideración Quinta).

Por último, siguiendo las directrices de técnica normativa ya citadas, las Disposiciones adicionales y finales deben escribirse en minúscula, y suprimir el subrayado en la Disposición final primera y segunda.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto objeto de Dictamen.

SEGUNDA.- Se considera observación de carácter esencial la realizada a la Disposición final primera (Consideración Quinta).

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 130/09.- Revisión de oficio del acto de adjudicación verbal de la obra de instalación de cableado de red informática y cuadros eléctricos en el I.E.S. “Ingeniero de la Cierva” de Patiño (Murcia) a la mercantil x.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 15/07/09

Extracto de Doctrina

La Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en su artículo 34.1, indica que los Consejeros son los órganos de contratación de la Administración y están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de sus competencias; añade el artículo 33 que los contratos que celebre la Administración se regirán por la normativa básica del Estado. En igual sentido el artículo 16.2, m) de la misma Ley 7/2004.

Del derecho positivo expuesto resultan evidentes unos incumplimientos determinantes de invalidez del contrato verbal, al disponer el artículo 61 TRLCAP que “los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”, a lo que agrega el artículo 62 del mismo texto legal que son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: “a) Las indicadas en el art. 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cuya letra e) comprende, como caso de tal nulidad, a los dictados “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 8 de abril de 2009 la Directora General de Centros elevó al Consejero de Educación, Formación y Empleo una propuesta para incoar procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación verbal de la obra denominada “instalación de cableado de red informática y cuadros eléctricos en el IES Ingeniero de la Cierva, de Patiño, Murcia, a la mercantil --, S.A.” El citado Consejero ordenó la incoación de dicho procedimiento el 15 de abril de 2009, notificándose tal decisión a la contratista el 23 de abril de 2009, fecha que ha de tomarse a los efectos del plazo de caducidad. Se indica en la Orden de incoación que la nulidad de pleno derecho del contrato fue recogida por el Interventor Delegado de la Con-

sejería en su informe de 3 de noviembre de 2008, y por el Consejo Jurídico en el Dictamen 215/2008, emitidos ambos en el seno del procedimiento de reconocimiento de obligaciones contraídas sin fiscalización previa, instruido para abonar a la contratista el importe de la obra ejecutada. El mencionado Dictamen finalizó con las siguientes conclusiones:

“PRIMERA.- *Que el Consejo de Gobierno puede autorizar a la Consejería de Educación, Formación y Empleo para que reconozca la obligación a que se contrae el expediente dictaminado, pero no por título contractual sino como indemnización de los daños causados.*

SEGUNDA.- *Que el acto verbal de adjudicación de la obra, al margen del contrato en su día suscrito, es nulo de pleno derecho, por lo que no puede ser fuente de obligaciones para la hacienda regional, por ser insubsanable y no admitir la convalidación, debiendo en consecuencia ser revisado por la vía del artículo 102 LPAC.*

TERCERA.- *Que para corregir estas actuaciones, el titular de la Consejería debiera ejercer las funciones de superior inspección del Departamento que la Ley 7/2004 le confiere (art. 16.2, b)”.*

A consecuencia del mismo, el Consejo de Gobierno autorizó a la Consejería a que reconociera, a título indemnizatorio, la obligación contraída (consta en el expediente la propuesta de la Consejería, aunque no la certificación del acuerdo del Consejo de Gobierno, que tampoco ha sido comunicado al Consejo en cumplimiento del artículo 3.3 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico).

SEGUNDO.- Se emitió informe por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante concluyendo que el acto verbal de adjudicación del contrato se subsume en el supuesto del 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 (LPAC), al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

TERCERO.- Conferida audiencia a la contratista, no consta que formulara alegaciones, figurando a continuación en el expediente un borrador de Orden, sin fecha y sin firma, por la que se anula el acto citado.

CUARTO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos emitió su informe preceptivo el 4 de junio de 2009 sin manifestar un parecer favorable a la revisión. En sentido opuesto, considera que, aunque se dan de forma evidente las circunstancias que permiten apreciar la nulidad de pleno derecho por la causa del artículo 62.1,e) LPAC, no sería procedente la revisión porque, aplicando el artículo 65 TRLCAP, sería preciso liquidar el contrato restituyéndose recíprocamente las partes las cosas que hayan recibido, lo que sería una consecuencia contraria a los límites de la revisión, conforme al artículo 106 LPAC.

Tras ello, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 16 de junio de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Al haberse incoado el procedimiento para la anulación del contrato con base en lo dispuesto por los artículos 62 y 102 LPAC, el Dictamen se emite con carácter preceptivo, de acuerdo con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

Al haberse dado audiencia a la contratista se han cumplido las prescripciones esenciales de la LPAC, por lo que no cabe hacer más observación al respecto, sino señalar que la notificación al interesado de los distintos trámites del procedimiento es una actividad administrativa de comunicación ordinaria que debe ser practicada por quien tenga el encargo de instruir el procedimiento, y no por el Consejero competente para resolverlo. Llama también la atención que no haya un responsable de la instrucción del procedimiento, hasta el punto de que no consta una propuesta de éste al Consejero, sino un mero borrador de orden carente de autoría y fecha, al cual, a efectos de que este Dictamen pueda tener objeto, hay que elevar al rango de propuesta. Tampoco se ha unido al expediente el reglamentario índice de documentos.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. En el Dictamen 215/2008, emitido en el seno del incidente de reconocimiento de obligaciones prescindiendo de la fiscalización previa (art. 33 del Decreto 161/1999, de 30 diciembre, por el que se aprueba el régimen de control interno que ha de ejercer la Intervención General) el Consejo Jurídico ya expuso que el TRLCAP (aplicable al contrato de referencia, dada su fecha), legislación básica sobre contratos administrativos, dispone en sus artículos 53 a 55 que dichos contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados, que se formalizarán en documento administrativo y que la Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato responda a una situación de emergencia.

Igualmente se dispone en el artículo 67 del citado TRLCAP que a los contratos administrativos precederá la tramitación del expediente de contratación, que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración de éste y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes. Al expediente se incorporarán, siempre que el contrato origine gastos para la Administración, el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, salvo en el supuesto excepcional previsto en el art. 85, letra a), en los términos de la Ley General Presupuestaria o de las correspondientes normas presupuestarias de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley.

Por su parte, la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en su artículo 34.1, indica que los Consejeros son los órganos de contratación de la Administración y

están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de sus competencias; añade el artículo 33 que los contratos que celebre la Administración se regirán por la normativa básica del Estado. En igual sentido el artículo 16.2, m) de la misma Ley 7/2004.

Del derecho positivo expuesto resultan evidentes unos incumplimientos determinantes de invalidez del contrato verbal, al disponer el artículo 61 TRLCAP que *“los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”*, a lo que agrega el artículo 62 del mismo texto legal que son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: “a) Las indicadas en el art. 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cuya letra e) comprende, como caso de tal nulidad, a los dictados *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*.

Así pues, puede afirmarse que el acto verbal de adjudicación de la obra es nulo de pleno derecho, por lo que no puede ser fuente de obligaciones para la hacienda regional, por ser insubsanable y no admitir la convalidación.

La Administración debe declararlo expresamente así, como el artículo 102 LPAC determina, y no simplemente anularlo como el borrador de Orden propone.

II. De acuerdo con los artículos 64 y 65 TRLCAP, la declaración de nulidad de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en su virtud, y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

La Dirección de los Servicios Jurídicos informa de que sería una consecuencia desproporcionada y no deseable esa restitución, ya que implicaría causar daños al contratista y al interés público, porque la obra está terminada, debiendo aplicarse el límite de la revisión previsto en el artículo 106 LPAC, y no anular el acto.

Sobre ello cabe recordar que, como consta en antecedentes, el Consejo de Gobierno, a través del incidente de reconocimiento de obligaciones prescindiendo de la fiscalización previa, autorizó a la Consejería a reconocer la obligación de pago de la cantidad devengada como consecuencia del contrato verbal, pero tal obligación de abono no tiene por título el contrato, que no existe y es nulo de pleno derecho, sino evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido la prestación (STS, Sala 3ª, sec. 7ª, de 30 de septiembre de 1999).

Debe tenerse presente que la Ley General Presupuestaria sitúa el origen de las obligaciones de la hacienda en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen (art. 21), acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes. En igual sentido el artículo 22 del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Por tanto, mediante el contrato verbal no ha habido el intercambio propio de la reciprocidad de intereses negocial, ya que las posibles consecuencias patrimoniales y económicas del mismo se han saldado específicamente a través del título indemnizatorio indicado en

el Dictamen 215/2008 y en el acuerdo del Consejo de Gobierno subsiguiente, adoptado a propuesta de la Consejería consultante de acuerdo con dicho Dictamen.

En conclusión, tras la declaración de nulidad procede una liquidación de la que no resultaría acreedora ninguna de las partes.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de Orden consultada, siempre que en su parte dispositiva se declare nulo de pleno derecho el acto de adjudicación verbal de la obra de instalación de cableado de red informática y cuadros eléctricos en el IES “Ingeniero de la Cierva”, de Patiño (Murcia), a la mercantil --, S.A, por la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 131/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales y judiciales.

Consultante: Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)

Fecha: 15/07/09

Extracto de Doctrina

El Consejo Jurídico quiere dejar constancia, como ha hecho en otras ocasiones, que la complejidad que presentan algunos supuestos como el que nos ocupa, junto con el debido respeto del principio pro actione, exigen huir de toda interpretación restrictiva del cómputo del plazo y, por ende, de la apreciación de la prescripción, en aras a facilitar el ejercicio del derecho a reclamar que tiene todo perjudicado por una actuación administrativa.

Admitida la validez de este principio con carácter general, no se puede entender que el mismo despliegue su eficacia con carácter ilimitado, porque admitirlo así sería tanto como negar el principio de prescripción previsto en la LCAP, pues una cosa es interpretar la norma con la máxima amplitud que ésta permita y otra muy distinta relajarla hasta tal punto que conduzca, sin causa sólida que lo justifique, a la imprescriptibilidad de la acción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 19 de abril de 2008 en la Delegación de Gobierno de Murcia, el letrado x., en nombre y representación de x., que actúa en nombre propio y en el de su hijo menor de edad, x., solicitó de la Administración regional una in-

demnización de doscientos mil euros (ciento cuarenta mil para el menor y sesenta mil para la reclamante), como resarcimiento por el daño moral derivado de las actuaciones seguidas por la Administración social regional y por la de justicia en relación con su hijo, que han culminado en el padecimiento por parte de éste de un síndrome de alienación parental.

En síntesis, señala que, asumida indebidamente la tutela del menor por la Administración en el año 2001, se han dictado una serie de resoluciones administrativas, que han sido posteriormente ratificadas judicialmente, que finalmente se han evidenciado inadecuadas e injustas, tal como se indica en el auto de la Audiencia Provincial de fecha 20 de abril de 2005, recaído en Recurso de Apelación interpuesto por la reclamante contra auto de 2 de abril de 2004 del Juzgado de Primera Instancia número Nueve de Murcia (en lo sucesivo, Juzgado de Familia), por el que se aprobaba la propuesta de la Administración de acogimiento definitivo del menor por su abuela paterna. En el citado Auto la Audiencia, a la vista del extenso y completo informe de la psicóloga adscrita a dicho órgano judicial, declara la inidoneidad de la abuela paterna para asumir el acogimiento definitivo, así como el padecimiento del menor de un síndrome de alienación familiar provocado por la actuación de la familia paterna. Al mismo tiempo se señala que tanto el Juzgado como la Entidad Pública deberán adoptarse con prudencia las medidas necesarias para poner fin a tan grave situación psicológica.

A su escrito aporta, entre otra documentación, la siguiente:

1ª. Resolución de la Secretaria Sectorial de Acción Social, Menor y Familia, de 21 de septiembre de 2001, en la que, tras hacer constar que el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de San Javier, por auto de 18 de septiembre de 2001, había acordado poner al menor x. a disposición de dicha Secretaria Sectorial por encontrarse aquél en situación de desamparo, ya que la madre del menor se hallaba imputada en un procedimiento de agresión contra su hijo, y que el padre había abandonado al menor marchándose del país. Por ello se asume la tutela por la Entidad Pública y se delega la guarda provisional de x. en su abuela paterna.

2ª. Informe de x., Psicóloga Clínica, fechado el 23 de noviembre de 2006, en el que se señala lo siguiente:

“Se inicia Intervención Psicológica en septiembre de 2005 con x, y., y el hijo de ambos x, tras ser aconsejada dicha intervención por el Gabinete Psicossocial del Juzgado de 1ª Instancia, núm. Nueve, de Familia 2, de Murcia.

Según consta en el informe de incidencias realizado por x, Psicóloga y x, trabajadora social, adscritas al Juzgado de Primera Instancia, mencionado, el menor fue diagnosticado de un Síndrome de Alineación Parental severo y al iniciar la evaluación psicológica se encuentra residiendo en un domicilio puente a la espera de trasladarse al domicilio materno tras la asignación de la custodia a la madre.

Se realizan entrevistas conjuntas con los padres de x. y se fijan los primeros objetivos terapéuticos; el tratamiento psicológico se estructura con una frecuencia de una sesión semanal hasta febrero de 2006 y a partir de esa fecha se fijan sesiones quincenales con x. y sus padres.

Al realizar este informe se mantiene el tratamiento psicológico, considerando que éste debe continuarse hasta que se considere necesario”.

SEGUNDO.- El 2 de junio de 2008 el Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración acuerda iniciar procedimiento de responsabilidad patrimonial y designa instructora del expediente.

Seguidamente la instructora dirige escrito a la reclamante requiriéndole para que aporte acreditación de la representación por la que dice actuar el letrado x., y para que aclare si la reclamación por daños que lleva a cabo lo es en nombre propio o también en nombre y como madre del menor x.

Cumplimentado por la reclamante el anterior requerimiento la instructora acuerda la admisión a trámite del procedimiento, notificando a la interesada tal extremo y las demás circunstancias a las que se refiere 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). En el mismo escrito se le indica que la reclamación contra la Administración de Justicia por error judicial debe ser tramitada conforme a la normativa reguladora contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

TERCERO.- La reclamación es trasladada a la aseguradora de la Administración Regional y al Servicio de Protección de Menores de la Dirección General de Familia y Menor, del que se solicita informe sobre los extremos que en ella se contienen. Requerimiento que fue atendido mediante la emisión de un informe que consta a los folios 92 a 110 del expediente y cuyo contenido literal no se reproduce debido a su extensión. No obstante, se recoge a continuación un resumen de las actuaciones que, según el citado informe, se han llevado a cabo por la Entidad Pública en relación con el supuesto objeto del presente Dictamen:

1. Con fecha 28 de enero de 1997 se abrió expediente administrativo en relación con el menor por denuncia del padre, que consideraba que su hijo era objeto de malos tratos por parte de su madre con la que se resistía a convivir. Se aportó un informe de valoración psicológica en el que se hacía constar que el menor vivía en una situación conflictiva de orden personal, familiar y social, que podía generarle problemas en el futuro. Se solicita informe de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar y del centro escolar, sin que se evidencie descuido o desatención alguna de la madre hacia su hijo, por lo que se archiva el expediente.

2. El 18 de septiembre de 2001 se recibe auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de San Javier, en el que se acuerda poner a disposición de la Entidad Pública al menor tras ser apreciada una situación de desamparo, dado que su padre se encuentra fuera de España y su madre está imputada por una presunta agresión al menor.

3. Con fecha 21 de septiembre se asume la tutela del menor y se delega la guarda en la abuela paterna. No se establece régimen de visitas a favor de la madre porque, de mutuo acuerdo, se decide que la madre visite al menor en el centro escolar.

4. En fechas sucesivas se procede a solicitar informes sobre los padres y abuela del menor.

5. El 12 de noviembre de 2001 el menor comparece ante la Entidad Pública para manifestar que desea seguir viviendo con su familia paterna así como que cesen las visitas que su madre lleva a cabo en el centro escolar. Tras las comprobaciones que se consideraron oportunas se procede a suspender provisionalmente las visitas de la madre.

6. El 25 de febrero de 2002 el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de San Javier, dicta sentencia condenatoria contra la madre del menor, como autora de una falta de malos tratos hacia su hijo por los hechos ocurridos el día 16 de septiembre de 2001.

7. Con fecha 20 de mayo de 2002, tras la exploración del menor por el Juzgado de Familia, éste dicta auto por el que deja sin efecto otro anterior de 30 de abril de 2002, que otorgaba derecho de visitas a la madre del menor, ratificando, así, la medida que en el mismo sentido se había adoptado por la Entidad Pública.

8. El 18 de junio de 2002, tras ser nuevamente valorada la situación del menor mediante informe técnico de 3 de mayo de 2002 emitido por el Servicio de Protección de Menores, la Entidad Pública dicta Resolución por la que se ratifica la tutela asumida, continuando la guarda delegada, con carácter provisional y hasta la formalización del acogimiento, en su abuela paterna.

9. El 28 de octubre de 2002 se emite Resolución por la que se acuerda el acogimiento familiar permanente provisional del menor con su abuela paterna; decisión que es aprobada por el Juzgado de Familia mediante auto de 4 de abril de 2003.

10. Éste fue apelado por la madre por haberse dictado sin haber sido oída. El recurso fue estimado, el auto anulado y tras seguirse nuevamente las actuaciones el Juzgado de Familia dicta, con fecha 2 de abril de 2004, un nuevo auto en el mismo sentido que el revocado.

11. Recurrido por la madre el auto de 2 de abril de 2004, la Audiencia Provincial estima procedente la práctica de las pruebas propuestas (examen e informe psicológico de la madre y del hijo, realizado por un profesional adscrito a la Audiencia, que se pronuncie sobre la “influencia de la familia paterna sobre la manifestación del menor de no querer convivir ni visitar a la madre, así como la aptitud de ésta para las relaciones con el menor”).

12. Evaluado el menor y su madre por la psicóloga adscrita a la Audiencia Provincial, así como el resto de familiares que conviven con aquél, se emite informe de 18 de febrero de 2005, cuyas principales conclusiones son:

a) Que el entorno en que se ha desarrollado el menor ha sido un escenario de continuo enfrentamiento entre los dos marcos de referencia del menor (la familia paterna y la figura materna).

b) Que la x. siempre ha desempeñado correctamente la función materna, atendiendo y educando al menor y ofreciéndole lo mejor.

c) Que para zanjar el conflicto de lealtades en que vivía, el menor tuvo que optar por aliarse con la familia paterna, negando a la madre, siendo presionado para ello por la familia paterna.

d) Que la Entidad Pública no realizó una valoración estricta del entorno en que iba a vivir el menor, ni el oportuno seguimiento sobre su evolución, así como tampoco la necesaria intervención para restablecer el régimen de visitas materno-filial.

e) Que la familia paterna del menor ha permitido y fomentado el que éste se manifestara contra las visitas maternas.

f) Que debe exigirse a la familia paterna del menor su colaboración para que éste modifique su actitud contraria a un acercamiento a la figura materna y que, en caso de no prestar dicha colaboración, se opte por un cambio de custodia.

13. Con fecha 20 de abril de 2005 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, dicta el auto núm. 86/2005, por el que se estima el recurso presentado por la x. contra el auto dictado por el Juzgado de Familia por el que se establecía el acogimiento permanente del menor por su abuela paterna, declarando no haber lugar a dicho acogimiento, considerando, además, que debe restituirse la custodia del niño a su madre.

14. El 22 de abril de 2005 el Juzgado de Familia dicta Sentencia en la que afirma que la Entidad Pública resolvió correctamente al no admitir a trámite la solicitud de establecimiento de un régimen de visitas promovida por la x., dado que las visitas entre ésta y su hijo habían sido suspendidas por resolución judicial dictada el 20 de mayo de 2002.

15. La Entidad Pública, con fecha 31 de abril de 2005 (antes de que le fuera notificado el auto de la Audiencia Provincial de 20 de abril de 2005), formula alegaciones al informe de la Psicóloga adscrita a dicho Órgano judicial, en las que, en síntesis, se pone de manifiesto lo siguiente:

“a) Que pese a que todos los profesionales que han conocido del caso coinciden en que la dinámica familiar ha condicionado la vida de x., no deben obviarse, sin embargo, los graves acontecimientos sufridos por éste en septiembre de 2001, detonantes de la Resolución de asunción de tutela del menor por apreciación de desamparo, tras ser puesto a disposición de la Entidad Pública por decisión del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier. Dicha Resolución fue confirmada y ratificada por la correspondiente instancia judicial, por lo que no sería adecuado afirmar, como expresa categóricamente el Informe Pericial, que ‘la labor materna siempre fue ejercida de una manera correcta’.

b) El progenitor por su parte, tampoco ha ejercido de forma adecuada el rol paterno, por lo que en definitiva, ambos progenitores se hallan suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, lo que justifica precisamente la asunción de tutela por la Entidad Pública.

c) Que no puede imputarse a la Entidad Pública, como se hace en la conclusión nº 4 del citado Informe Pericial, dejación en su labor de seguimiento del Acogimiento, pues dicho seguimiento consta en el Expediente Administrativo. Además, siempre se persigue la integración del menor en su propia familia (en este caso la abuela paterna), al considerar que esa es la mejor alternativa para un menor en situación de desamparo.

d) En cuanto a las manifestaciones del menor contrarias a mantener contacto materno, si bien debe valorarse lo expresado en el Informe Pericial en su conclusión nº 6 (que considera exigible que la familia paterna admita como absolutamente necesaria la figura de la madre en la vida del menor, así como su colaboración para modificar en éste la actitud contraria a relacionarse con ella), también debe tenerse en cuenta cuál es la opinión del menor y su negativa a relacionarse y a estar con su progenitora. En este extremo, los peritos aportados de contrario también expresaron en el acto de la vista, lo perjudicial de obligar al menor.

e) Por último y en relación al escrito de demanda presentado por el procurador de x. en el Procedimiento de Oposición Medidas en Protección Menores 1469/2004, se reitera que la Resolución que se impugna no deniega un régimen de visitas, sino que inadmite la solicitud en base a que no puede entrar a conocer de aquello sobre lo que ya hay más de una expresa Resolución judicial y tampoco es la Entidad Pública el órgano que impide o limita el régimen de visitas materno, sino las circunstancias vividas por el menor y su clara decisión de no relacionarse con su progenitora, así como la decisión judicial dictada

al efecto (Auto de 20 de mayo de 2002, confirmado por la Sección tercera de la Audiencia Provincial mediante auto n° 101, de 30 de septiembre de 2002, Rollo N° 248/2002)”.

16. El 14 de junio de 2005, el Juzgado de Familia dicta auto por el que se ordena la ejecución del de 20 abril de 2005 de la Audiencia Provincial, con indicación de que por el gabinete psicosocial de dicho Juzgado se establezcan las medidas de carácter psicológico que garanticen el cumplimiento de la resolución dictada por la Audiencia en los términos especificados en la misma.

17. Los Servicios Sociales del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar emiten, con fecha 25 de julio de 2005, informe favorable en relación con la situación socio-familiar de la x., de modo que se considera oportuno que se reanuden las relaciones materno-filiales.

18. Al objeto de dar cumplimiento a lo estipulado en el meritado auto de la Audiencia Provincial, por el Servicio del Protección de Menores de la Dirección General de Familia y Menor se diseñó un plan de actuación tendente a lograr el adecuado ajuste personal y familiar del menor con las familias materna y paterna, que se concreta en las siguientes medidas:

a) Informar verbalmente a cada una de las personas implicadas (padre, madre, menor, familia paterna), del contenido del auto de la Audiencia Provincial.

b) Elaborar un documento a suscribir por los distintos miembros de la familia en el que se recoja su compromiso de llevar a cabo las actuaciones necesarias para favorecer el restablecimiento de la relación entre el menor y su madre.

c) Llevar a cabo, si resulta preciso, una mediación para el establecimiento de un régimen de visitas consensuado entre el menor y su madre, con pleno respeto por parte de la familia paterna.

d) Valorar aquellos aspectos familiares que dificultan la relación madre-hijo, tratando de modificarlos, derivando en su caso a la familia y al menor a un recurso terapéutico especializado.

e) Informar al Juzgado de Familia sobre la evolución del caso y las medidas adoptadas.

f) Cesar, mediante resolución administrativa, la medida de asunción de tutela, restableciendo el pleno ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores.

19 Por la Entidad Pública se lleva a cabo una valoración socio-familiar y psicológica del padre del menor, en la que se concluye que reúne las condiciones idóneas para hacerse cargo de su hijo.

20. Confirmado, por estudio psicológico efectuado por los profesionales adscritos al Juzgado de Familia, que el menor se halla afectado de forma severa de un síndrome de alienación parental, el equipo psico-social de dicho órgano judicial elabora un plan concretado en una serie de fases, a través de las cuales se pretende un acercamiento progresivo entre el menor y su progenitora, procurando que el mismo suponga el mínimo impacto posible sobre aquél. Estas fases se concretaron en los puntos que esquemáticamente se describen a continuación:

a) Ubicación del menor en una nueva residencia (casa puente que medie entre su casa de origen y su hogar definitivo). Tras unos días para acomodarse, en los que el contacto

con la familia paterna será interrumpido, x. recibirá la visita de su madre, cuya frecuencia se irá ampliando en función de la respuesta del menor.

b) Inicio de visitas al domicilio de la madre, tras las cuales el menor regresará a su residencia puente.

c) Traslado al domicilio de la madre. Al comienzo de esta fase, no se permitirán contactos con la familia paterna.

d) Inicio del contacto con la familia paterna de manera supervisada.

e) Inicio de las visitas con la familia paterna, también supervisadas por profesionales.

21. Este programa de actuación se acompañará de supervisión y tratamiento psicológico apropiado, tanto con el menor como con su madre, padre y abuela paterna.

22. Siguiendo lo marcado por el gabinete psicosocial del Juzgado de Familia el padre entrega al menor el día 6 de septiembre de 2005, pasando x. a residir en una vivienda puente, constatándose que la familia paterna no está cumpliendo con su compromiso, pues siguen en contacto con el menor.

23. El 10 de octubre de 2005, se dicta resolución administrativa por la que cesa la tutela ejercida por la Entidad Pública sobre el menor x.

CUARTO.- El 1 de agosto de 2008, la instructora dirige escrito a la interesada notificándole la apertura de un período de prueba, al objeto de que *“fije y concrete la realidad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos, momento que puede predecirse el alcance de las secuelas por ser conocida la naturaleza y la extensión de los daños causados, dado que en el escrito inicial no se precisan los mismos, así como la procedencia y participación en su caso de la responsabilidad patrimonial”*.

La reclamante, a través de su representación letrada, presenta escrito en el siguiente sentido:

a) Propone prueba documental consistente en dar por reproducidos los documentos que acompañaba a su escrito inicial.

b) El daño por el que se reclama es moral, causado tanto a la madre como al hijo como consecuencia de las resoluciones administrativas y judiciales que finalmente se han considerado inadecuadas, y que supusieron la ruptura de la *“relación materno-filial durante los años de pubertad del menor; daño irreparable (que no se puede volver atrás), definitivo y que tan sólo tiene posibilidad de aminoración (no reparación) a través de terapia psicológica, tanto para la madre como para el hijo”*.

c) En cuanto a la cuantía de los daños, se remite al contenido de su escrito inicial por el que se solicita una indemnización de 60.000 euros para la madre y 140.000 para el hijo, en concepto de daños morales.

QUINTO.- El 9 de septiembre de 2008 se otorga a la interesada el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones el letrado de la reclamante, en las que reitera su imputación de anormal funcionamiento de los servicios sociales, pues, en síntesis, considera que tanto las resoluciones administrativas como las judiciales confirmatorias de aquéllas, no tuvieron en cuenta la existencia del síndrome de alienación parental que sufría el niño, que no sólo no es detectado por los psicólogos de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma, sino que con sus erróneas decisiones dan lugar a que se im-

plante la patología en el niño, así como a la ruptura total de relaciones madre e hijo durante cinco años. En concreto, se imputa a los servicios sociales de la Comunidad Autónoma las siguientes actuaciones negligentes:

a) No haber oído nunca a la madre, ni su versión de los hechos.

b) Haber actuado siempre teniendo en cuenta tan sólo la versión de la familia paterna y las manifestaciones del menor que no eran fiables por estar influenciadas por la familia paterna.

c) No haber realizado, durante los cinco años en lo que ostentó la tutela de menor, ningún informe psicológico ni a la madre ni al hijo.

SEXO.- El 15 de octubre de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar, en síntesis: a) que la reclamación ha de considerarse interpuesta fuera del plazo legal de un año desde que se manifiesta el efecto lesivo del daño, es decir, el síndrome de alienación parental (el 18 de febrero de 2005, fecha del informe de la psicóloga adscrita a la Audiencia Provincial o, en su defecto, el 20 de abril de 2005, fecha del auto de dicho Órgano Judicial en el que se acoge el citado informe pericial); y b), subsidiariamente, por no existir relación de causalidad entre el daño por el que se reclama y el funcionamiento de los servicios sociales, pues todas las decisiones que se han ido adoptando por la Entidad Pública han sido meditadas, sopesadas y razonadas, a la luz de los informes de los distintos profesionales que han intervenido en la valoración de las circunstancias dadas en cada momento y siempre bajo la supervisión judicial legalmente prevista.

SÉPTIMO.- Mediante oficio registrado el 27 de octubre de 2008, el Secretario General de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), solicitó la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Plazo de la acción de responsabilidad.

La primera cuestión que ha de examinarse es si la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Regional ha sido presentada en el plazo establecido legalmente, cuestión ésta que, siendo de vital importancia en todo procedimiento sometido a plazo, alcanza en el presente caso especial relevancia por cuanto la propuesta de resolución mantiene la extemporaneidad de la reclamación.

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

que “en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto que nos ocupa, la intervención administrativa a la que se atribuye el daño se concreta en una serie de actuaciones de la administración social autonómica que se habrían desplegado en el período de tiempo que media entre la asunción de la tutela del hijo de la reclamante por la Entidad Pública (Resolución de 21 de septiembre de 2001), hasta que la Audiencia Provincial, con base en el informe de 18 de febrero de 2005 de la psicóloga adscrita a dicho órgano judicial, dicta auto fechado el 20 de abril de 2005, mediante el que declara no haber lugar al acogimiento permanente del menor por parte de su abuela, considerando además que debe restituirse la custodia del niño a su madre, por padecer el menor un síndrome de alienación parental, diagnóstico que, con fecha 11 de agosto de 2005, bajo la calificación de severo, es ratificado por el equipo psico-social del Juzgado de Familia. Este último informe no aparece entre la documentación que acompaña al expediente, pero existe una referencia al mismo en el elaborado por la Dirección General de Familia y Menor.

Tal como se ha indicado en la relación de hechos, la instructora afirma la extemporaneidad de la acción, apoyándose para ello en los siguientes argumentos:

a) El daño por el que se reclama se ha de calificar de moral derivado de daños psicológicos y, por lo tanto, el *dies a quo* para computar el plazo de prescripción de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC, coincidirá con aquél en el que las lesión quedó definitivamente delimitada, circunstancia que, para la instructora, se habría producido el día 18 de febrero de 2005, es decir, cuando el menor es diagnosticado por primera vez del síndrome de alienación parental o, en su defecto, el día 20 de abril de 2005, fecha del auto de la Audiencia en el que se recoge tal circunstancia. Y dado que entre esta última fecha (la más favorable desde el punto de vista de la acción) y la de presentación de la reclamación por la interesada (el día 19 de abril de 2008) media un plazo muy superior al año, debe entenderse prescrito el plazo para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial.

b) El tratamiento psicológico iniciado sobre el menor y su familia en septiembre de 2005 (folio 71), carece de virtualidad interruptiva del plazo prescriptivo, pues, tal como afirma el letrado de la reclamante, el daño moral por el que se reclama es “*un daño definitivo que sólo tiene posibilidad de aminoración (no reparación) a través de terapia psicológica, tanto para la madre como para el hijo*”.

Antes de analizar las cuestiones planteadas por la instructora el Consejo Jurídico quiere dejar constancia, como ha hecho en otras ocasiones, que la complejidad que presentan algunos supuestos como el que nos ocupa, junto con el debido respeto del principio *pro actione*, exigen huir de toda interpretación restrictiva del cómputo del plazo y, por ende, de la apreciación de la prescripción, en aras a facilitar el ejercicio del derecho a reclamar que tiene todo perjudicado por una actuación administrativa.

Admitida la validez de este principio con carácter general, no se puede entender que el mismo despliegue su eficacia con carácter ilimitado, porque admitirlo así sería tanto como negar el principio de prescripción previsto en la LCAP, pues una cosa es interpretar la norma con la máxima amplitud que ésta permita y otra muy distinta relajarla hasta tal punto que conduzca, sin causa sólida que lo justifique, a la imprescriptibilidad de la acción.

Los razonamientos anteriores llevan, en el supuesto que nos ocupa, a considerar, como lo hace la instructora en su propuesta de resolución, que hay varios momentos en el proceso

vivido por la reclamante en los que ésta tuvo cabal conocimiento del daño sufrido, así como de su carácter definitivo e irreparable, y todos esos momentos se ubican temporalmente mucho más allá de un año.

Pues bien, está claro en el expediente que ya con el informe de la psicóloga adscrita a la Audiencia Provincial, fechado el 18 de febrero de 2005, la reclamante supo que su hijo estaba afectado del síndrome de alienación parental. No obstante, aplicando el principio *pro actione* al que antes hacíamos referencia, se puede situar el *dies a quo* en dos momentos posteriores: Uno el del Auto de la Audiencia Provincial de 22 de abril de 2005 y, otro, el del dictamen del gabinete psicosocial del Juzgado de Familia emitido el día 11 de agosto de 2005, pero aún así el día de presentación de la reclamación se había rebasado con creces el plazo de establecido en la LPAC para ello.

También acoge favorablemente el Consejo la propuesta de resolución cuando afirma que el tratamiento psicoterapéutico al que se sometieron tanto la madre como el hijo, no tiene efecto interruptivo de la prescripción, pues dicha actuación no tenía otro objeto que el de paliar, en la medida de lo posible, el daño cuyo alcance estaba perfectamente delimitado desde el momento en el que se diagnosticó el síndrome de alienación parental, tesis de la instructora que se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita (STS de 28 de febrero y 19 de septiembre de 2007).

TERCERA.- Procedimiento y legitimación.

I. Procedimiento

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que el procedimiento tramitado ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP). No obstante, ha de hacerse notar que, de acuerdo con el artículo 6 RRP, el Consejero no inicia, en el presente supuesto, el procedimiento, sino que lo hace la interesada a través de su reclamación, por tanto dicha afirmación no se debería contener en la resolución que obra al folio 73. Sin embargo, a tenor del citado precepto, sí corresponde al órgano competente (en este caso, el Consejero) admitir la reclamación, actuación que ha llevado a cabo, indebidamente, la instructora del expediente.

II. Legitimación.

La reclamante ejercita la acción en su propio nombre y en el de su hijo. En relación con ella misma la interesada ostenta, sin lugar a dudas, legitimación activa al haber sufrido los daños que imputa al funcionamiento del servicio público. En lo que respecta a su hijo menor de edad también estaría legitimada la x. en virtud del artículo 162 del Código Civil, a cuyo tenor los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. No obstante, debe tenerse en cuenta que x. ha cumplido 18 años el día 4 de julio de 2009, por lo resulta necesario que la Administración le otorgue la posibilidad de personarse en el expediente por sí mismo, al objeto de que pueda subrogarse en la acción entablada por su madre cuando era menor de edad.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Servicio de Protección de Menores de la Dirección General de Familia y Menor pertenece al servicio público asistencial de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente al titular de la Consejería consultante, según establece el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de

diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sociales de protección de menores y los daños por los que se reclama: inexistencia.

Habiendo quedado declarado en la Consideración Segunda la extemporaneidad de la reclamación que ahora nos ocupa, resultaría innecesario pronunciarse acerca de la existencia de nexo causal, de la valoración del daño y, por ende, sobre la cuantía y modo de la indemnización reclamada; pero el hecho de que la instructora se haya pronunciado sobre el fondo del asunto aconseja que también lo haga este Órgano Consultivo.

De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración pública ha de indemnizar los daños que, causados por los servicios públicos de su competencia, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

A la luz de estas previsiones legales, debe analizarse la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el presente supuesto, comenzando por el relativo a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente. Sobre este aspecto, no puede cuestionarse el hecho de que la separación de un hijo de su madre es susceptible de causar un daño moral y psíquico en éstos, que en el expediente ha quedado sobradamente evidenciado con los informes psicológicos que se han incorporado.

Pero para que dicho daño sea indemnizable, integrándose de esta forma en el concepto jurídico de lesión, es necesario, además, que sea antijurídico, esto es, que quien lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 ha señalado que *“...no es, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que deba exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, esto es la realidad de los daños y perjuicios y la circunstancia de que el ciudadano no esté obligado a soportarlos, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa”*.

Como se indicó anteriormente, la reclamante imputa a la Administración regional una responsabilidad por defectuoso funcionamiento de sus servicios sociales de protección de menores, considerando que una actuación más diligente hubiera detectado, por un lado, la idoneidad de la interesada para mantener la custodia de su hijo y, por otro, la manipulación de la que estaba siendo objeto el menor por parte de su familia paterna, hasta el punto de verse inmerso en un síndrome de alienación parental.

Analizada la copiosa documentación que obra en el expediente y siguiendo la correlación de hechos que se recogen en el informe del Servicio de Protección de Menores, se observa que el menor fue declarado en situación de desamparo no por la Entidad Pública sino por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de San Javier, y la Entidad Pública, una vez constatada la situación de desamparo al encontrarse el padre de viaje en el extranjero y la madre incurso en un procedimiento penal por haber agredido, en estado de embriaguez, a su hijo (por el que finalmente fue condenada), dicta Resolución por la que asume la tutela del menor y acuerda delegar su guarda en su abuela paterna para evitar así prolongar la estancia del niño en un centro de acogida. Contrastada esta medida con lo legalmente dispuesto en el artículo 172 del Código Civil puede afirmarse que la actuación administrativa estaba plenamente justificada, es decir, que no puede ser calificada como arbitraria o inadecuada, sino encaminada a proteger el superior interés del menor, y para

adoptarla tuvo en cuenta los datos y circunstancias que obraban en su poder, incluidas las manifestaciones del propio menor, poniendo todo lo actuado en conocimiento del Ministerio Fiscal y de los padres.

Las posteriores actuaciones de la Entidad Pública que son tachadas por la reclamante de tendenciosas y negligentes, se muestran, a la luz de las actuaciones incorporadas al expediente, como ajustadas en su origen y, de hecho, todas y cada una de ellas fueron ratificadas judicialmente, aunque, finalmente, la Audiencia Provincial dictara auto declarando no haber lugar al acogimiento permanente del menor por su abuela paterna, pero, como reiteradamente ha venido manifestando tanto la doctrina jurisprudencial como la consultiva, el hecho de que una actuación administrativa no sea ratificada en vía jurisdiccional, al estimar que los fundamentos que lo sostienen no son legalmente correctos, no constituye razón suficiente para estimar que concurre responsabilidad patrimonial en la actuación administrativa, pues es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que considere ser los más adecuados a la legalidad, en tanto se desenvuelva dentro de márgenes razonados y razonables (entre otras, SSTS de 17 de diciembre de 1981, 11 de marzo de 1999 y 13 de enero de 2000).

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, establece en su artículo 11 los principios rectores a los que deben sujetar su actuación todas las Administraciones públicas con competencias en materia de protección de menores, expresando su apartado 2, b) como uno de tales principios *“el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés”*. Ello implica que, para el legislador (siguiendo en esto lo suscrito por España en los tratados internacionales sobre la materia), la regla general es la del mantenimiento de la situación familiar originaria del menor, y la excepción (que, por tanto, habrá de justificarse adecuadamente) la extracción del menor de dicho entorno familiar, en la medida y con el alcance que sea necesario para salvaguardar su interés, que es, en todo caso, prevalente a cualesquiera otro legítimo que pudiera concurrir (artículo 2). Es en este contexto donde se explica que el artículo 15 de dicha ley establezca que *“en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral”*, y por lo que, seguidamente, se establece en el artículo 16 que *“las entidades públicas competentes en materia de protección de menores estarán obligadas a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación”*.

Esta actuación investigadora de la Administración debe ponderar, por un lado, las necesidades de intervención puestas de relieve en los antecedentes de que disponga o deba disponer con la instrucción del correspondiente procedimiento y, por otro, el respeto del entorno familiar en el que se desenvuelven las relaciones paterno-filiales, en un juicio que resulta enormemente complicado cuando, como en el presente caso, se entrecruzan graves conflictos personales entre los miembros de la familia del menor que anteponen sus propios intereses a los del niño, entorpeciendo gravemente la actuación de la Administración, pero lo cierto es que, como razona la instructora en la propuesta y puede comprobarse en la documentación incorporada al expediente, las decisiones que la Entidad Pública ha ido adoptando han sido meditadas y sopesadas a la luz de los informes de los distintos profesionales que han intervenido en la valoración de las circunstancias dadas en cada momento y siempre bajo la superior decisión judicial, pues es a esta última autoridad a la que corresponde tanto regular el régimen de visitas de los padres (artículo 161 del Código Civil), como pronunciarse finalmente sobre el acogimiento del menor (artículo 173 del Código Civil).

Es incuestionable que el menor sufre un síndrome de alienación parental, pero también lo es, según se desprende de los antecedentes incorporados al expediente, que dicha circunstancia ha sido fruto de la situación de tensión y enfrentamiento entre la madre y la familia paterna que arranca desde que x. contaba con 20 meses de edad. Durante todos esos años el niño ha vivido inmerso en un conflicto continuo del que no ha sido ajena la propia reclamante con episodios de insultos, embriaguez, intentos de suicidio, condena por agresión a su hijo, etc.; sin que tampoco el padre haya ejercido adecuadamente el rol paterno. A estas conductas poco ajustadas a la idea de lo que debe ser un correcto comportamiento de los padres en relación con sus hijos, cabe unir la influencia negativa que la familia paterna ha ejercido sobre la relación del niño con sus padres, y son precisamente estas actuaciones (la de la reclamante y la de terceros) las que sumergen al menor en un estado de conflicto que desemboca en el citado síndrome de alienación parental, sin que pueda apreciarse la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de protección de menores y el daño alegado, lo que determina que no deba declararse la responsabilidad patrimonial que se pretende.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente Dictamen ha de considerarse extemporánea, por las razones expresadas en la Consideración Segunda.

SEGUNDA.- No resulta acreditada la existencia de una adecuada y necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sociales regionales de protección de menores y el daño por el que se reclama

TERCERA.- Por todo lo anterior, la propuesta de resolución objeto del presente Dictamen, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 132/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 15/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 65.

DICTAMEN 133/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 15/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 134/09.- Proyecto de Decreto por el que se establece y regula la respuesta educativa a la diversidad del alumnado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 20/07/09

Extracto de Doctrina

1. El Proyecto sometido a consulta no es un reglamento ejecutivo al uso, que desarrolla una Ley regional habilitante, sino que la función que a través del mismo se lleva a cabo es el ejercicio de las competencias normativas autonómicas en materia de educación, mediante el desarrollo reglamentario directo de la legislación básica estatal, introduciendo en la regulación opciones políticas propias.

Desde esta perspectiva, y al margen de la genérica alusión a las Administraciones educativas, no es posible encontrar en la ley estatal objeto de desarrollo una habilitación reglamentaria expresa al órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma, aunque sí se deja a ésta, como ya quedó expuesto en las consideraciones precedentes, la reglamentación derivada de aquélla, la cual deviene imprescindible para la concreta aplicación y eficacia de las bases estatales, complementando sus previsiones.

2. La potestad reglamentaria propia, no derivada, de los Consejeros alcanza, pues, únicamente a la regulación de las cuestiones puramente organizativas de su Departamento, a las que se suma la regulación de las relaciones de especial sujeción. Es el ámbito de los llamados reglamentos independientes de ámbito organizativo, en los que, por contraposición a los denominados como reglamentos ejecutivos, no se procede a desarrollar las previsiones de otra norma superior.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada la Dirección General de Promoción Educativa e Innovación redacta un primer borrador del Decreto por el que se establece y regula la res-

puesta educativa a la diversidad del alumnado en igualdad de oportunidades y en el marco de una escuela inclusiva.

El borrador se remite a la Secretaría Autonómica de Educación y Formación Profesional para su tramitación, con fecha 4 de marzo de 2008, acompañado de la siguiente documentación:

a) Informe de la Inspección de Educación en el que se formulan diversas observaciones y sugerencias.

b) Informe sobre el impacto de género, emitido por el Instituto de la Mujer de la Región de Murcia.

c) Informe-memoria económica, según el cual la aplicación del futuro Decreto no generará un incremento de gasto.

d) Informe técnico y jurídico justificativo sobre el acierto y oportunidad de la futura norma, según el cual, en desarrollo del Título II (Equidad en la Educación) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), pretende establecer un *“marco normativo propio de la Región de Murcia que englobe la diversidad del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, que regule el catálogo de medidas de respuesta educativa para este alumnado y que determine los recursos humanos y materiales precisos para llevar a cabo programas específicos en respuesta a la atención a la diversidad del alumnado en igualdad de oportunidades y desde la calidad y equidad educativas”*.

Asimismo, el informe considera el futuro Decreto como desarrollo normativo de los Reales Decretos por los que se aprueban las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de la Educación Infantil, de Primaria y de Secundaria Obligatoria, *“inspirándose”* en las siguientes normas: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, Ley 51/2003); Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI); Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia (Ley 7/2007); Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales; y el Pacto Social por la Educación en la Región de Murcia, de 1995.

El informe recoge, asimismo, la motivación de la asunción o rechazo de las observaciones formuladas al borrador por la Inspección Educativa y el Instituto de la Mujer de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- El 3 de abril de 2008, el Servicio Jurídico de la entonces Consejería de Educación y Cultura informa el texto. Formula observaciones de corte procedimental, de técnica normativa y de legalidad, así como un importante número de sugerencias de regulación.

TERCERO.- Como consecuencia de las indicadas observaciones y sugerencias, se redacta un nuevo borrador y se amplían los informes de necesidad y oportunidad, y económico, solicitando, además, el de los siguientes órganos: Dirección General de Inmigración y Voluntariado, Dirección General de Personas con Discapacidad, Dirección General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria y Concejalía de Educación, Cultura y Fiestas Patronales del Ayuntamiento de Molina de Segura.

Contesta el primero de los órganos directivos citados, sin formular observaciones, y la Corporación Local consultada, que incide en dos artículos del Proyecto, siendo sus indicaciones acogidas en el texto.

Recabado de nuevo el informe del Servicio Jurídico de la Consejería proponente, se evacua en sentido favorable, al considerar subsanados los reparos de legalidad y oportunidad señalados en su anterior informe.

CUARTO.- Solicitado el preceptivo Dictamen del Consejo Escolar de la Región de Murcia se emite con el número 12/2008, de 2 de octubre, en el sentido de valorar positivamente el Proyecto, con diversas observaciones de índole formal y sustantiva, que, en su mayoría, se aceptan e incorporan al texto. Las rechazadas por el centro directivo promotor del Proyecto lo son con fundamento en la motivación que consta en informe emitido por el Servicio de Atención a la Diversidad, de 21 de octubre.

La introducción en el texto de las observaciones y sugerencias formuladas por el Consejo Escolar de la Región de Murcia da lugar a un nuevo borrador.

QUINTO.- El 5 de noviembre de 2008 se recibe el informe solicitado en su día a la Dirección General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria, de la Consejería de Sanidad, en relación con el artículo 27 del Proyecto, relativo a la respuesta educativa ante situaciones de hospitalización.

SEXTO.- Con fecha 10 de noviembre de 2008, se emite nuevo informe por el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Empleo y Formación, Departamento que asume las competencias en materia de enseñanza tras la reorganización administrativa llevada a efecto por Decreto 26/2008, de 25 de septiembre.

SÉPTIMO.- El 11 de noviembre la Vicesecretaría de la Consejería proponente evacua su preceptivo informe jurídico sobre el texto del Proyecto, en sentido favorable al mismo.

OCTAVO.- Recabado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 21 de enero de 2009 en sentido favorable al Proyecto, si bien con numerosas observaciones, de las cuales la conclusión que culmina el informe destaca las relativas a la correcta reproducción de la normativa básica, las limitaciones a la potestad reglamentaria de los Consejeros, y a la disposición final primera del texto, por la que se establece una regla de supletoriedad de la norma estatal y se procede a una derogación normativa en términos genéricos, sin especificar las disposiciones que ven finalizada su vigencia como consecuencia del Decreto proyectado.

La valoración de las consideraciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, indicando su asunción y justificando las que son rechazadas, es objeto de un informe del Servicio de Atención a la Diversidad de fecha 27 de mayo de 2009.

NOVENO.- Con fecha 23 de marzo se somete el Proyecto a la Mesa Sectorial de Educación, dando como resultado diversas observaciones, cuya aceptación, junto a aquéllas de las formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos que merecen una favorable acogida por los redactores del Proyecto, dan lugar a un nuevo texto que, con carácter de definitivo, es el que se somete a consulta del Consejo Jurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de junio de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

1. El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), conforme al cual el Consejo habrá de ser consultado en relación con los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es regular la atención a la diversidad del alumnado de los centros públicos y privados concertados de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello las previsiones contenidas en el Título II LOE, “Equidad en la Educación”, en cuya virtud se encomienda a las Administraciones educativas asegurar una atención educativa diferente a los alumnos que lo requieran, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo o por condiciones personales o de historia escolar. Asimismo, las Administraciones educativas vienen compelidas por la Ley a establecer las medidas necesarias para la identificación temprana de las necesidades educativas específicas de los alumnos, asegurando su escolarización y la participación de los padres en todo el proceso educativo, así como su asesoramiento; a contar con los medios humanos y materiales precisos para la adecuada atención a este alumnado; a formar al profesorado y demás profesionales encargados de tal atención; a desarrollar acciones de carácter compensatorio en relación con los grupos, personas y ámbitos territoriales que se encuentren en situaciones desfavorables; así como otras previsiones legales más concretas que llaman a la actuación de las Administraciones educativas en el diseño e implementación de medidas para la adecuada atención educativa a aquellos alumnos que lo precisen.

En la medida en que el Proyecto persigue establecer el marco normativo necesario para que la Comunidad Autónoma, en su condición de Administración educativa, pueda ejecutar las funciones que le competen para ofrecer al alumnado una adecuada atención a la diversidad, nos encontramos ante un reglamento de desarrollo de norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición final quinta.

2. El alcance de la actuación del Consejo Jurídico de la Región de Murcia cuando del examen de las disposiciones reglamentarias se trata, comporta el estudio de la competencia de la Comunidad Autónoma, la habilitación del Consejo de Gobierno para dictar la norma en cuestión, la comprobación de que se hayan seguido los trámites procedimentales previstos en la Ley para elaborarlo y, especialmente, el análisis de su adecuación al ordenamiento jurídico vigente. Todo ello sin olvidar la posibilidad de formular sugerencias acerca de eventuales deficiencias a evitar o de posibles mejoras, tanto de contenido como de técnica normativa, con el objetivo primordial de facilitar su pacífica inserción en el ordenamiento y procurar la mayor perfección de la futura norma.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

1. La Constitución Española (CE), en su artículo 49, establece que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que su Título I otorga a todos los ciudadanos.

Entre tales derechos fundamentales, el artículo 27 CE reconoce el derecho de todos a la educación, que tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

En desarrollo del primero de los preceptos constitucionales se dicta la LISMI que, en su Título VI, Sección 3ª, presta especial atención a la educación del colectivo que constituye su objeto. Define un principio general de integración en el sistema educativo general, con los apoyos y adaptaciones necesarias, configurando la educación especial como un recurso al que acudir sólo cuando al alumnado le resulte imposible la integración en el sistema educativo ordinario. Define sus objetivos, establece normas y requisitos aplicables al personal encargado de la atención de este alumnado y establece como regla general la impartición de la educación especial en centros ordinarios, debiendo ser realizada en centros específicos sólo cuando la profundidad de la minusvalía lo haga imprescindible. Contiene asimismo la Ley, prescripciones relativas a la atención educativa de los alumnos hospitalizados, a la formación profesional dentro de la educación especial y a la gratuidad de estas enseñanzas.

El desarrollo legislativo del artículo 27 CE en esta materia debuta con el hoy derogado artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de junio, del Derecho a la Educación (LODE), en cuya virtud, se reconoce como derecho básico de los alumnos el de *“recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo”*.

Desde este texto legal, la compensación de las desigualdades en la Educación y la atención al alumnado con necesidades educativas específicas es ya una constante en las sucesivas Leyes que, en desarrollo del artículo 27 CE, ordenan el sistema educativo, tanto en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), que dedica su Título V a la compensación de las desigualdades en la educación, regulando la atención a los alumnos con necesidades educativas especiales en los artículos 36 y 37, como en la 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, cuyo Título I, Capítulo VII, se dedica a la atención a los alumnos con necesidades educativas específicas. También la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de participación, evaluación y gobierno de los centros docentes no universitarios, en su Disposición adicional segunda garantiza la escolarización de estos alumnos, bajo un principio de equilibrio en su distribución entre los centros y da una definición de alumnos con necesidades educativas especiales que será contemplada por las siguientes leyes educativas y servirá de base para el desarrollo reglamentario posterior.

La LOE no es, como ya hemos visto, una excepción en el tratamiento de las necesidades específicas de apoyo educativo y de las actuaciones compensatorias de desigualdades. Según su Preámbulo, el Título II, denominado “Equidad en la Educación”, y a fin de garantizarla, aborda los grupos de alumnos que requieren una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar alguna necesidad específica de apoyo educativo, y establece los recursos precisos para acometer esta tarea con el objetivo de lograr su plena inclusión e integración. Se incluye concretamente en este título el tratamiento educativo del alumnado

que requiere determinados apoyos y atenciones específicas derivadas de circunstancias sociales, de discapacidad física, psíquica o sensorial o que manifiesten trastornos graves de conducta. También precisan un tratamiento específico los alumnos con altas capacidades intelectuales y los que se han integrado tarde en el sistema educativo español.

La Ley trata, asimismo, de la compensación de las desigualdades a través de programas específicos desarrollados en centros docentes escolares o en zonas geográficas donde resulte necesaria una intervención educativa compensatoria. La programación de la escolarización en centros públicos y privados concertados debe garantizar una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad de apoyo educativo.

La respuesta educativa se concibe a partir del principio de inclusión, entendiendo que únicamente de ese modo se garantiza el desarrollo de todos, se favorece la equidad y se contribuye a una mayor cohesión social. La atención a la diversidad, además, se concibe como una necesidad que abarca a todas las etapas educativas y a todos los alumnos. Es decir, se trata de contemplar la diversidad del alumnado como principio y no como una medida que corresponde a las necesidades de unos pocos. Por ello, además de las contenidas en el Título II de la LOE, son constantes las referencias a lo largo de su articulado a los principios y medidas de atención a la diversidad del alumnado. Así, a modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo:

— El artículo 1, letra b), señala como principio inspirador del sistema educativo español el de la equidad, que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación, y actúe como elemento compensador de la desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de discapacidad.

— El artículo 4.3 dispone que en la enseñanza básica se adoptará la atención a la diversidad como principio fundamental.

— El artículo 19.1 establece que en la Educación Primaria se pondrá especial énfasis en la atención a la diversidad del alumnado, en la atención individualizada, en la prevención de las dificultades de aprendizaje y en la inmediata puesta en práctica de mecanismos de refuerzo.

— En la Educación Secundaria Obligatoria, el artículo 26 establece obligaciones a centros y Administraciones educativas en orden a la adaptación de las enseñanzas a la diversidad del alumnado en la elaboración de las propuestas pedagógicas de los centros y adopción de medidas específicas para la atención de alumnos que presenten dificultades especiales de aprendizaje, alta capacidad intelectual o discapacidad.

En esta misma etapa, los artículos 27 y 30 LOE regulan la diversificación curricular y los programas de cualificación profesional inicial.

— El artículo 121.2 dispone que el proyecto educativo de cada centro, en el que se plasman los valores, objetivos y prioridades de actuación del mismo, recogerá la forma de atención a la diversidad del alumnado, respetando el principio de no discriminación y de inclusión educativa como valores fundamentales.

La regulación legal de la atención a la diversidad establece normas específicas para las etapas de la educación básica obligatoria (Primaria y Educación Secundaria Obligatoria), lo que no debe llevar a considerar que dicha materia es exclusiva de estas enseñanzas, sino que, como principio inspirador de todo el sistema educativo, se extiende a todas las demás, si bien, su regulación específica se deja para las normas de rango reglamentario.

2. El Estado parece haber renunciado a un desarrollo normativo básico global de las medidas de atención al alumnado con necesidades educativas específicas y de las medidas compensatorias de las desigualdades en la Educación, pues únicamente ha dictado normas cuyo ámbito de aplicación se encuentra limitado al territorio en que la Administración educativa es ejercida por el Ministerio competente en materia de educación. Es el caso de los Reales Decretos 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales, y 299/1996, de 28 de febrero, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación. En relación con la escolarización de este alumnado se dicta el Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de elección de centro educativo.

Sí tienen carácter básico, por el contrario, una parte del Real Decreto 943/2003, de 18 de julio, de regulación de las condiciones para flexibilizar la duración de los diversos niveles y etapas del sistema educativo para los alumnos superdotados intelectualmente (los artículos 3 y 4, son expresamente calificados como norma básica por su Disposición final primera, aunque también cabe predicar dicho carácter de otros artículos como el 5 y el 8, mientras que los artículos 6, 7 y 9, habrían sido dictados por el Estado en el ejercicio de su competencia exclusiva para regular las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos, conforme señala, respecto de estos últimos artículos, el Consejo de Estado en Dictamen 2156/2003), y los respectivos preceptos que, en materia de atención a la diversidad, contienen los Reales Decretos aprobatorios de las enseñanzas mínimas de cada etapa: Reales Decretos 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se aprueban las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de la Educación Infantil (art. 8); 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria (art. 13); 1631/2006, de 29 de diciembre, que establece las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (artículos 12, 13 y 14); y 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas (disposiciones adicionales quinta y sexta).

3. Tanto en la LOE como en las normas que la desarrollan son constantes las llamadas a la actuación de índole normativa y ejecutiva de las Administraciones educativas, verdaderos agentes principales de la atención a la diversidad en el ámbito de la enseñanza.

Así, el artículo 71.1 LOE, a nivel de principio y encabezando el Título dedicado a la equidad en la educación, establece que las Administraciones educativas dispondrán los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la presente Ley. Otros mandatos a las Administraciones educativas se contienen en el mismo artículo, cuando se les insta a asegurar los recursos necesarios para que el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo lo reciba (apartado 2); a establecer los procedimientos y recursos necesarios para identificar tempranamente tales necesidades (apartado 3); y a garantizar la escolarización, regular y asegurar la participación de los padres o tutores en las decisiones que afecten a la escolarización y a los procesos educativos, adoptando las medidas necesarias para que los progenitores reciban asesoramiento individualizado y la información precisa que les ayude en la educación de sus hijos (apartado 4).

Estas invocaciones a la actuación de las Administraciones educativas se complementan en otros preceptos del Título II LOE, imponiéndoles la obligación de disponer de los medios materiales y humanos (cuya formación habrán de promover) necesarios para atender las necesidades de este alumnado (art. 72) y estableciendo medidas más específicas para los

distintos colectivos que se agrupan bajo el concepto de alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Así:

— Para el alumnado que presenta necesidades educativas especiales, el artículo 74 establece que la identificación y valoración de tales necesidades se realizará por personal cualificado, en los términos que determinen las Administraciones educativas, que habrán de promover la escolarización de este alumnado en la educación infantil y desarrollar programas para su adecuada escolarización en centros de primaria y secundaria.

Habrán de favorecer, además, su escolarización de manera adecuada en las enseñanzas postobligatorias, adaptando las condiciones de realización de las pruebas establecidas en la Ley para las personas con discapacidad que así lo requieran.

El artículo 75 obliga a las Administraciones educativas a establecer una reserva de plazas en las enseñanzas de formación profesional para el alumnado con discapacidad.

— Respecto al alumnado que presenta altas capacidades intelectuales, el artículo 76 encomienda a las Administraciones educativas adoptar las medidas necesarias para identificarlo y valorar de forma temprana sus necesidades, adoptando planes de actuación adecuados a ellas.

— Las Administraciones públicas deberán favorecer la incorporación al sistema educativo de los alumnos que la efectúen tardíamente la cual deberá garantizarse, en todo caso, en la edad de escolarización obligatoria. Deben garantizar, además, que dicha escolarización se realice atendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico, para que se incorpore al curso más adecuado, con los apoyos oportunos (art. 78). Asimismo, las Administraciones educativas han de desarrollar programas específicos para los alumnos con graves carencias lingüísticas o de conocimientos básicos y adoptar las medidas necesarias para que los padres o tutores reciban el asesoramiento necesario sobre los derechos, deberes y oportunidades que comporta la incorporación al sistema educativo español (art. 79).

— En el ámbito de la compensación de desigualdades en educación, las Administraciones públicas deben desarrollar acciones de carácter compensatorio en relación con personas, grupos y ámbitos territoriales desfavorecidos, con provisión de los recursos y apoyos necesarios, debiendo, además, fijar sus objetivos prioritarios de educación compensatoria (art. 80).

Deben asegurar una actuación preventiva y compensatoria, garantizando las condiciones más favorables para la escolarización, durante la etapa de educación infantil, de todos los niños cuyas condiciones personales supongan una desigualdad inicial para acceder a la educación básica y para su progreso posterior. También les corresponde adoptar medidas singulares cuando y donde sea precisa una intervención educativa compensatoria, garantizar a todos los alumnos de primaria un puesto escolar gratuito en su propio municipio o zona de escolarización y dotar a los centros de todos los medios necesarios para compensar la situación de los alumnos que, debido a sus condiciones sociales, tengan especiales dificultades para alcanzar los objetivos de la educación obligatoria (art. 81).

Finalmente, se impone a las Administraciones educativas tener en cuenta las particularidades de la escuela rural, proporcionándoles los medios y sistemas organizativos necesarios para atender sus necesidades específicas y garantizar la igualdad de oportunidades (art. 82).

— Al regular la escolarización de todo el alumnado, el artículo 84.1 encomienda a las Administraciones educativas su regulación, estableciendo que, en todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo. Esta previsión es objeto de atención particular en el artículo 87, que exhorta a las Administraciones a establecer la proporción de este alumnado que deba ser escolarizado en cada centro y garantizar los recursos personales y económicos necesarios. Aquéllas pueden, asimismo, reservar durante el proceso de admisión y matrícula una parte de las plazas para este alumnado e incrementar, hasta en un 10%, el número máximo de alumnos por aula.

4. Estas previsiones de actuación autonómica y consiguiente regulación que le dé el necesario amparo normativo específico, son acordes, asimismo, con la Disposición final sexta de la referida Ley Orgánica, según la cual sus normas podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), es decir: la ordenación general del sistema educativo; la programación general de la enseñanza; la fijación de las enseñanzas mínimas y de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos; la Alta Inspección y las demás facultades que, conforme al artículo 149.1,30ª CE, corresponden al Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

De conformidad con lo expuesto, atendida la competencia de desarrollo legislativo que el artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) atribuye a la Comunidad Autónoma, y dado que el contenido del Proyecto no puede ser incardinado en ninguna de las funciones que el Estado reserva para sí, sino que, antes bien, corresponde a una materia que la propia LOE encomienda normar a las correspondientes Administraciones educativas, cabe concluir que la Comunidad Autónoma goza de competencia para regular, en desarrollo de la LOE y demás normativa básica relacionada, las medidas de atención a la diversidad en la educación que se contemplan en el Proyecto sometido a consulta. En su ejercicio, y en atención al modelo bases más desarrollo a que aquélla responde, el Consejo de Gobierno habrá de ajustarse a los límites establecidos por las leyes orgánicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución y demás normas básicas que inciden sobre la materia.

Por otra parte, como ya se apuntó en la Consideración Primera de este Dictamen, el Proyecto sometido a consulta no es un reglamento ejecutivo al uso, que desarrolla una Ley regional habilitante, sino que la función que a través del mismo se lleva a cabo es el ejercicio de las competencias normativas autonómicas en materia de educación, mediante el desarrollo reglamentario directo de la legislación básica estatal, introduciendo en la regulación opciones políticas propias.

Desde esta perspectiva, y al margen de la genérica alusión a las Administraciones educativas, no es posible encontrar en la ley estatal objeto de desarrollo una habilitación reglamentaria expresa al órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma, aunque sí se deja a ésta, como ya quedó expuesto en las consideraciones precedentes, la reglamentación derivada de aquélla, la cual deviene imprescindible para la concreta aplicación y eficacia de las bases estatales, complementando sus previsiones.

El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia)

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) No se ha recabado el informe del Consejo Regional de Servicios Sociales, aun cuando buena parte de los destinatarios de la norma proyectada son, a su vez, colectivos sobre los que actúan los Servicios Sociales (personas con discapacidad, inmigrantes, minorías étnicas, etc.). Si bien no puede considerarse que las prescripciones contenidas en la disposición sometida a consulta sean un desarrollo de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia ni que, en rigor, supongan el ejercicio de las competencias autonómicas en dicha materia, lo que determinaría la preceptividad del indicado informe (art. 28 de la Ley), lo cierto es que la existencia de zonas de intersección entre los ámbitos materiales de ambas normas, hubiera aconsejado solicitar del citado órgano consultivo su informe facultativo.

b) Tampoco se ha sometido el Proyecto al Consejo Regional de la Función Pública, aun cuando se establecen medidas relativas a los medios personales que han de realizar y llevar a cabo las medidas de atención educativa a la diversidad que se recogen en el texto. De hecho, el texto fue sometido a negociación sindical, a través de la Mesa Sectorial de Educación, según consta a los folios 464 y siguientes del expediente. En el documento que recoge los resultados de dicha negociación (no se especifica si se trata del Pacto resultado de la negociación o de un acta de la sesión), se alude a cuestiones que, de forma indirecta, pueden tener un efecto sobre las condiciones de trabajo del personal afectado, aunque en rigor no cabría configurar tales previsiones como normativa de función pública. Del mismo modo, tampoco merecerían dicha calificación las medidas en materia de recursos humanos establecidas por el artículo 34 del Proyecto, pues, por su falta de concreción, lo cierto es que no puede considerarse que, en rigor, incidan sobre el régimen jurídico de la Función Pública.

Ha de precisarse, no obstante, que sí podría afectar a dicha normativa la previsión contenida en el artículo 34.5 del Proyecto, en cuya virtud se atribuye al Consejero competente en materia de educación la determinación de las funciones que corresponden a cada uno de los especialistas que atienden al alumnado que presente necesidades específicas de apoyo educativo. Todo dependerá del alcance que se quiera dar a esa determinación de funciones y en qué medida pueda afectar a la configuración funcional de las opciones en que se integran algunos de tales colectivos funcionariales. En este sentido, si, como parece, el elenco de funciones que se determine en aplicación de la remisión aludida se circunscribe al ámbito de la específica atención educativa que los alumnos a los que se refiere el Proyecto precisan, y dicho haz funcional es compatible con las funciones que corresponden a cada colectivo como propias de la opción funcionarial (fisioterapia, auxiliar técnico educativo, pedagogía) a que pertenece, ninguna relevancia tendría sobre la normativa de función pública.

Sin embargo, si la previsión proyectada se interpreta como una habilitación al Consejero competente en materia de Educación para establecer dichas funciones sin estar constreñido por el límite de las que corresponden a cada opción funcionarial, se estaría afectando la competencia que para la configuración de las opciones corresponde al Consejero competente en materia de Función Pública, en virtud de la Disposición final primera del Decreto 32/1998, de 4 de junio, por el que se configuran opciones en los distintos cuerpos, se establecen medidas de fomento de la promoción interna y se modifica el Decreto 46/1990, de 28 junio, por el que se aprueba el modelo y se dictan normas para la aprobación y modificación de las relaciones de puestos de trabajo. Ello determinaría la necesidad de recabar el preceptivo informe del Consejo Regional de la Función Pública, al amparo del artículo 13.2.1, letra b) del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto legislativo 1/2001, de 26 de enero.

c) Durante la tramitación del Proyecto se ha solicitado el parecer de numerosos órganos y organismos administrativos, cuyas sugerencias y observaciones han sido objeto de valoración por los redactores del texto en orden a su inclusión o no en el mismo, justificando esta decisión. Esta buena técnica se ha abandonado, sin embargo, respecto a las consideraciones contenidas en el primer informe del Servicio Jurídico de la Consejería proponente, pues no consta en el expediente una valoración acerca de las numerosas cuestiones que la referida unidad administrativa pone de manifiesto.

d) No consta en el expediente ni la propuesta inicial del titular del Centro Directivo promotor del Proyecto al Consejero, ni la de éste al Consejo de Gobierno para la aprobación de aquél como Decreto.

CUARTA.- Texto sometido a consulta.

El texto que, según copia autorizada, constituye el objeto de la consulta elevada a este Consejo Jurídico se divide en una Exposición de Motivos, 40 artículos, una Disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y una final.

El articulado se divide, a su vez, en nueve capítulos, según el siguiente detalle: I, “ámbito y principios de actuación” (artículos 1 a 4); II, “la escolarización del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo” (artículos 5 a 9); III, “centros de educación especial y aulas abiertas especializadas en centros ordinarios” (artículos 10 a 12); IV, “la orientación educativa” (artículos 13 a 17); V, “las medidas de atención a la diversidad” (artículos 18 a 22); VI, “necesidades específicas de apoyo educativo” (23 a 33); VII, “recursos personales, materiales y formación del profesorado” (artículos 34 a 36); VIII, “participación y coordinación” (artículos 37 y 38); y IX, “evaluación de las medidas de atención a la diversidad” (artículos 39 y 40).

QUINTA.- Observaciones de técnica normativa.

1. Los capítulos en que se divide el Proyecto responden a unidades de regulación materialmente homogéneas, por lo que, con las matizaciones que siguen, cabe considerar correcta la estructuración interna del texto, aunque no el orden que se ha dado a los capítulos.

En efecto, un criterio elemental de ordenación sistemática de los textos normativos es el que postula un orden que comienza por la regulación de lo más general y finaliza por lo específico. Ello ofrece, entre otras, la ventaja de un proceso ordenado de concreción sucesiva que permite fundamentar las reglas más específicas en conceptos y normas jurídicas que, por su carácter más general, ya se habrán formulado con anterioridad en el texto.

De conformidad con este criterio, el actual Capítulo V “las medidas de atención a la diversidad”, debería pasar a ubicarse como Capítulo II, en la medida en que esboza el esquema general de la atención a la diversidad, aplicable a todo el alumnado. Tras él, como Capítulo III, debería incluirse el actual Capítulo VI “necesidades específicas de apoyo educativo” y, quizás como una Sección Segunda, diferenciada pero dentro de este mismo Capítulo, el actual Capítulo II “la escolarización del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo”. En este sentido, el actual Capítulo VI identifica los colectivos de alumnos según el tipo de atención que requieren y establece medidas para la adecuada respuesta educativa a sus particulares necesidades. La específica regulación de la escolarización de estos alumnos no deja de ser otra, si bien primordial y esencial, de dichas medidas, por lo que debe ser incluida en el mismo Capítulo.

Por otra parte, los artículos 28 a 32, establecen medidas de educación compensatoria que, en la medida en que se incluyen en el Capítulo dedicado al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, parecen constreñir su regulación a este limitado ámbito subjetivo, y no al más amplio que establece el Capítulo II del Título II LOE, a saber, “las personas, grupos y ámbitos territoriales que se encuentren en situaciones desfavorables” (artículo 80.1), asociadas a circunstancias o condiciones sociales, económicas, culturales o personales. Quizás fuera conveniente extraer tales preceptos del actual Capítulo VI, para configurar uno nuevo referido a la compensación de las desigualdades en la educación.

2. Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Asimismo, cuando se considere oportuno o necesario proceder a la reproducción de los contenidos legales en las normas reglamentarias, debe transcribirse literalmente el artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

Se hace esta consideración al advertir que existen en el Proyecto preceptos que vuelcan normas básicas sin efectuar advertencia expresa de su origen estatal o alterando parcialmente su redacción, como ocurre, a modo de ejemplo, con los artículos 1.3, 7.7 en su primer inciso, 19.4, 22.4 y 5, 27.1 ó 28.5.

3. La Directriz 31 de las de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, dispone que cuando sea necesario subdividir un apartado de un artículo, se hará en párrafos señalados en letras minúsculas ordenadas alfabéticamente. Este es, además, el criterio seguido de ordinario en el ordenamiento jurídico regional, por lo que debería aplicarse a la norma proyectada. Así, por ejemplo, en los artículos 1.3 y 2.3.

4. La parte dispositiva de las normas tiene por finalidad esencial establecer los mandatos o prohibiciones que son propios de la técnica regulatoria. Debe huirse, en consecuencia, de efectuar declaraciones que no constituyen un mandato normativo estricto, y que, en rigor, carecen de valor jurídico, por ser explicativas (el artículo 12.3, al regular el aula abierta, señala que ésta “*puede proporcionar un contexto apropiado*”) o ejemplificativas (el artículo 21.3, en su último inciso, establece que deben agotarse las medidas de carácter ordinario, “*tales como los refuerzos y apoyos educativos o la repetición de curso*”).

Es de destacar, asimismo, el acusado carácter programático de multitud de preceptos (como los artículos 8.3 y 35 o muchos otros que se expresan en futuro: “velará”, “realizará”, “procurará”, “fomentará”, “propiciará”, etc.). Estas declaraciones, si bien contienen compromisos de actuación y declaración de intenciones que, en cierto sentido, vinculan a la Administración educativa, encontrarían mejor acomodo en la parte expositiva de la norma.

Finalmente, es llamativa la constante (hasta en 92 ocasiones) invocación a la Consejería de Educación para que ejercite, en las más diversas formas de la acción administrativa (reglamentaria, ejecutiva, planificadora, etc.), sus competencias.

SEXTA.- De las llamadas al ejercicio de la potestad reglamentaria por el Consejero competente en materia de educación.

El Proyecto sometido a consulta pretende regular una materia caracterizada por su dispersión en multitud de normas reglamentarias dictadas por la Consejería, tanto por su titular, como por órganos directivos de él dependientes. El listado de tales normas, limitado a las que ostentan rango de Orden, incluye 12 órdenes, enumeradas en la memoria justificativa que acompaña al Proyecto.

El futuro Decreto no pretende unificar esa regulación tan atomizada, sino que se sitúa en un nivel normativo superior, definiendo los grandes rasgos de la atención a la diversidad educativa, dejando un amplio margen de desarrollo reglamentario a la Consejería de Educación.

Las órdenes preexistentes no son derogadas de manera expresa, de modo que continuarán en vigor en todo aquello que no se opongan a lo establecido en el futuro Decreto. No obstante, la posibilidad de dictar nuevas normas reglamentarias, como los tres Proyectos de Orden que expresamente se mencionan en la memoria justificativa y aquellos otros respecto de los que se realizan diversas habilitaciones a lo largo del texto sometido a consulta, encuentran el obstáculo de los estrechos límites con que los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004 constriñen el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros.

La doctrina del Consejo Jurídico en relación con la potestad normativa de los titulares de los Departamentos en que se organiza la Administración regional es suficientemente conocida por la Consejería consultante (por todos, Dictamen 65/2005) y no parece necesario reproducirla aquí, máxime cuando ya el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos que consta en el expediente la expone con amplitud.

Baste ahora recordar que el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que su artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término “organizativo”.

La ley regional, por tanto, restringe ampliamente la potestad reglamentaria de los Consejeros, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos “*ad extra*”, para regular las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones.

La potestad reglamentaria propia, no derivada, de los Consejeros alcanza, pues, únicamente a la regulación de las cuestiones puramente organizativas de su Departamento, a las que se suma la regulación de las relaciones de especial sujeción. Es el ámbito de los llamados reglamentos independientes de ámbito organizativo, en los que, por contraposición a

los denominados como reglamentos ejecutivos, no se procede a desarrollar las previsiones de otra norma superior.

Así pues, los Consejeros únicamente pueden dictar reglamentos ejecutivos o de desarrollo de otra norma, previa habilitación. A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la hoy derogada Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia, tal habilitación sólo puede producirse por disposición de rango legal (artículo 52.1 de la Ley 6/2004). En la actualidad, en el ámbito material a que se refiere el Proyecto de Decreto sometido a consulta, dicha habilitación no existe.

A la luz de esta doctrina y al margen de lo indicado en la Consideración Séptima de este Dictamen acerca del artículo 5 del Proyecto, resulta necesario efectuar las siguientes consideraciones, en relación con algunos de sus preceptos:

a) El artículo 10.3 habilita al Consejero para desarrollar reglamentariamente la organización y funcionamiento de los centros de educación especial.

Los términos en que se expresa la disposición proyectada, parecen circunscribir el objeto de esa futura Orden al ámbito puramente doméstico, por lo que no habría objeción de legalidad alguna en cuanto a la competencia del Consejero para acometer su regulación. No obstante, la previsión contenida en el Proyecto sería innecesaria, toda vez que las facultades normativas de aquél le vendrían atribuidas directamente por la Ley 6/2004, que no precisaría en este extremo del complemento reglamentario, el cual, a su vez, tiene vedado atribuir potestades normativas, atendida la reserva de rango legal que, a tal efecto, establece el artículo 52.1 de la referida Ley regional.

Esta observación se hace extensiva a todos aquellos preceptos que contemplan habilitaciones de desarrollo normativo por parte de la Consejería o de su titular.

b) Otro tanto cabría decir respecto al artículo 19.6 del Proyecto, en cuya virtud, la Consejería “*regulará la implantación*” de las medidas de apoyo ordinario en los centros. En este caso, además, la habilitación normativa podría exceder lo estrictamente organizativo, en la medida en que la regulación que de dichas medidas se aborda en el Proyecto, no agota los extremos sustantivos de éstas, pues, por ejemplo, omite definir o establecer en qué consiste cada una de las medidas, limitándose a enumerarlas. Se sugiere, en consecuencia, que el artículo 19 del Proyecto complete la regulación sustantiva de las medidas de apoyo ordinario, suprimiendo la innecesaria habilitación reglamentaria al Consejero.

c) Sin perjuicio de lo que más adelante (Consideración Séptima de este Dictamen) se indicará en relación con la competencia para fijar criterios de obtención del Título de Graduado en ESO, las remisiones o habilitaciones que se hacen en el artículo 21.4 del Proyecto, sobre todo en relación con las condiciones de admisión de los alumnos, vienen a suponer un desarrollo de lo establecido en el mismo artículo 21 para lo que, como ya se ha señalado, el Consejero carece de potestad.

SÉPTIMA.- Observaciones particulares al texto.

1. A la parte expositiva.

a) Debe incluirse una referencia al artículo 16 EAMU, como fundamento del título competencial que se ejercita al dictar la norma.

b) Quizás sería conveniente incluir una referencia a las normas básicas que, además de la LOE, regulan las cuestiones objeto de desarrollo.

c) Sería clarificadora, respecto de la inserción del futuro Decreto en el ordenamiento jurídico regional, la inclusión de una mención a su relación de complementariedad y no colisión con otras normas ya vigentes, como los decretos aprobatorios de los currículos de las diversas enseñanzas y el 369/2007, de 30 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de educación infantil, primaria, secundaria obligatoria y bachillerato de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

2. Al articulado.

— Artículo 2. Principios de actuación en la respuesta educativa a la diversidad del alumnado.

El artículo 71 LOE, que tiene por objeto establecer los principios de la atención de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo y norma cabecera del Título II de la Ley, establece como principio el de participación de los padres y tutores en las decisiones que afecten a la escolarización y a los procesos educativos de este alumnado (apartado 4).

Parece oportuno incluir en el apartado 1 del precepto proyectado este principio como tal y no como una mera actuación derivada del resto de principios enumerados (apartado 3.2).

— Artículo 4. Plan de Atención a la Diversidad.

El contenido del Plan debería incorporar también las actuaciones generales de atención a la diversidad reguladas por el artículo 18 del Proyecto, toda vez que, según este precepto, deben tener cabida en aquél. A este respecto, la norma proyectada diferencia las indicadas actuaciones (artículo 18) de las medidas de apoyo reguladas en los artículos 19 y 20, que serían identificables con las de carácter organizativo y curricular, únicas a las que se refiere el artículo 4 del Proyecto.

— Artículo 5. La admisión a las distintas enseñanzas.

El artículo 87.1 LOE establece que, para garantizar una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, las Administraciones establecerán la proporción de alumnos de estas características que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados. Este mandato normativo no tiene reflejo en el Proyecto, aun a pesar de constituir una garantía expresa de la adecuada escolarización de este alumnado.

Considera el Consejo Jurídico que dicha determinación ha de revestir la forma de Decreto del Consejo de Gobierno, toda vez que supone el desarrollo directo de una norma legal básica que, con fundamento en el artículo 9.2 CE, persigue promover las condiciones para que la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación sea real y efectiva. Ello dota a la previsión de una indudable eficacia *ad extra*, no limitada al ámbito meramente organizativo o doméstico de la Consejería competente en materia de educación, por lo que de conformidad con la doctrina reiteradamente expresada por este Consejo Jurídico en interpretación de los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, su establecimiento excedería de las potestades normativas del Consejero competente en materia de Educación.

Debería, pues, incluirse dicha proporción entre las previsiones del Decreto, siendo su ubicación sistemática más apropiada el precepto objeto de la presente consideración, dado su carácter general respecto de la admisión del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo para todas las enseñanzas.

— Artículo 6. Criterios para la escolarización del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo.

a) Al establecer el precepto los “criterios prioritarios” para la escolarización de este alumnado, lo hace utilizando una cláusula de salvaguardia de lo dispuesto en el artículo 84 LOE, en cuyo apartado 2 se fijan criterios, también expresamente calificados como prioritarios, para la admisión de alumnos en general, que tienen su reflejo en los baremos utilizados para dicho proceso.

Podría parecer, por tanto, que se trata de factores que operan en un mismo nivel, haciendo surgir la duda de cómo se articulan entre sí todos estos criterios “prioritarios”, máxime porque de conformidad con el artículo 5.2 del Proyecto, la admisión del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo se ajustará al proceso y calendario de admisión general para todo el alumnado, en el que se utilizarán los criterios establecidos por el artículo 84 y recogidos a su vez por el artículo 9 del Decreto 369/2007.

b) Los principios de normalización, integración e inclusión que inspiran toda la atención educativa a la diversidad y que sirven de fundamento al criterio de preferencia en la escolarización de los centros ordinarios sobre los de educación especial o aulas abiertas especializadas en centros ordinarios, deberían llevar también a proclamar expresamente el criterio de preferencia de estas aulas sobre los centros de educación especial. Ello, además, resulta acorde con la regulación de los indicados centros también abordada en el Proyecto, pues el artículo 10 los configura como medios de respuesta educativa a aplicar cuando las necesidades del alumnado no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios, entre las cuales se encuadran, como recurso extraordinario, las aulas especializadas en centros ordinarios (art. 12 del Proyecto). También parece desprenderse esa prioridad de las aulas especializadas sobre los centros de educación en la escolarización de este alumnado de lo establecido en los artículos 24.4 y 5 del Proyecto.

— Artículo 7. Escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales.

a) El apartado 2 prevé una medida extraordinaria de flexibilización de la duración de las etapas de Educación Infantil y Primaria en el marco de lo previsto por el artículo 74.1 LOE. Al regular los trámites para adoptar dicha medida se contempla la participación de los padres, recabando su conformidad u opinión, “según proceda”. Dos observaciones merece esta previsión:

— No debe obviarse en la adopción de esta medida a los tutores de los alumnos.

— Debe precisarse cuándo es necesaria la conformidad de los progenitores, que impide adoptar la medida sin ella, y cuándo basta con recabar su opinión, que no condicionaría la decisión. Esta concreción se hace aún más necesaria si cabe, porque el artículo 18 del Decreto 369/2007 también deja indeterminada la cuestión al señalar que se considerará el parecer de los padres.

b) Los apartados 4 y 5 deberían intercambiar sus posiciones, pues este último establece la regla general derivada del principio de normalización e integración, fijando en su primer inciso lo que debe ser la respuesta ordinaria frente a las necesidades educativas especiales

y, en su segunda mitad, las respuestas específicas a aquéllas: la escolarización en centros especiales, en aulas abiertas especializadas o modalidad combinada. Por su parte, el actual apartado 4, se centra de forma específica en uno de esos recursos extraordinarios, como es la escolarización en un aula especializada.

c) El apartado 4, además, podría simplificar la redacción del último inciso disponiendo que “será preceptivo el dictamen de escolarización, previa audiencia de los padres o tutores”.

— Artículo 8. Escolarización del alumnado con altas capacidades intelectuales.

a) A diferencia del alumnado con necesidades educativas especiales, no se prevé en relación con la escolarización del que presenta altas capacidades intelectuales los preceptivos evaluación psicopedagógica y dictamen de escolarización, aun cuando sí parecen preceptivos a la luz de la previsión contenida en el artículo 15.4 del Proyecto que encomienda su realización a los equipos de orientación educativa y psicopedagógica

b) Dispone el apartado 2 que la escolarización de este alumnado se realizará en centros educativos preferentes que desarrollen proyectos de trabajo adecuados a sus características. Debería precisarse el concepto de “centro preferente” a estos efectos, máxime cuando el artículo 26.2 del mismo Proyecto, establece que este alumnado será atendido en centros y aulas ordinarias, respetando el principio de inclusión.

De la interpretación conjunta de ambos artículos, parece indicarse que el alumnado con altas capacidades intelectuales se concentrará en determinados centros educativos (los que el artículo 8.2 denomina preferentes), que, siendo ordinarios, desarrollarán programas específicos de aprendizaje. Quizás lo oportuno sería unificar la regulación en un único precepto: el 8.2 del Proyecto, suprimiendo el último inciso del 26.2.

En cualquier caso, estas escuetas previsiones resultan insuficientes en orden no ya a cumplir con la encomienda de desarrollo reglamentario efectuado por la norma básica (artículo 4, Real Decreto 943/2003), de fijar las condiciones que deben reunir tales centros y los criterios para que los centros elaboren programas específicos de intensificación del aprendizaje, sino incluso para orientar, siquiera sea en trazos gruesos, tal desarrollo normativo.

— Artículo 10. Centros de educación especial.

La Dirección de los Servicios Jurídicos advierte de la necesidad de establecer criterios que precisen cuándo los centros de educación especial habrán de contar con servicio de residencia, tal como se prevé en el apartado 6. A pesar del cambio de redacción sufrido por el texto para intentar adecuarlo a las observaciones formuladas, la cuestión sigue quedando en la más absoluta indefinición, lo que debería ser corregido.

— Artículo 13.- Principios y objetivos de la orientación educativa.

a) En rigor, el apartado 1, letra f) LOE no establece “*los principios de la educación*”, como indica el apartado 1 del precepto objeto de esta consideración, sino los del sistema educativo español. Además, debería darse nueva redacción a este apartado para calificar la orientación educativa y profesional no sólo como principio inspirador del sistema educativo, sino también como derecho básico de los alumnos, cualidad que le reconoce el artículo 6.3, letra d) LOE.

b) El apartado 3 enumera el elenco de unidades, equipos, departamentos y áreas a los que se encomienda la orientación educativa en los centros. La diversidad de denominacio-

nes de unos y otros, viene determinada por la variedad de las enseñanzas y los centros que las imparten, de modo que la orientación educativa en los centros de educación infantil y de primaria se lleva a cabo por los equipos de orientación educativa y psicopedagógica o, en su caso, por el orientador; en los de secundaria por los departamentos de orientación; en los de educación especial por el área de orientación; y en los centros concertados por las unidades de orientación.

Esta variedad de denominaciones y el rigor que es exigible al lenguaje normativo, lleva a hacer farragosos algunos preceptos del Proyecto (así, a modo de ejemplo, el 14.4 y el 20.5), cuando, ante la ausencia de una denominación genérica para todos estos equipos, departamentos, etc., se opta por citarlos a todos. Para evitarlo bastaría con fijar en este apartado 3 un término omnicompreensivo de todos ellos, como por ejemplo el de “servicios de orientación”.

c) El mismo apartado 3, como se ha dicho, atribuye la orientación educativa en los centros concertados a la unidad de orientación. Según este precepto, sea cual sea la enseñanza concertada respecto a la que se desarrollen las labores orientadoras, serán desempeñadas por esta unidad. Sin embargo, mientras el artículo 17 del Proyecto distingue en la educación secundaria entre el departamento de orientación de los centros públicos y la unidad de orientación en los concertados, el 15, al regular la orientación en educación infantil primaria, no efectúa tal distinción, asignando la orientación en los centros que imparten estas enseñanzas, sin distinción alguna acerca de su titularidad pública o privada, a los equipos de orientación educativa y psicopedagógica.

Debería aclararse esta cuestión en el precepto objeto de consideración o bien establecer las correspondientes precisiones en el artículo 15 del Proyecto, siguiendo el modelo de su artículo 17.1.

d) El apartado 6.5 señala como uno de los objetivos de la orientación educativa el de “obtener en colaboración con la jefatura de estudios el Plan de Atención a la Diversidad”. Al margen de la dudosa calificación del enunciado como tal objetivo y no como una mera función de los equipos, departamentos y unidades encargados de la orientación, lo que aconsejaría su supresión, la redacción del apartado debería coordinarse con lo establecido en el artículo 4 del Proyecto, en cuya virtud, tales equipos y departamentos, bien directamente en la educación secundaria en coordinación con la jefatura de estudios, bien a través de su participación en el equipo de apoyo a la diversidad en educación infantil y en primaria, proponen a la Comisión Pedagógica el referido Plan para su aprobación.

El artículo 4.1, *in fine*, atribuye al jefe de estudios o, en su defecto, al director del centro, la dirección y coordinación de la elaboración del Plan, pero la redacción del mismo no parece quedar en manos de aquél, sino del equipo de apoyo a la diversidad o de orientación, según los casos, que son quienes proponen el Plan para su aprobación a la Comisión Pedagógica.

Por ello, tampoco parece acertada la previsión contenida en el artículo 14.4, cuando dispone que los equipos y unidades encargados de la orientación “asesorarán al jefe de estudios” en la realización del Plan de atención a la diversidad. Más bien dicha realización o elaboración parece corresponder al equipo, departamento o área de orientación, bajo la coordinación del jefe de estudios o, en su defecto, del director del centro.

En cualquier caso, si esta interpretación conjunta de los artículos 4, 13 y 14 del Proyecto no se ajusta a lo pretendido por sus redactores, debería buscarse una redacción alternativa

que fijara con contornos más nítidos la actuación que corresponde a cada uno de los actores en la elaboración del Plan de Atención a la Diversidad.

Del mismo modo, esta observación se hace extensiva al resto de planes mencionados (de acción tutorial, de acogida y de orientación académica y profesional), toda vez que la labor de asesorar al jefe de estudios en su realización no parece concordar de forma exacta con el reparto funcional que, al respecto, efectúan los correspondientes reglamentos orgánicos de los centros de educación infantil y primaria, y de secundaria, aprobados por Reales Decretos 82 y 83/1996, de 26 de enero, respectivamente, aplicables a los centros de titularidad regional en defecto de normativa propia.

— Artículo 14.- Ámbitos de actuación de la orientación educativa.

Como consecuencia de la negociación del Proyecto en la Mesa Sectorial de Educación se introduce en la última versión del texto una referencia al “orientador”, en diversos preceptos (artículos 14.2 y 15.7, entre otros) como servicio de orientación unipersonal que queda en la más absoluta indefinición, no ya en el ámbito funcional, sino incluso en cuanto a su existencia y presencia en los centros, pues las menciones en el texto se limitan a señalarlo como una alternativa a los equipos y departamentos de orientación, mediante la inespecífica y poco expresiva locución “en su caso”. Debería el Proyecto establecer el régimen de esta novedosa figura y su articulación con los restantes servicios de orientación, pues la regulación actual es insuficiente y no permite conocer, siquiera a grandes rasgos, los perfiles de aquélla.

— Artículo 15.- La orientación en educación infantil y en educación primaria.

Los apartados 5 y 6 señalan las funciones que corresponden a los equipos de atención temprana y especializados, careciendo de una atribución funcional específica para los de sector, salvo que sean estos equipos a los que se refiera el apartado 4. No obstante, si esta última es la intención del redactor del precepto, debería especificarlo, porque en la redacción actual, parece que la evaluación psicopedagógica y el dictamen de escolarización es una labor común a todos los equipos de orientación enumerados en el apartado 3.

— Artículo 18.- Actuaciones generales para la atención a la diversidad del alumnado.

El apartado 3, al regular la actuación de los centros en la atención a la diversidad de su alumnado es reiterativo respecto al artículo 3 del Proyecto, por lo que debería ser suprimido.

— Artículo 19.- Medidas de apoyo ordinario.

El precepto reproduce, en su apartado 4, el artículo 12.3 RD 1631/2006, si bien omite el último inciso del precepto básico “y otros programas de tratamiento personalizado para el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo”, sin que el expediente ofrezca justificación suficiente para dicha omisión.

— Artículo 20.- Medidas de apoyo específico.

En el apartado 6.1 debe suprimirse la doble exigencia de evaluación psicopedagógica.

— Artículo 21.- Los programas de diversificación curricular.

a) El apartado 4 encomienda a la Consejería competente en materia de educación, entre otros extremos, establecer los criterios para la obtención del título de Graduado en ESO.

Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 11.2 del Decreto 291/2007, de 14 de septiembre, por el que se establece el currículo de la Enseñanza Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que, aunque de forma más matizada, viene a regular lo mismo. Como ya advertía este Consejo Jurídico en el Dictamen 108/2007 con ocasión del proyecto que a la postre se convertiría en dicho Decreto, la fijación de criterios para obtener un título académico puede suponer, en definitiva, establecer condiciones para su obtención, competencia ésta que en virtud del artículo 149.1, 30ª CE corresponde en exclusiva al Estado, en cuyo ejercicio dicta el artículo 15.3 RD 1631/2006, que tiene por objeto establecer las condiciones de obtención del título de Graduado en ESO para los alumnos que cursen programas de diversificación curricular.

Para evitar una interpretación contraria al sistema de distribución competencial establecido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, dada la ausencia de competencia regional para regular cualesquiera condiciones de obtención de un título académico, debería modificarse la redacción del precepto, para limitar la atribución funcional de la Consejería a la fijación de criterios orientadores de los equipos docentes que garanticen la homogeneidad de su actuación en la toma de decisión que el ordenamiento les atribuye.

En consecuencia, o bien se efectúa una remisión a lo establecido en el 11.2 del Decreto 291/2007, según el cual la obtención del título de Graduado en ESO se ajustará a lo dispuesto en el artículo 15.3 RD 1631/2006, sin perjuicio de los criterios orientadores establecidos en el artículo 13.2 del indicado Decreto regional, o bien se suprime este artículo 21.4 del Proyecto, al modo de los programas de cualificación profesional inicial contemplados en el artículo 22 del Proyecto, que guarda silencio acerca de las cuestiones ya regladas en el artículo 12.2 del Decreto aprobatorio del currículo de la ESO, sobre dichos programas.

b) El precepto, de acuerdo con la finalidad de la disposición en que se integra, debería perseguir el desarrollo reglamentario de la norma básica, constituida en la materia por los artículos 27 LOE y 13 RD 1631/2006. Sin embargo, la regulación que se acomete en el Proyecto, lejos de complementar las referidas normas, se limita a reproducirlas en parte, sin concretar criterios de contenido y estructura, siendo menos precisa, incluso, que la norma a desarrollar, que contiene previsiones respecto a los ámbitos en que deben dividirse los currículos de estos programas, con expresión de los elementos formativos que aquellos deben contemplar, que han sido omitidas en el Proyecto.

La fuerza de obligar propia de la norma básica no precisa de recordatorios o apoyos en las disposiciones autonómicas, porque su eficacia no depende en ningún caso de su recepción por éstas. No obstante, la omisión de tales previsiones, junto al reenvío a una futura Orden de la Consejería competente en materia de educación de la elaboración del currículo de estos programas, cuya incardinación en el limitado ámbito material propio de la potestad reglamentaria del Consejero no estaría exenta de problemas, aconsejan, al menos, efectuar una remisión a la norma básica en cuanto al contenido y estructura de aquellos.

— Artículo 22.- Los programas de cualificación profesional inicial.

El artículo debería completarse con una remisión al artículo 14 RD 1631/2006, respecto de la estructura y contenidos básicos de estos programas.

— Artículo 25.- Dificultades específicas de aprendizaje.

El apartado 5, que tiene por destinatario al alumnado con dificultades “generalizadas” —no específicas como el resto del artículo— de aprendizaje, es redundante con la regula-

ción de los programas de diversificación curricular contenida en el artículo 21 del Proyecto, por lo que se sugiere su supresión.

— Artículo 26.- Altas capacidades intelectuales.

El apartado 3 atribuye a los profesionales de la orientación identificar las necesidades educativas y “colaborar la respuesta educativa de este alumnado” (sic). Al margen de la errónea construcción gramatical de la frase, probablemente por la omisión de la partícula “en” tras el verbo “colaborar”, lo cierto es que la función que respecto de este alumnado se atribuye por el mismo Proyecto (artículo 23.4) a estos profesionales de la orientación es de mayor trascendencia que la mera colaboración, pues son ellos quienes proponen las decisiones sobre su escolarización y las adaptaciones curriculares necesarias, en línea con la definición de estrategias y aprendizaje que el propio apartado objeto de esta consideración les asigna. Se sugiere, en consecuencia, sustituir el verbo “colaborar” por “elaborar”, “proponer”, “diseñar” o “definir”.

Del mismo modo, la función de los servicios de orientación en relación con las adaptaciones curriculares a realizar, de conformidad con el artículo 23.4 del Proyecto, no se limitaría al mero asesoramiento, como señala el apartado 5 del artículo 26, sino que les correspondería su propuesta.

— Artículo 29.- Hospitalización.

a) En tanto que presupuesto para ser beneficiario de las actuaciones compensatorias previstas, debería precisarse qué se entiende por “enfermedad prolongada” (apartado 2), de modo similar al artículo 30.2 del Proyecto, respecto de la convalecencia en domicilio.

b) El apartado 6 debería prever, asimismo, la coordinación entre el personal docente y el facultativo que asiste al escolar hospitalizado, pues las circunstancias de la enfermedad serán condicionantes de la atención educativa que pueda recibir el paciente.

— Artículo 31.- Menores sometidos a medidas judiciales de reforma y promoción juvenil.

En el apartado 2, puede suprimirse, por redundante, la expresión “por decisiones judiciales”.

En el apartado 4, debería sustituirse la expresión “que resulten”, por “competentes”.

— Artículo 32.- Alumnado sometido a medidas judiciales de protección y tutela.

La utilización del adjetivo “judiciales” restringe el ámbito subjetivo de aplicación del artículo, pues dejaría fuera a aquéllos menores sometidos a tutela por ministerio de la Ley y a medidas administrativas de protección que, de conformidad con los artículos 172 del Código Civil y 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, pueden ser adoptadas sin la intervención del Juez. En la medida en que la situación de tales menores puede precisar también actuaciones compensatorias educativas, debería valorarse la conveniencia de suprimir el término “judiciales”.

— Artículo 38.- Coordinación con organizaciones no gubernamentales, asociaciones sin ánimo de lucro y otras administraciones.

a) Según su apartado 2 la Consejería promoverá actuaciones conjuntas con las Corporaciones Locales, afirmando el precepto que dicha previsión responde a lo establecido en el

artículo 8.1 LOE. Sin embargo, el precepto básico realmente dispone que las Administraciones educativas y las Corporaciones Locales coordinarán sus actuaciones, sin restringir el modo de dicha coordinación a la realización conjunta de determinadas actuaciones. Debe adecuarse el precepto propuesto a la redacción de la norma básica que incorpora, sin perjuicio de poder señalar que, en el marco de dicha coordinación, podrán desarrollarse actuaciones conjuntas.

b) El apartado 5, en la redacción propuesta, parece atribuir a la Consejería competente en materia de Educación una función propia del Estado, según el artículo 9.1 LOE. En efecto, este precepto, con fundamento, entre otros, en el artículo 138.1 CE, en cuya virtud corresponde al Estado garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Carta Magna, insta al Estado a promover programas de cooperación territorial con el fin de, entre otros, contribuir a la solidaridad interterritorial y al equilibrio territorial en la compensación de desigualdades. Para llevar a cabo dichos programas, las Administraciones educativas podrán suscribir los correspondientes acuerdos (art. 9.2 LOE).

De lo expuesto se deduce que, de conformidad con la norma básica, la función de la Consejería competente en materia de Educación no puede ser promover esos programas de cooperación territorial con otras administraciones educativas, sino proponer al Consejo de Gobierno la aprobación de los convenios que, en el marco de los programas promovidos por el Estado, se estime oportuno suscribir con otras Comunidades Autónomas (art. 6.1, Ley 7/2004).

Por otra parte, parece una restricción innecesaria limitar la posibilidad de suscribir dichos acuerdos y convenios sólo con las Comunidades Autónomas limítrofes, cuando los fines perseguidos podrían conseguirse también mediante la colaboración con otras Administraciones educativas geográficamente más lejanas.

— Disposición adicional. Datos personales del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo.

En el apartado 1 debe añadirse “adicional” entre los términos “disposición” y “vigésimo tercera”.

Esta disposición, en cualquier caso, es susceptible de ser suprimida, dado que no aporta contenido normativo alguno, al limitarse a reproducir, y no literalmente como debería (Consideración Quinta de este Dictamen), la norma básica.

— Disposición final. Entrada en vigor.

No se aprecian en el expediente razones de especial urgencia que justifiquen una excepción al régimen general de *vacatio* de las normas, establecido en veinte días desde su publicación, de conformidad con el artículo 52.5 de la Ley 6/2004.

— Podría incluirse una nueva disposición final para establecer una cláusula de salvaguarda de la vigencia de las disposiciones preexistentes de rango inferior al futuro Decreto, las cuales, tal y como queda ampliamente justificado en el expediente, no serán derogadas por la nueva regulación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

SEGUNDA.- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- Tienen carácter esencial las siguientes observaciones:

a) Las relativas a las llamadas al ejercicio de la potestad reglamentaria del Consejero, en los términos indicados en la Consideración Sexta y en la Séptima, en relación con el artículo 5 del Proyecto.

b) La efectuada en la Consideración Séptima al artículo 21.4, acerca de la ausencia de competencia autonómica para fijar condiciones de obtención de títulos académicos.

c) La contenida en la Consideración Séptima en relación con la promoción de programas de cooperación territorial prevista en el artículo 38.5.

CUARTA.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 135/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 20/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 136/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)****Fecha: 20/07/09****Extracto de Doctrina**

En lo que atañe a la temporaneidad de la acción indemnizatoria debe señalarse que, en tanto el daño por el que se reclama es el mero contagio de la hepatitis “C” (afirmando la reclamante, con apoyo en los informes médicos que aporta, permanecer asintomática respecto de posibles secuelas que pudieran derivarse de tal enfermedad), el “dies a quo” de la acción ejercida es el del diagnóstico de dicha enfermedad (sin perjuicio, ex artículo 142.5, segundo párrafo, LPAC, de que la interesada pudiera disponer de posteriores acciones indemnizatorias para reclamar por las secuelas, de carácter físico o psíquico, que, en hipótesis, pudieran revelarse después y cuyo origen pudiera imputarse a la reseñada patología). Ello es así porque, diagnosticada la citada enfermedad, desde tal momento la interesada está en disposición de tener cabal conocimiento, conforme con la experiencia de la ciencia médica, de los potenciales perjuicios o secuelas que aquélla pudiera causarle, y así poder reclamar desde dicho diagnóstico por el daño (en hipótesis, de carácter moral) propio del padecimiento de dicha enfermedad, como daño autónomo y distinto del derivado de sus eventuales secuelas. Sobre estas últimas debe confirmarse que en el procedimiento no se ha acreditado la existencia de patología alguna, ni siquiera de carácter psíquico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 30 de septiembre de 2002, x, presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial en el que exponía que, con motivo de una intervención quirúrgica o aborto “necesario” de su segundo y último embarazo, practicado en 1968 por los servicios médicos de la Seguridad Social, precisó de una transfusión de sangre, en la que contrajo anticuerpos de hepatitis C. Dicha enfermedad le fue diagnosticada en febrero de 2001, siguiendo tratamiento por ella con el Dr. x.

Expresa la reclamante que: “*habiendo tenido conocimiento de la Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público, por medio del presente escrito intereso mi inclusión en el Censo correspondiente, a la vez que la apertura del correspondiente expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración...*”, solicitando, entre otras cosas, “*ser indemnizada por el acreditado funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...*”.

A su reclamación acompañó copia de informe con los resultados de un análisis clínico, realizado el 18 de abril de 2001, en el que consta el positivo para “*hepatitis C rna viral*”, y copia de un informe de 15 de julio de 2002 del citado médico, en el que se expresa que la interesada es “*paciente con hepatitis (ilegible) por virus C, que sigue control por esta consulta*” (Policlínica de Belén).

SEGUNDO.- Mediante oficio de 31 de octubre de 2002 se le requirió a la reclamante para que subsanase su escrito inicial y expresara en el mismo todos los extremos a que se refiere el artículo 6 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, apercibiéndole de que, de no hacerlo en el plazo establecido, se le tendría por desistida en su reclamación.

TERCERO.- Intentada por dos veces la notificación personal del citado requerimiento, resultando infructuosa, en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 5 de febrero de 2003 se publicó el correspondiente edicto.

En fecha 16 de enero de 2003 se dio traslado de dicho edicto al Ayuntamiento de Murcia, a los efectos de su publicación en el tablón de anuncios correspondiente, constando en el expediente que fue expuesto desde tal fecha hasta el 1 de febrero siguiente.

CUARTO.- Con fecha 28 de febrero de 2003 se redacta propuesta de resolución para el archivo del expediente de reclamación patrimonial por desistimiento de la interesada, al no haber subsanado lo requerido en su momento. Dictada el 4 de marzo siguiente por el Consejero competente la oportuna resolución acordando lo propuesto, fue notificada el 24 de ese mes.

QUINTO.- Con fecha 3 de abril de 2003, la reclamante interpone recurso de alzada contra la antedicha resolución, solicitando que se anule y se continúe el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial. A tal efecto, alega que los dos intentos de notificación personal del requerimiento se subsanación de deficiencias fueron realizados incorrectamente, porque en la dirección que indicó en su día para recibir notificaciones ella era perfectamente conocida, por tratarse del despacho profesional de su abogado y, a la vez, yerno; añade que, *“partiendo de la buena fe del servicio de correos, la única explicación probable sería haber llamado a los pisos 2º y/o 3º de dicha dirección, en lugar del 1º, que permanece abierto todo el día”*.

SEXTO.- Calificándose correctamente dicho recurso como de reposición, el Consejero de Sanidad y Consumo dictó resolución de 5 de junio siguiente, estimándolo, acordando la continuación del expediente de responsabilidad patrimonial y que se procediera por la interesada a la subsanación de la reclamación inicial, en los términos expresados en el requerimiento de referencia.

SÉPTIMO.- Notificada dicha resolución a la reclamante, el 4 de julio siguiente presentó las siguientes alegaciones, en las que completa lo expresado en su escrito inicial de reclamación:

“PRIMERO.- LESIÓN PRODUCIDA: Como se advertía en el escrito de inicio del expte. de responsabilidad patrimonial, consiste en el contagio, tras una práctica médica (transfusión sanguínea), de Hepatitis “C”; siendo diagnosticada en el año 2001. Que si bien en la actualidad no tiene una repercusión clínica significativa, sí me ha producido importantes trastornos psicológicos.

Actualmente, pendiente de resultados médicos, a fin de valoración y evolución de la enfermedad; por lo que no es posible una evaluación económica del daño producido, y que se concretará a lo largo del presente expte. Se acompaña Informe Médico del Dr. x.

SEGUNDO.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD. Nos parece evidente, al producirse el daño como consecuencia de una transfusión sanguínea en Mayo-68 por el Servicio Médico adscrito a la Seguridad Social.

TERCERO.- *Que si bien la actuación negligente, al no contemplarse correctamente la lex artis “médica”, sin utilización de los medios de que se disponía para evitar este tipo de contagios de la enfermedad, se produjo en Mayo-68, el diagnóstico de la misma data del año 2001, como se decía en el escrito de inicio del expte. administrativo.*

CUARTO.- MEDIOS DE PRUEBA. *La documental acompañada en el escrito de inicio del expte. de responsabilidad patrimonial; la aportada con este escrito, así como el Informe Médico de evolución que se confeccionará con el resultado de las pruebas médicas que se están llevando a cabo en la actualidad. Se solicita que al presente expte. se aporte Historial Médico referido a la transfusión sanguínea, como consecuencia de aborto “necesario” con riesgo para la vida de la madre, practicado en la Arrixaca en Mayo-1968”.*

Acompaña a dichas alegaciones informe del Dr. x. de fecha 27 de junio de 2003, en el que expone: *“x. fue diagnosticada en el año 2001 de hepatitis crónica, IGC HC +, actualmente sin repercusión clínica significativa. Sufrió transfusión sanguínea en mayo de 1968 por hemorragia gestacional. En la actualidad se encuentra en estudio por especialista en digestivo para valoración de su evolución. Según el resultado de estas pruebas diagnósticas, emitiremos certificado médico de su evolución”.*

OCTAVO.- Solicitado al Hospital “Virgen de la Arrixaca” copia de la historia clínica e informes de los profesionales que asistieron a la reclamante en su alegada intervención de 1968, mediante oficio de 3 de marzo de 2004 su Director Gerente expresa que *“no obra ningún dato relativo a la historia clínica de la citada señora. Debe tenerse en cuenta que, por una parte, la intervención a que se refiere, según se desprende de la reclamación, se practicó hace 34 años, y por otra parte, la paciente por su lugar de residencia pertenece a otra Área de Salud”.*

NOVENO.- Notificado a la reclamante la apertura de un trámite de audiencia, el 3 de junio de 2005 presenta alegaciones en las que, entre otros extremos, señala que *“a fecha Mayo-1968 recibió tratamiento tanto en Hospital Virgen de la Arrixaca como en Clínica Belén, donde de forma efectiva sería intervenida quirúrgicamente. Por lo que solicita el historial clínico de la paciente en Policlínica de Belén”.*

DÉCIMO.- Solicitada la historia a la Clínica “Nuestra Señora de Belén”, el 5 de agosto de 2005 su Subdirector Médico expone: *“les remitimos la copia del único documento encontrado en nuestro archivo, referente al ingreso de una paciente llamada x., único dato que coincide con la reclamante”.*

En dicho documento los datos que constan son: *“Hora: 21. Habitación 213. Apellidos: x.. Nombre: x. Edad: 22. Naturaleza: El Raal. Estado: Casada. Persona encargada: x.. Domicilio: “—“. Localidad: Puente Tocinos. Provincia: Murcia. Fecha I ingreso: 12-V-68. Salida: 21-V-68. Doctor: x. Diagnóstico y tratamiento: Intervención”.*

DECIMOPRIMERO.- Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 10 de diciembre de 2007, que concluye así:

“1. No puede establecerse un nexo causal entre la Hepatitis C que fue diagnosticada en el año 2001 y la supuesta transfusión realizada en el año 1968, pues la postransfusional no es la única vía de contagio de la Hepatitis C.

2. No consta dato alguno sobre las transfusiones, ni la intervención referida por la reclamante en los archivos de Historias Clínicas de los Hospitales Públicos consultados, excepto un documento de registro de ingreso del día 12/05/1968 y fecha de salida del día

21/05/1968, de la Clínica privada Ntra. Sra. De Belén y que fue atendida por el Dr. x., constando como diagnóstico intervención sin especificar ningún otro dato.

3. Para determinar el probable origen postransfusional o no de la Hepatitis C se tendría que estudiar si el donante de dichas unidades ha sido posteriormente diagnosticado o era portador de Hepatitis C, lo cual no es posible en el año 1968, pues no se conocía la enfermedad y la obligatoriedad sobre pruebas de detección de anticuerpos del virus de la Hepatitis C en las donaciones de sangre comenzó tras la Orden de 3 de Octubre de 1990.

4. La actuación fue acorde con el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existente en aquel momento”.

DUODÉCIMO.- Otorgado a la reclamante un nuevo trámite de audiencia, el 11 de marzo de 2008 presentó alegaciones en las que, en síntesis, manifiesta que su ingreso en la citada clínica privada lo fue por ser remitida a ella por la sanidad pública, a la que acudió por ser cónyuge de funcionario del Servicio de Correos; que el contagio se produjo en la intervención que allí se le practicó en 1968, por ser la única intervención a la que se ha sometido hasta la fecha, en la que precisaría transfusión sanguínea y estancia hospitalaria durante 9 días, según la documentación remitida por la citada clínica; que no ha tenido otras situaciones de riesgo de contagio de dicho virus que no sean las transfusiones sanguíneas realizadas con ocasión de la rotura uterina y posterior histerectomía que afirma que entonces se le realizó, y que por los médicos que conocen de la enfermedad y su tratamiento no existe duda alguna de que dicha enfermedad se produjo con ocasión de la transfusión sanguínea realizada en 1968, tras hemorragia gestacional, lo que, afirma, es corroborado por los informes médicos aportados; insiste en que no existe la más mínima duda ni sospecha de otra posible forma de contagio, al no existir otro antecedente clínico de la paciente, lo que, en todo caso, por tratarse de una prueba negativa es de difícil acreditación por su parte, por lo que estima que el Servicio Murciano de Salud podría emitir una certificación sobre la inexistencia de tratamiento médico alguno distinto del aplicado en el año 1968.

Aporta con su escrito un informe de 6 de marzo de 2008, del doctor x., de “x. servicios médicos” que, entre los antecedentes de la paciente, consigna el de “*histerectomía a los 21 años secundaria a rotura uterina intraparto, presentando abundante hemorragia y shock hipovolémico que precisó transfusión sanguínea*” (sin citar la fuente u origen de dicha información), así como que “*en su Historia Clínica no aparecen otras situaciones de riesgo de contagio por virus HC que no sean las transfusiones sanguíneas que se le realizaron tras la rotura uterina y posterior histerectomía*”. Además, señala que la paciente permanece asintomática y estable en las analíticas de control que se le realizan periódicamente.

DECIMOTERCERO.- El 2 de febrero de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que los daños alegados (el contagio de la hepatitis “C”) no son indemnizables, porque en la fecha en que se realizó la intervención quirúrgica y la transfusión que se alega como causa de dicho contagio, el estado de la ciencia y técnica médicas no podía prever ni evitar dicho contagio, porque en tales fechas no podía conocerse si la sangre a trasfudir estaba contaminada por el virus “C” de dicha enfermedad, conforme con reiterada jurisprudencia de casos análogos, que cita, por lo que tal daño no puede ser considerado antijurídico a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Propuesta de resolución que, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de Dictamen preceptivo, constituye el objeto del presente.

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, procedimiento y plazo de la reclamación.

I. La reclamante, al sufrir los daños que imputa a la actuación administrativa (contagio de hepatitis "C") ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva, en principio, del hecho de dirigirse contra ella la presente reclamación, y de la alegada naturaleza pública de la asistencia sanitaria a la que se imputan los daños por los que se reclama indemnización.

II. Por lo que se refiere al procedimiento, se advierte que no se ha requerido a la reclamante para que, al menos en el último trámite de audiencia, concretase la cuantía de la indemnización reclamada a título de responsabilidad patrimonial, tratándose dicho extremo de un elemento de evidente relevancia en la conformación de la pretensión indemnizatoria. No obstante, por razones de celeridad procedimental, procede entrar en el fondo de las cuestiones planteadas y determinar si la reclamante tiene derecho a alguna clase de indemnización por el título jurídico que motiva la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico, es decir, el de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública regional.

III. Por otra parte, se advierte que en los párrafos primero a cuarto de sus fundamentos jurídicos, la propuesta de resolución objeto de Dictamen realiza diversas consideraciones sobre unas pretensiones formuladas por la interesada en su escrito inicial que no están fundadas en el antedicho título jurídico o causa de pedir, sino en una alegada normativa de carácter subvencional y de asistencia social a enfermos de hemofilia u otras coagulopatías congénitas, cuestiones que deben quedar al margen del procedimiento que nos ocupa, cuyo objeto es la determinación de una pretendida responsabilidad patrimonial administrativa, y recibir respuesta expresa y motivada en otra resolución dictada al efecto, por lo que deben suprimirse tales consideraciones de la propuesta dictaminada. Ello no significa que lo tramitado en el presente procedimiento no pueda considerarse útil a los indicados efectos, pues, por ejemplo, de las alegaciones de la reclamante se desprende que no padece ninguna de las enfermedades a que se refiere dicha normativa, por lo que no parece, en principio, que se encuentre dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, aparte de otras consideraciones que pudieran hacerse en la resolución que se dicte a estos efectos.

IV. En lo que atañe a la temporaneidad de la acción indemnizatoria debe señalarse que, en tanto el daño por el que se reclama es el mero contagio de la hepatitis “C” (afirmando la reclamante, con apoyo en los informes médicos que aporta, permanecer asintomática respecto de posibles secuelas que pudieran derivarse de tal enfermedad), el “*dies a quo*” de la acción ejercida es el del diagnóstico de dicha enfermedad (sin perjuicio, ex artículo 142.5, segundo párrafo, LPAC, de que la interesada pudiera disponer de posteriores acciones indemnizatorias para reclamar por las secuelas, de carácter físico o psíquico, que, en hipótesis, pudieran revelarse después y cuyo origen pudiera imputarse a la reseñada patología). Ello es así porque, diagnosticada la citada enfermedad, desde tal momento la interesada está en disposición de tener cabal conocimiento, conforme con la experiencia de la ciencia médica, de los potenciales perjuicios o secuelas que aquélla pudiera causarle, y así poder reclamar desde dicho diagnóstico por el daño (en hipótesis, de carácter moral) propio del padecimiento de dicha enfermedad, como daño autónomo y distinto del derivado de sus eventuales secuelas. Sobre estas últimas debe confirmarse que en el procedimiento no se ha acreditado la existencia de patología alguna, ni siquiera de carácter psíquico.

En el mismo sentido se ha pronunciado ya el Consejo Jurídico, en un caso análogo al presente, en el Dictamen 115/2004, de 27 de septiembre, en el que expresa que “*la reclamación se ejercita respecto al hecho en sí del contagio del VHC que atribuye a las transfusiones efectuadas en el año 1991, puesto que no se señalan secuelas posteriores, sino que se alude a que el paciente continúa con revisiones y tratamiento. Confirma este planteamiento de que la reclamación se contrae al hecho mismo del contagio, la justificación que se aporta a la hora de determinar el quantum indemnizatorio, pues se considera que el contagio de dicho virus le coloca en una situación de riesgo al paciente, pero sin concretar las secuelas. En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que, diagnosticada la enfermedad en el año 1992, la reclamación sobre el riesgo derivado del contagio se considera prescrita. En este mismo sentido el Dictamen n.º. 25/1997 del Consejo Consultivo Valenciano. Distinto parecer se sostiene respecto a las secuelas que pudieran derivarse del mismo, todavía no concretadas, pues uno de los últimos informes que aporta su representante —tras el trámite de audiencia otorgado—, de 27 de enero de 2003, del Servicio de Medicina Digestiva del Hospital Universitario 12 de octubre de Madrid, recoge que “persiste positividad para el virus de la hepatitis C encontrándose asintomático desde el punto de vista hepático”. Por lo tanto, respecto a posibles secuelas futuras, el plazo para el ejercicio de la acción de reclamación queda abierto hasta que se manifieste la secuela.*”

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, la reclamante reconoce en su escrito inicial que la enfermedad le fue diagnosticada y confirmada en febrero de 2001, resultando que presentó la reclamación que nos ocupa el 30 de septiembre de 2002, más allá, pues, del plazo de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 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 (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención sanitaria que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultados, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la asistencia del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado de la misma, una obligación de desplegar adecuadamente los medios y recursos disponibles, lo que requiere un juicio valorativo acerca del estándar de disponibilidad de dichos medios y su aplicación a las circunstancias del caso de que se trate.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de medios disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

Además de lo anterior, es esencial destacar que la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la producción de unos determinados daños físicos o psíquicos, cuya existencia se imputa al funcionamiento anormal del servicio sanitario de que se trate, requiere de la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de las consecuencias que, para la salud humana, tiene la actuación sanitaria en cuestión, en el específico contexto que presenta cada caso. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos

de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los servicios de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización. Falta de acreditación.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, de los Antecedentes reseñados se desprende que no se han acreditado dos presupuestos de hecho esenciales para determinar la necesaria relación de causalidad entre el daño por el que se reclama (que, más que de un daño psíquico en sentido estricto, se trataría, en hipótesis, del daño moral derivado de la zozobra personal que puede experimentar una persona ante el riesgo, cierto, de padecer en el futuro determinadas secuelas físicas o psíquicas imputables a la enfermedad de que se trata) y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios:

A) Que la asistencia sanitaria en la que se afirma que se produjo el contagio de la hepatitis “C” se realizara por cuenta del sistema público sanitario. La reclamante se limita a afirmar que la intervención quirúrgica realizada en 1968 en la clínica privada “*Nuestra Señora de Belén*” se efectuó allí por ser derivada a la misma desde la sanidad pública, por estar la reclamante bajo su cobertura en su condición de cónyuge de un funcionario del Servicio de Correos, sin prueba alguna al respecto.

B) Que, incluso en la mera hipótesis de aceptar como cierto el carácter público de la asistencia prestada en la referida clínica privada, no se ha acreditado que en la reseñada intervención quirúrgica se practicara a la reclamante transfusión alguna, siendo ésta la vía y el momento de contagio alegado, sin que la ausencia de mayores datos al respecto pueda llevar a tener como cierto el que en la citada intervención se produjera el contagio denunciado.

En este sentido resulta útil traer a colación lo expresado por la Sentencia de 6 de febrero de 2002, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (confirmada por la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2006): “*fuera de la citada intervención en la que no consta que se efectuara transfusión sanguínea o del cateterismo realizado con anterioridad a la misma, no se identifica tampoco ningún otro elemento o antecedente de riesgo que pueda justificar la infección, lo que podría haberse producido por alguna otra circunstancia desconocida, no identificada o no recordada por el paciente, por lo que tal ausencia no hace necesariamente responsable de la infección a las intervenciones quirúrgicas, cateterismos u otras intervenciones realizadas durante el tratamiento del paciente, según se indica en el comentado informe pericial*”, concluyendo que “*la sola posibilidad de contagio a través del acto quirúrgico o de la atención hospitalaria dispensada al paciente no es factor determinante, por sí sólo, de la responsabilidad patrimonial de la Administración...*”.

Por lo que atañe al caso que nos ocupa, del Antecedente Décimo se desprende que lo único conocido es que, en mayo de 1968, a la reclamante se le practicó una intervención quirúrgica, y nada más. Lo afirmado por los médicos que atienden a la paciente tras el diagnóstico de la enfermedad en 2001, en relación con las circunstancias de dicha inter-

vención, carece de todo fundamento, pues, muy significativamente, no señalan la fuente de su información —probablemente las meras manifestaciones de la interesada, a partir de las cuales parecen representarse lo sucedido en dicho año 1968—. Y la falta de una mayor información sobre las circunstancias de aquella intervención quirúrgica no puede llevar a la conclusión de aceptar, sin más, lo afirmado por la reclamante sobre la existencia de la transfusión, ni siquiera sobre las circunstancias de tal intervención que se señalan en tales informes.

Sin perjuicio de otras consideraciones que pudieran hacerse al respecto, basta con señalar que no consta norma jurídica que obligase en 1968 a los centros hospitalarios a conservar las historias clínicas. Dicha obligación puede considerarse establecida sin dudas a partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículo 61), si bien algunos autores la refieren al Decreto de 21 de mayo de 1976, en cuanto dicha norma estableció la obligatoriedad de un libro registro en todos los hospitales, en el que se debía consignar, entre otros datos, el número de historia clínica de cada paciente, de donde deducen la obligación de conservar éstas.

Todo lo anterior, unido al hecho de que, como señala, entre otros, nuestro Dictamen 115/04, antes citado, se reconoce la existencia de un elevado porcentaje de casos en los que se desconoce la vía de contagio de la enfermedad de que se trata (la SAP de Badajoz de 2002 allí citada recoge el criterio de un reconocido organismo sanitario norteamericano, que cifra dicho porcentaje en el 57% de los casos), conduce a no poder afirmar, con la necesaria convicción exigible a los efectos aquí pretendidos, que en la alegada intervención quirúrgica se produjera el contagio de la hepatitis “C”, diagnosticada 33 años después de aquella.

A este respecto, y dado que la propuesta de resolución no se pronuncia de un modo claro sobre esta cuestión, procede que en la misma se incorpore una consideración expresa sobre el particular, en el sentido apuntado en el presente Dictamen.

QUINTA.- Inexistencia de daño antijurídico.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, que conduciría ya a la desestimación de la reclamación objeto de Dictamen, el análisis del caso no quedaría completo si no se hiciera referencia a la cuestión relativa a la inexistencia, en el caso, de un daño antijurídico indemnizable; circunstancia que, incluso en la mera hipótesis de aceptar que el contagio de la enfermedad se produjera en la tan comentada intervención quirúrgica de mayo de 1968, llevaría igualmente a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial de referencia.

Así, la propuesta de resolución, partiendo de lo establecido en el artículo 141.1 LPAC, cita la STS, Sala 3ª, de 25 de noviembre de 2000, en la que se expresa que *“con anterioridad a estas fechas (julio de 1989) la contaminación del plasma para transfusiones con el virus C de la hepatitis no podía preverse ni evitarse según el estado de la ciencia o de la técnica (...) de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica (...) razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico”*. En el mismo sentido cita la STS, Sala 3ª, de 10 de febrero de 2001, a la que pueden sumarse muchas otras posteriores en la misma línea; tesis que es corroborada en el informe de la Inspección Médica, que cita la Orden de 3 de octubre de 1990 como la norma que estableció la obligatoriedad de aplicar determinadas pruebas para la detección en sangre del citado virus, a la vista de los descubrimientos científicos del año anterior.

En consecuencia, tampoco concurriría el requisito legal de la existencia de un daño antijurídico que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar y, por tanto, no puede

declararse la responsabilidad patrimonial que se pretende, debiendo desestimarse la reclamación objeto del presente procedimiento.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La acción indemnizatoria objeto del presente procedimiento debe considerarse prescrita, por las razones expresadas en la Consideración Segunda, IV del presente Dictamen.

SEGUNDA.- No se ha acreditado la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

TERCERA.- No existe un daño antijurídico, por las razones expresadas en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

CUARTA.- Por todo lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente, si bien deberán eliminarse de ella las referencias a la aplicación de la Ley 14/02 señaladas en la Consideración Segunda, III, de este Dictamen, e incluir, siquiera en síntesis, lo expresado en sus Consideraciones Segunda, IV y Cuarta sobre la prescripción de la acción y la ausencia de relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 137/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 20/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 43.

DICTAMEN 138/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro hospitalario.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 27/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 118.

DICTAMEN 139/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 27/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 140/09.- Proyecto de Decreto por el que se establece la compensación por regularización de viñedo en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en desarrollo del Real Decreto 1244/2008, de 18 de julio, que regula el potencial de producción vitícola.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 27/07/09

Extracto de Doctrina

El Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia establece, en su artículo 10.Uno.6, que “corresponde a la Comunidad Autónoma de Murcia la competencia exclusiva en agricultura, de acuerdo con la ordenación general de la economía”. Ello implica que las disposiciones que, en materia de agricultura, adopte la Comunidad Autónoma, tienen como elemento delimitador las normas que para dicha ordenación general dicte el legislador nacional o el Gobierno de la Nación, que, a su vez, pueden encontrar sus propios límites en las normas dictadas por la Unión Europea.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 4 de febrero de 2009, el Servicio de Producción Agrícola de la Dirección General de Industrias y Asociacionismo Agrario emite informe en el que, en síntesis, expresa que es preciso que la Administración regional dicte la oportuna norma de desarrollo del artículo 12.3 y 4 del Real Decreto 1244/2008, de 18 de julio, por el que se regula el potencial de producción vitícola, que establece, al amparo de la competencia estatal establecida en el artículo 149.1.13ª de la Constitución, que los viticultores que se acojan al procedimiento de regularización de superficies de viñedo a que se refiere el apartado 2 de su artículo 11, deberán pagar una compensación por hectárea de cultivo equivalente, como mínimo, al doble del valor medio que en cada Comunidad Autónoma tiene un derecho de replantación por hectárea, debiendo a tal efecto cada una de aquéllas establecer el citado valor medio en su respectivo territorio o partes del mismo.

A tal fin, expresa que *“el valor medio actual de una hectárea de derecho de replantación en la Región de Murcia puede obtenerse de los precios pagados en las transferencias de derechos de replantación solicitadas en esta Comunidad Autónoma durante la campaña vitícola pasada, comprendida entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2008. Realizados los cálculos oportunos con todas las transferencias de derechos citadas, en las que hay constancia de compensación económica, resulta que el valor medio de una hectárea de derecho de replantación en la Región de Murcia es de 503,18 euros. Por tanto, la compensación a pagar por los viticultores con superficies en la Región de Murcia que se acojan al procedimiento de regularización será de 1.006,30 euros por hectárea”*.

Adjunta un listado de las transferencias de derechos de replantación a que se refiere en dicho informe, con identificación del adquirente e importe del precio que le consta a dicho Servicio (Se deduce que es el consignado en los documentos en los que se refleja la correspondiente transmisión de tales derechos, que fueron presentados por los interesados a la Consejería para que se les otorgase la preceptiva autorización administrativa prevista en la normativa de aplicación, de posterior referencia).

SEGUNDO.- El 12 de febrero siguiente, la Asesora Jurídica de la citada Dirección General emite informe ratificando lo anterior y expresando que en la tramitación del Proyecto de Decreto no es necesario acordar un trámite de audiencia al sector vitícola afectado, pues la futura norma se limitaría a aplicar dicho Real Decreto.

TERCERO.- El 2 de marzo de 2009, la Asesora Jurídica de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Agua emite informe en el que señala cuáles son los documentos y trámites a realizar para la aprobación de la norma proyectada, especificando que el artículo 53.3.a) de la Ley regional 6/2004 permite prescindir del trámite de audiencia cuando la materia lo requiera, lo que corresponde decidir al órgano impulsor de la iniciativa, que es la citada Dirección General. En cuanto al fondo de la norma, expresa que la normativa estatal no establece el procedimiento para calcular el valor medio de una hectárea con derecho a replantación.

CUARTO.- El 13 de marzo siguiente, el titular de la citada Dirección General emite informe-propuesta en el que manifiesta que, al tratarse de un reglamento ejecutivo de la legislación básica, en la que se fija con carácter mínimo el importe a pagar por compensación para regularización de viñedo, no se considera necesario realizar un trámite de audiencia. Con la misma fecha se emite informe en el que, tras reproducir lo señalado en el informe

aludido en el Antecedente Primero, se añade que la aprobación de la futura norma no supondrá gasto alguno para los presupuestos de la Comunidad Autónoma.

QUINTO.- Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 13 de abril de 2009, en el que, en síntesis, se expresa que la memoria económica no puede estimarse suficiente, que no consta el preceptivo informe del Vicesecretario de la Consejería, ni el relativo al impacto por razón de género, y que es preceptiva la realización de un trámite de audiencia, pues no concurre ninguno de los supuestos previstos en el artículo 53.3 de la Ley 6/2004 para prescindir del mismo; en cuanto al fondo del asunto, estima necesario que en la futura norma se determine en qué fase del procedimiento de regularización de viñedos se deberá exigir y abonar la compensación cuya cuantía establece el Proyecto.

SEXTO.- Mediante oficio de 22 de abril de 2009 se remite el borrador de Proyecto de Decreto a las siguientes entidades: Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen de Jumilla, de Yecla y de Bullas, y a las entidades representativas del sector; x, y, z. X. presentó alegaciones expresando que la cuantía prevista para la compensación era superior a la establecida en el vigente Decreto regional 75/2001, de 26 de octubre, por el que se desarrollan para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las normas de aplicación del Real Decreto 1472/2000, de 4 de agosto, que regula el Potencial de Producción Vitícola.

SÉPTIMO.- El 24 de abril, el Jefe del Servicio Económico y Presupuestario de la citada Dirección General informa que del borrador de Decreto no se derivan obligaciones económicas para la Administración regional y, a cambio, sí generará ingresos, en la cuantía de las compensaciones que se perciban por la regularización a que se refieren las normas de referencia.

OCTAVO.- El 19 de mayo, el Jefe de Servicio de Producción Agrícola emite nuevo informe, similar a los anteriores emitidos por el mismo, añadiendo que no pueden aceptarse las alegaciones de x. porque la cuantía de la compensación viene delimitada por el RD 1244/2008.

NOVENO.- Obra en el expediente un nuevo borrador de Decreto, diligenciado el 1 de junio de 2009, sobre el que el Secretario de la Consejería de la Consejería de Agricultura y Agua, por delegación Consejero, mediante oficio registrado el día 10 de junio de 2009, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de reglamento de desarrollo de una norma básica estatal, el RD 1244/2008, citado en los Antecedentes, concurriendo así el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, se advierte la omisión de los preceptivos informes sobre impacto por razón de género (artículo 10.1 de la Ley

7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia) y del Vicesecretario de la Consejería proponente (artículo 53.2 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia), lo que deberá subsanarse.

Por otra parte, la memoria económica debería haber especificado que, junto a los ingresos derivados de la percepción de las cantidades correspondientes a las compensaciones de que se trata, el Proyecto conllevaría la realización de las nuevas actuaciones procedimentales derivadas de la aprobación del Decreto (requerimientos a los interesados para el abono de la correspondiente cantidad y la verificación de su efectivo cumplimiento) siendo criticable la afirmación de que no generará a la Administración regional un mayor coste, pues, tratándose de una incidencia más en el procedimiento de regularización de superficies de viñedo, tales actuaciones serán realizadas por el mismo personal y medios que el empleado a estos fines.

TERCERA.- Habilitación legal.

Conforme con el artículo 149.1.13º de la Constitución española, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Al amparo de este título competencial se dictó el Real Decreto 1244/2008, de 18 de julio, por el que se regula el potencial de producción vitícola (Disposición Final Primera).

El artículo 1.1 del citado Real Decreto dispone:

“Por este Real Decreto se establece la normativa básica en materia de potencial vitivinícola necesaria para el desarrollo del Reglamento (CE) número 479/2008, del Consejo, de 29 de abril de 2008, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, se modifican los Reglamentos (CE) número 1493/1999, (CE) número 1782/2003, (CE) número 1290/2005 y (CE) número 3/2008 y se derogan los Reglamentos (CEE) número 2392/86 y (CE) número 1493/1999, así como del Reglamento (CE) número 555/2008, de la Comisión, de 27 de junio de 2008, por el que se establecen normas de desarrollo del Reglamento (CE) número 479/2008, del Consejo, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, en lo relativo a los programas de apoyo, el comercio con terceros países, el potencial productivo y los controles en el sector vitivinícola, dentro del marco que en nuestro ordenamiento jurídico ha establecido la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino.”

Por su parte, el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia establece, en su artículo 10.Uno.6, que *“corresponde a la Comunidad Autónoma de Murcia la competencia exclusiva en agricultura, de acuerdo con la ordenación general de la economía”*. Ello implica que las disposiciones que, en materia de agricultura, adopte la Comunidad Autónoma, tienen como elemento delimitador las normas que para dicha ordenación general dicte el legislador nacional o el Gobierno de la Nación, que, a su vez, pueden encontrar sus propios límites en las normas dictadas por la Unión Europea.

El proyecto de Decreto sometido a Dictamen tiene su fundamento en el citado Real Decreto, cuyo artículo 12, titulado *“Procedimiento de regularización”*, dispone en sus apartados 3 y 4:

“3. Todos los viticultores que se acojan al procedimiento de regularización a que se refiere el apartado 2 del artículo 11, pagarán una compensación por hectárea de cultivo,

equivalente, como mínimo, al doble del valor medio que en cada Comunidad Autónoma tiene un derecho de replantación por hectárea.

4. Las Comunidades Autónomas establecerán el valor medio del derecho de replantación de viñedo en su territorio, o partes de su territorio, a que se refiere el apartado anterior”.

De acuerdo con ello, el proyecto que se informa tiene por finalidad, de conformidad con el artículo único del mismo, fijar la compensación a pagar por los viticultores que se acojan al procedimiento de regularización que establece el citado Real Decreto, fijando en 1.006,30 euros por hectárea de cultivo de viñedo a regularizar la cantidad que deben pagar a la Administración regional como compensación por la regularización administrativa de la correspondiente superficie de viñedo.

Como determinación procedimental complementaria y específica para este procedimiento de regularización, se establece en el Proyecto que el abono de la correspondiente cantidad se realizará previo requerimiento al efecto del órgano competente de la Administración regional, tras lo cual se dictará la oportuna resolución final sobre el procedimiento de regularización instado.

Conforme con lo anterior, no hay reparo que oponer al Proyecto desde la perspectiva de su habilitación y ajuste legal.

CUARTA.- Sobre el cálculo del valor medio del derecho de replantación de viñedo por hectárea.

Sin perjuicio de las observaciones que se harán en la siguiente Consideración, la única observación adicional que cabe formular sobre el Proyecto se refiere al cálculo del valor medio del derecho de replantación de viñedo por hectárea en la Región de Murcia, que constituye su principal objeto.

Según se desprende de los informes emitidos, se ha tomado a tal efecto el precio declarado por los intervinientes en los documentos acreditativos de los correspondientes negocios jurídicos de transmisión de derechos de replantación presentados a la Consejería en la pasada temporada o campaña de cultivo (a fin de que les fuera otorgada la preceptiva autorización a dicha transferencia). Es decir, se ha optado por considerar que el valor medio del derecho de replantación es el precio medio del derecho de replantación transferido a un tercero y, además, en un determinado lapso de tiempo (la pasada temporada de cultivo). Dada la ausencia de especificación alguna en el RD 1244/2008 sobre el criterio a emplear por las CCAA para calcular dicho valor medio, no ha de oponerse objeción al utilizado por la Consejería, si bien tal criterio debería explicitarse, al menos, en la Exposición de Motivos del Proyecto, para que sirva de adecuada motivación de la norma y de general conocimiento.

Por otra parte, a la hora de determinar los precios de los derechos de replantación transferidos a terceros, la Consejería puede decidir si en ellos incluye o no el coste del correspondiente tributo (IVA o ITP y AJD, según el caso) que devenga la correspondiente transmisión, pues ello puede considerarse que está dentro del margen de operatividad que el artículo 12.3 y 4 del RD 1244/2008 confiere a las CCAA para determinar el valor del derecho de replantación a los concretos efectos de fijar luego la compensación a que se refiere dicha norma. No obstante, por razones de coherencia, parece claro que la decisión a adoptar en este punto ha de ser uniforme en todos los casos, es decir, debe incluir o

excluir dicho coste tributario en relación con todas las transferencias de las que se tenga conocimiento en el período considerado y, además, en relación con las dos clases de tributos eventualmente aplicables, lo que deberá tenerse en cuenta si no se hubiera hecho ya (en el expediente remitido no consta indicación alguna sobre si en la consideración del precio de cada transferencia se han tenido en cuenta estas circunstancias).

QUINTA.- Otras observaciones.

I. Sin perjuicio de lo anterior, deben realizarse otras observaciones que contribuyen a la mejora técnica del texto sometido a Dictamen.

— Exposición de Motivos.

En su primer párrafo, debe corregirse la redacción: “...importantes modificaciones en materia de potencial vitícola respecto de lo establecido en la anterior normativa.”

En su cuarto párrafo, debe corregirse: “...todos los viticultores...” y “...en cada Comunidad Autónoma...”.

— Artículo único.

Debería precisarse: “...que establece el artículo 12 del Real Decreto...”.

— Disposición Final Única.

Debería precisarse: “...efectos desde el día siguiente...”.

— Disposición Derogatoria.

El Proyecto carece de Disposición Derogatoria, cuando debería incluir una que derogase de forma específica el precepto del Decreto regional 75/2001 (citado en el Antecedente Sexto) al que el Proyecto vendrá a sustituir, y que consiste en los dos últimos párrafos de su artículo 9.2,a), que establecían las cantidades que (hasta la entrada en vigor del RD 1244/2008) debían abonar los interesados para la regularización de sus superficies de viñedo.

Por otra parte, debería aprovecharse el Proyecto para derogar los preceptos de dicho Decreto que se opongan a lo establecido en el citado RD 1244/2008 (que a su vez vino a derogar el anterior RD 1472/2000, desarrollado en su momento por la referida norma regional), ya que tales preceptos contradictorios deben ser expulsados del ordenamiento regional mediante su derogación, aun en la forma genérica indicada, pues hasta dicho momento permanecen simplemente desplazados en su aplicación por los correspondientes preceptos de la indicada norma básica estatal de 2008.

II. Por último, no puede dejarse de advertir que con esta iniciativa normativa no se ha aprovechado la oportunidad para elaborar un nuevo Decreto que, mediante el desarrollo del citado RD 1244/2008, sustituyera integralmente al Decreto regional 75/2001, como análogamente han realizado otras CCAA, como la de Aragón (Decreto 144/2008, de 22 de julio), La Rioja (Decreto 7/2009, de 13 de febrero), Extremadura (Decreto 89/2009, de 24 de abril) y Castilla y León (Orden 1328/2009, de 17 de junio).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe completarse el expediente con las actuaciones a que se refiere la Consideración Segunda del presente Dictamen.

SEGUNDA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto dictaminado, conforme con lo expresado en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

TERCERA.- Deberá tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen sobre la inclusión en la Exposición de Motivos del Proyecto de una referencia al criterio seguido para determinar el valor medio por hectárea del derecho de replantación, y sobre la inclusión o exclusión del coste tributario de las transferencias de derechos de replantación a los efectos de determinar el valor de éstas y la consiguiente fijación del importe de la compensación a que se refiere el artículo único del Proyecto.

CUARTA.- Para la mejora técnica del Proyecto, deberían introducirse las modificaciones expresadas en la Consideración Quinta del Dictamen sobre la Exposición de Motivos, artículo único y Disposición Final Única del Proyecto, y sobre la procedencia de una Disposición Derogatoria, en los términos y por las razones allí expresadas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 141/09.- Proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)

Fecha: 29/07/09

Extracto de Doctrina

“La materia del voluntariado no ha sido expresamente atribuida al Estado por la Constitución, sino que ésta, en su artículo 9.2, impone a los poderes públicos in genere la obligación de promover la participación ciudadana. En términos similares se expresa el EAMU cuando establece para la Comunidad Autónoma la obligación de proteger e impulsar la participación de los murcianos en la vida política, económica, cultural y social, constituyendo la promoción y fomento del voluntariado una vía primordial para dicha participación en determinados sectores, sobre la mayoría de los cuales el propio Estatuto asigna a la Comunidad competencias —unas de carácter exclusivo, otras sólo en cuanto al desarrollo legislativo—, de las que cabría derivar la competencia de aquélla para regular el voluntariado”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 18 de enero de 2006, el Secretario Autonómico de Acción Social propone a la Consejera de Trabajo y Política Social la elaboración de un Proyecto de

Decreto por el que se regule el Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia (en lo sucesivo, CONASEVOL), en desarrollo de lo previsto en la Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado en la Región de Murcia (en adelante, LV).

SEGUNDO.- Elaborado un primer borrador del Proyecto citado, se emite Memoria económica en la que se concluye que la entrada en vigor de la norma proyectada supondrá unos gastos corrientes correspondientes al abono de indemnizaciones por asistencias a las reuniones del Consejo, que se imputarán a la partida presupuestaria 12.03.313J.226.06, proyecto de gasto 34762, que se contempla en la Ley 10/2005, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2006, en la que existe crédito suficiente para tal finalidad. El cálculo exacto de dichos gastos figura en anexos a la Memoria.

TERCERO.- Junto con el borrador y la citada Memoria económica se incorpora al expediente la siguiente documentación:

a) Memoria de oportunidad, elaborada por el centro directivo impulsor del Proyecto, que sitúa la necesidad y oportunidad de su aprobación en el desarrollo del artículo 25 LV, precepto que crea el Consejo cuya regulación ahora se pretende abordar.

b) Certificado expedido por el Secretario del Consejo Regional de Servicios Sociales, acreditativo del informe favorable recibido por el Proyecto, tras su consideración por el referido órgano en sesión celebrada el 13 de diciembre de 2006.

c) Certificado expedido por la Secretaria del Consejo Regional de Cooperación Local, acreditativo del informe favorable que dicho órgano colegiado emitió en relación con el Proyecto, tras el análisis de su contenido en sesión celebrada el día 20 de febrero de 2007.

d) Escritos y acuses de recibo acreditativos de haber sometido el Proyecto a la consideración de un elevado número de entidades sin ánimo de lucro que cuentan, entre sus actividades, la del voluntariado; así como a algunos Ayuntamientos de la Región de Murcia y a la Mancomunidad de Servicios Sociales del Sureste.

e) Informe de impacto de género, en el que se afirma que la aprobación de la norma proyectada no provoca impacto alguno por razón de género.

f) Documentación acreditativa de las reuniones mantenidas con técnicos responsables de voluntariado de las distintas Consejerías de la Administración autonómica, para consensuar el contenido del Proyecto.

g) Informes de los Servicios Jurídicos de las Consejerías de Presidencia; de Sanidad; y de Turismo, Comercio y Consumo; de la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas, y del Consejo de la Juventud de la Región de Murcia, mediante los que se pone de manifiesto la conformidad con el Proyecto, si bien se formulan una serie de observaciones a su contenido.

h) Informe del Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería de Trabajo y Política Social, en el que se muestra su conformidad al texto al encontrarlo ajustado a Derecho.

CUARTO.- Recabado el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES) es emitido el día 4 de mayo de 2007, haciendo constar la valoración positiva que el Pro-

yecto le merece, no obstante lo cual señala una serie de sugerencias tendentes a mejorar el texto.

Por el Jefe del Servicio de Desarrollo Normativo de la Consejería consultante se emite, con fecha 24 de octubre de 2008, informe en el que se analizan las propuestas del CES, señalando las que se acogen y las que se rechazan.

QUINTO.- El borrador resultante se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos recabando su preceptivo informe, el cual es emitido el 9 de diciembre de 2008, con observaciones al contenido tendentes a mejorar el texto.

Por el Jefe del Servicio de Desarrollo Normativo de la Consejería consultante se emite, con fecha 29 de diciembre de 2008, informe en el que se analizan las propuestas de la Dirección de los Servicios Jurídicos y se acogen todas, salvo la que se refiere a la conveniencia de iniciar con mayúscula la palabra “voluntariado” que figura en el artículo 2 del Proyecto, pues, se argumenta, el artículo 25.1 LV *“al que se refiere el precepto, no usa en ese lugar esta grafía”*.

SEXTO.- Siguiendo la recomendación efectuada por la Dirección de los Servicios Jurídicos en su informe 76/2008 relativo al Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia, el informe del Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la extinta Consejería de Trabajo y Política Social se valida, con fecha 12 de enero de 2009, por el Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente.

SÉPTIMO.- Con fecha de registro de entrada de 21 de enero de 2009, se ha recabado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Decreto, al que se acompaña el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), pues se trata de un Proyecto de disposición de carácter general dictado en desarrollo o ejecución de la LV.

SEGUNDA.- Competencia material, habilitación legislativa y marco normativo.

I. Competencia material.

El Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen no plantea problema alguno desde el punto de vista competencial. Para sustentar esta afirmación basta con remitirse a nuestro Dictamen 164/2003, emitido en relación con el que fuera Anteproyecto de la LV, en el que se concluía afirmando que *“la materia del voluntariado no ha sido expresamente atribuida al Estado por la Constitución, sino que ésta, en su artículo 9.2, impone a los poderes públicos in genere la obligación de promover la participación ciudadana. En términos similares se expresa el EAMU cuando establece para la Comunidad Autónoma la obligación de proteger e impulsar la participación de los murcianos en la vida política, económica,*

cultural y social, constituyendo la promoción y fomento del voluntariado una vía primordial para dicha participación en determinados sectores, sobre la mayoría de los cuales el propio Estatuto asigna a la Comunidad competencias —unas de carácter exclusivo, otras sólo en cuanto al desarrollo legislativo—, de las que cabría derivar la competencia de aquélla para regular el voluntariado”. Títulos competenciales que se recogen, de forma exhaustiva, en el citado Dictamen.

II. Habilitación legislativa.

La norma que se pretende aprobar tiene su base legal inmediata en el artículo 25 y en la Disposición final primera de la LV. El primero crea el Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia, que estará compuesto por representantes de la Administración Regional, de la Federación de Municipios de la Región de Murcia y de las entidades inscritas en el Registro y cuyas funciones serán las que se fijan en el apartado 4. Según el apartado 3 “*el número de miembros del CONASEVOL, su organización, funcionamiento y estructura interna se desarrollarán reglamentariamente, de conformidad con la legislación que resulte de aplicación. En cualquier caso, la presencia de representantes de las Administraciones Públicas y de las asociaciones de voluntariado será paritaria*”. Por su parte la Disposición final primera establece que el Consejo de Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la Ley, aprobará una norma reglamentaria que desarrolle las prescripciones contenidas en el texto legal respecto del Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia. El Proyecto constituye, pues, un desarrollo parcial de la LV, gozando, así, de la debida cobertura legal.

Sin perjuicio de lo anterior, se constata que la LV, una vez transcurrido los tres meses de *vacatio legis* previstos en su Disposición final segunda, entró en vigor el 10 de febrero de 2005 y, por lo tanto, el plazo habilitado en su Disposición final primera para el desarrollo reglamentario de las previsiones legales en lo que al Consejo Asesor del Voluntariado se refiere, terminó el 10 de febrero de 2006, por lo que resulta evidente que no se han cumplido los plazos máximos de habilitación legal.

Como tiene declarado reiteradamente el Consejo de Estado y ha expuesto este Consejo en diversos Dictámenes (por todos, el 23/2009), el que haya transcurrido el plazo señalado por la ley para dictar el reglamento, no significa que el Gobierno haya perdido la oportunidad de hacerlo ya que su potestad reglamentaria es originaria, como precedente directamente del artículo 97 CE, y no requiere una específica habilitación legal. Lo que hace la ley no es autorizar al Gobierno para reglamentar, sino obligarle a hacerlo dentro de un plazo, sin que exista fundamento lógico para respaldar la conclusión de que transcurrido el plazo señalado en la Ley la voluntad del legislador sea la de que no se dicte el reglamento que se ha considerado necesario para completar la Ley, a salvo, claro está, de aquellos supuestos de carácter excepcional en los que de la naturaleza del plazo y de la habilitación resulte que sólo dictada la norma reglamentaria dentro del plago legal se cumple correctamente la finalidad perseguida por el legislador.

En el caso que nos ocupa, en el que nos encontramos ante una norma organizativa que resulta necesaria para el funcionamiento del órgano creado por el artículo 25 de la Ley habilitante, resulta obvio que la validez del reglamento se extiende más allá del plazo establecido en la Disposición final primera, aunque esto no implica, en modo alguno, una justificación al incumplimiento de la voluntad del legislador que supone la demora por parte del ejecutivo en llevar a cabo el ejercicio de la potestad reglamentaria que se le había encomendado.

III. Marco normativo.

La exigencia de participación en el Consejo de representantes de las asociaciones de voluntariado nos lleva a calificarlo como un órgano colegiado de los previstos en el artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), es decir, aquellos en que participan organizaciones representativas de intereses sociales, sobre los cuales dicha Ley permite, en sus artículos 23.2, 24.3 y 26.1, que completen o excepcionen el régimen general a través de sus propias normas de funcionamiento interno, sin perjuicio del respeto a la normativa autonómica aplicable, que, para el supuesto que nos ocupa, se concreta, en primer lugar, en la LV y, en segundo lugar, en la Ley 9/1985, de 10 de diciembre de Órganos Consultivos de la Región de Murcia (LOC), y ello a pesar de que el artículo 1 de este último texto legal excluya de su ámbito de aplicación a los Consejos “*cuya creación se regula específicamente por otras leyes*”, porque, como ya decía este Consejo Jurídico en su Dictamen 70/2001, el que la LOC no sea de directa aplicación no impide que despliegue eficacia respecto de todas aquellas cuestiones que no vengan expresamente reguladas en la ley de creación; pero es que, además, la LV, acogiendo la sugerencia de este Órgano Consultivo contenida en su Dictamen 164/2003, sujeta el desarrollo reglamentario del CONASEVOL a la legislación que resulte de aplicación, en clara referencia a la LOC, cuya vocación homogeneizadora hace que despliegue una *vis atractiva* sobre toda regulación relativa a los órganos canalizadores de la participación ciudadana como es el que nos ocupa.

Visto lo anterior puede afirmarse que la LV y la LOC constituyen el marco normativo en el que ha de desenvolverse la actividad del Consejo de Gobierno en la regulación del CONASEVOL.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido, sistemática y competencia orgánica.

I. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004), si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) El expediente carece de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de política social al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

b) El trámite consistente en la preceptiva memoria que justifique la oportunidad del Proyecto y que incluya la motivación técnica y jurídica de las concretas determinaciones normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, no puede entenderse cumplimentado con la escueta fundamentación contenida en la memoria que figura en el expediente.

c) La Memoria económica elaborada por el Servicio Económico de la Consejería proponente debe ser actualizada con datos referentes al ejercicio presupuestario en el que la norma vaya a ser aprobada y publicada.

d) Obra en el expediente un “informe” sobre el impacto de género del Decreto que se pretende aprobar, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la

Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

No obstante, al limitarse el informe a manifestar que la disposición proyectada no provoca ningún impacto en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el trámite sólo puede entenderse cumplimentado desde un punto de vista formal y, por ende, resulta insuficiente en orden a satisfacer la finalidad exigida por la Ley 6/2004 de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no deberían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación.

La utilización de esta fórmula genérica de ausencia de implicaciones de género ha sido ampliamente rechazada por este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes y en su Memoria del año 2007.

e) No se ha incorporado al expediente una valoración crítica de la totalidad de las alegaciones y observaciones vertidas durante el trámite de audiencia, que justifique la asunción o rechazo de aquéllas; sólo se ha llevado a cabo dicha actuación valorativa respecto de las formuladas por el CES y por la Dirección de los Servicios Jurídicos.

f) A lo largo del expediente se afirma por el órgano impulsor del Proyecto haber dado trámite de audiencia a las Entidades Locales; sin embargo sólo figura documentada la otorgada a los Ayuntamientos de Alcantarilla, Águilas, Alguazas, Cartagena, Lorca y San Pedro del Pinatar, así como a la Mancomunidad de Servicios Sociales del Sureste, lo que exige que se complete la justificación de haberlo hecho con la totalidad de Ayuntamientos o, en su defecto, justificar por qué sólo se ha evacuado con los relacionados y no con el resto.

g) En el certificado de la Secretaria del Consejo Regional de Cooperación Local (folios 78 y 79) se afirma que el Proyecto ha sido informado por la Federación de Municipios de la Región de Murcia, sin embargo no consta acreditada dicha circunstancia.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva, dieciocho artículos distribuidos internamente en tres Capítulos, una Disposición adicional, una Disposición derogatoria y una Disposición final.

III. La sistemática seguida por el Anteproyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). No obstante, cabe formular las siguientes sugerencias que, de ser aceptadas, mejorarían notablemente el texto objeto del presente Dictamen:

a) El Título del Proyecto aparece redactado íntegramente en letras mayúsculas lo que resulta inadecuado atendiendo lo que, a este respecto, se señala en la Directriz 102 de las anteriormente mencionadas.

b) En la fórmula promulgatoria cabe efectuar una observación respecto de la referencia que se contiene a los informes del CES y del Consejo Regional de Servicios Sociales que, a tenor de lo dispuesto en la Directriz 13, deben figurar en párrafo independiente, antes de la fórmula promulgatoria, reservando esta última —según la Directriz 16— para hacer referencia al Consejero proponente (no a la Consejería), y al presente Dictamen, utilizando la fórmula, según proceda, de “oído” o “de acuerdo con” el Consejo Jurídico de la Región

de Murcia. También ha de eliminarse de la fórmula promulgatoria la referencia a la habilitación legal que ampara el ejercicio de la potestad reglamentaria que supone el Decreto que se pretende aprobar. Esta referencia debe reflejarse en un párrafo independiente (Directriz 14 en relación con las Directrices 13 y 16).

c) Los artículos se dividen en apartados no en párrafos (Directriz 31); de ahí que resulte más correcto utilizar el primer término cuando, en la exposición de motivos, se hace referencia a las distintas partes del artículo 25 LV.

IV. Por último, corresponde al Consejo de Gobierno la facultad de aprobar el Proyecto como Decreto, de conformidad con la potestad que, de forma genérica, le viene atribuida por lo dispuesto en los artículos 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004 y, además, de forma específica para la materia que nos ocupa, por la Disposición final primera LV.

CUARTA.- Observaciones relativas a la adecuación del Proyecto a la LV.

I. A la vista del contenido del Proyecto, puede afirmarse que se ajusta a la habilitación legal del artículo 25 LV, ya que sólo aborda cuestiones subsumibles en el ámbito de dicha habilitación, quedando suficientemente cumplimentada la exigencia prevista en el apartado tercero del citado precepto legal de garantizar la presencia paritaria de representantes de las Administraciones públicas y de las asociaciones de voluntariado, toda vez que en el artículo 5 del Proyecto se establece un total de veinte vocales, diez de los cuales lo serán en representación de distintos Departamentos de la Administración autonómica, de las Universidades Públicas de la Región de Murcia y de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, representando los diez restantes a las entidades de voluntariado debidamente inscritas en el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia.

La exclusión que para este cómputo se hace del Presidente y del Vicepresidente puede considerarse adecuada, pues si bien es cierto que la LV no se pronuncia al respecto, también lo es que la LOC sí que lo hace en su artículo 5º al afirmar que para la determinación del porcentaje de miembros que han de representar a las organizaciones sociales “*no se computarán el presidente ni el vicepresidente del órgano*”.

II. No obstante lo anterior, en relación con la inclusión entre los miembros del CONASEVOL de representantes de las Universidades Públicas, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

a) El artículo 25.2 LV establece que “*El CONASEVOL estará compuesto por representantes de la Administración Regional, de la Federación de Municipios de la Región de Murcia y de las entidades inscritas en el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia*”. No se incluye, pues, de modo directo una representación de las Universidades, de donde se deduce, aunque nada se explica en el expediente, que su incorporación al Consejo se haría en representación de la Administración Regional, lo que nos obliga a analizar la naturaleza jurídica de las Universidades en su vertiente de persona jurídica pública, circunstancia que ya ha sido analizada por este Órgano Consultivo, entre otros, en su Dictamen 74/2002, en el que, aceptando que la posición jurídica de las Universidades públicas es peculiar y presenta caracteres que la convierten en personificaciones especiales, concluye que son Administración Regional: “*El artículo 2.2 LPAC configura, con carácter básico, la Administración institucional, tipología que es recogida también por el artículo 1.2,d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, caracterizándola por su vinculación o dependencia de una administración*”.

territorial. Debe descartarse que la Universidad dependa de otra Administración, como sucedería si fuese un ente institucional típico, ya que el ámbito de su autonomía académica lo impide, pero sí es necesario también advertir que su estatus no es el de una administración independiente, ya que realiza un servicio público (el de la educación superior, art. 1 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre) competencialmente atribuido a la Comunidad Autónoma, que es el ente a quien corresponde el desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles, modalidades o grados, de acuerdo con el artículo 27 CE, según expresa el artículo 16 EA. Este vínculo entre Universidad y Administración regional se establece a partir del Real Decreto 948/1995, de 9 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Región de Murcia en materia de Universidades, cuyo Anexo, apartado b), 1, dice literalmente: ‘se traspasa a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la Universidad de Murcia’. Es decir, la Administración universitaria es un servicio transferido a la Administración regional y, como consecuencia de ello, una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida ante una Universidad de la Región, es presentada ‘ante la Administración Regional’ (art. 12.9 LCJ), lo que convierte a la consulta en preceptiva”.

b) Si lo anterior evidencia que la presencia de representantes de las Universidades públicas en el Consejo goza de cobertura legal, no justifica, a juicio de este Órgano Consultivo, que en la fase final de elaboración del Proyecto (con posterioridad a la emisión del Dictamen del CES), se amplíe el número de dichos representantes a tres, argumentado para ello que así se prevé una posible ampliación del número de Universidades Públicas en la Región, lo que se hace, además, a costa de disminuir la representación de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, que queda reducida tan sólo a dos vocales, a pesar de que su participación en el CONASEVOL viene expresamente prevista en la LV. La representación de las Universidades Públicas queda garantizada de sobra con la previsión que se contenía en los primeros borradores (dos vocales) sea cual sea el número de Universidades; y para dotar a la norma que se pretende aprobar de la deseada estabilidad ante el cambio que se pueda producir en dicho número, basta con darle una redacción como la siguiente o similar: “Dos representantes de las Universidades Públicas de la Región de Murcia propuestos por éstas y nombrados por el Consejero competente en materia de Voluntariado”.

QUINTA.- Observaciones relativas a la adecuación del Proyecto a la LOC.

I. En la regulación de la figura del Secretario del Consejo, el tenor del artículo 5º *in fine* LOC obliga a indicar que actuará como tal un funcionario adscrito al órgano a quien corresponda la Vicepresidencia.

II. En cuanto a la composición de la Comisión Permanente a la que hace referencia el artículo 6, habría que añadir al Secretario, figura cuya existencia, a tenor de lo establecido en el artículo 25 LPAC, resulta obligatoria para los órganos colegiados, actúen éstos en Pleno o en Comisión.

III. En el artículo 8.2 se afirma que para la válida constitución de los órganos del Consejo se requerirá la presencia del Presidente y el Secretario “o, en su caso, de quienes les sustituyan...”. De esta previsión se desprende el deseo del redactor de la norma de que exista un régimen de sustitución de los miembros del CONASEVOL, por lo que resultaría conveniente recoger en el texto el régimen que se estime oportuno, respetando, en cualquier caso, lo que al respecto se establece en los artículos 23.2 *in fine*, 24.3 y 25.2 LPAC.

IV. La redacción del artículo 13 debería ceñirse más estrictamente a lo que dispone el artículo 10 LOC y establecer con claridad que la participación en el Consejo no es retribuida, sin perjuicio del reembolso de gastos que dicha participación ocasione.

SEXTA.- Otras observaciones.

I. El contenido del artículo 3.1 es un trasunto del artículo 25.4 LV, en una clara utilización de la técnica denominada *lex repetita* en la que se ha respetado el requisito esencial de citar el precepto legal que se reproduce, pero debe eliminarse el contenido de la letra i): “*Aquellas otras que por ley o reglamento le sean asignadas*”, debido a que se trata de una disposición de cierre del texto legal que resulta inadecuado transcribir en la norma reglamentaria que, precisamente, atribuye nuevas funciones (las que se indican en el apartado 2 del artículo 3) con la cobertura que le otorga dicha previsión legal.

II. Aunque es de suponer que los planes o programas a los que se refiere el artículo 3.2 corresponden a la Administración autonómica, resultaría adecuado indicarlo expresamente.

III. En el apartado 4 del artículo 5 debería indicarse quién nombrará al Secretario del Pleno.

IV. En relación con las funciones que el artículo 6.1 encomienda a la Comisión Permanente, se suscitan las siguientes cuestiones:

a) Debe concretarse a quién va dirigido el asesoramiento e información permanentes que la Comisión ha de prestar.

b) Sería conveniente plantearse la posibilidad de recoger entre las funciones de la Comisión aquellas que le sean delegadas o encomendadas por el Pleno

V. El artículo 7 del Proyecto establece que “El funcionamiento del Consejo se regirá por su Reglamento de Régimen Interior, por lo dispuesto en el presente Decreto, en la Ley 9/1985, de 10 de diciembre, de Órganos Consultivos de la Administración Regional y, en todo caso, por lo establecido a estos efectos para los órganos colegiados por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

La redacción de este precepto podría resultar más respetuosa con el principio de jerarquía normativa. De su tenor parece desprenderse la posibilidad de que, tanto la norma que se pretende aprobar como el futuro Reglamento de Régimen Interior del que se dote el CONASEVOL, pudieran contener alguna previsión contraria a las disposiciones de la LPAC y de la LOC; de ahí que resulte conveniente sustituir dicha redacción por la siguiente que se propone: “*El funcionamiento del Consejo se regirá por los preceptos establecidos para los órganos colegiados por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 9/1985, de 10 de diciembre, de los Órganos Consultivos de la Administración Regional, por el contenido del presente Decreto y por el Reglamento de Régimen Interior que pueda aprobar su Pleno*”.

VI. La constitución del CONASEVOL viene prevista en el artículo 18 (en el mes siguiente a la designación del conjunto de vocales se convocarán sesiones de constitución del Consejo...) y en la Disposición adicional única (en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de este Decreto, se procederá, por la Consejería competente, a la constitución del

Consejo). Aunque no es imposible que el procedimiento de designación se desarrolle de tal modo que sea posible respetar ambos plazos, resulta mucho más fácil imaginar que lograrlo sea laborioso; por lo que se sugiere repensar la concordancia entre ambos preceptos y la ubicación sistemática del artículo 18.

VII. Por el CES se formuló una observación respecto de la ya citada Disposición adicional única, concerniente a la necesaria coordinación entre las normas relativas a la vigencia del Proyecto que nos ocupa y las que se recogen en el Decreto 107/2009, de 8 de mayo, por el que se regula el Registro General de Entidades de Voluntariado, lo que resulta obligado debido a que la inscripción en el citado Registro se configura, tanto por la LV como por el Proyecto objeto de Dictamen, como presupuesto necesario para ostentar representación en el Consejo.

Del juego de las Disposiciones transitoria segunda y final única del Decreto 107/2009, resulta que las entidades de voluntariado cuentan con un plazo de siete meses a contar desde la fecha de publicación de la citada norma (BORM de 12 de mayo de 2009) para ajustarse a lo previsto en ella, incluida, claro está, la inscripción en el Registro. Esta circunstancia se debe tener en cuenta al fijar el plazo de constitución del CONASEVOL, pues puede darse la circunstancia que la norma proyectada establezca una obligación a la Administración antes de que finalice el plazo que el Decreto 107/2009 da a las entidades para inscribirse. Para evitar que ello se produzca la Consejería consultante modificó el contenido de la Disposición final única que, en los primeros borradores, establecía el plazo de un mes para entrada en vigor del Decreto y que, en el último, se fija en tres meses. Si a estos seis meses (tres para que la norma entre en vigor y tres más, a contar desde ese momento, para la constitución del Consejo) se adiciona el tiempo que necesariamente ha de transcurrir hasta que el Proyecto se apruebe y se publique, parece que no se suscita colisión alguna entre estas dos provisiones normativas, pero resultaría más adecuado mantener en la Disposición final primera un mes de *vacatio legis* e incrementar el plazo para la constitución del CONASEVOL.

SÉPTIMA.- Observaciones de contenido gramatical.

I. Se debe proceder a una minuciosa revisión del texto, con el fin de subsanar algunas deficiencias gramaticales que en él se detectan: falta o uso erróneo de signos de puntuación, uso incorrecto de mayúsculas, etc.

II. Sin ánimo alguno de exhaustividad a continuación se indican algunas cuestiones de índole gramatical, que sería aconsejable atender para dotar al texto de una mayor corrección y claridad, lo que, sin lugar a dudas, contribuirá a que la norma que finalmente se apruebe alcance mayores cotas de eficacia y seguridad jurídica:

- En el párrafo 6º del Preámbulo se debe sustituir la expresión “de la misma norma” por la más correcta “del mismo precepto”.

- En el artículo 8.2, en el tercer renglón, se debe cambiar la expresión “y de la mitad”, por la de “y la de la mitad”.

- En este mismo precepto debe introducirse una coma entre “caso” y “de”, y entre “menos” y “de”.

- Deben eliminarse las iniciales mayúsculas de algunas palabras de los enunciados de los artículos a las que no les corresponde comenzar de tal modo; así, por ejemplo, en el título del artículo 14, en la palabra “Administrativa”, se debe sustituir la letra “A” mayúscula por la letra “a” minúscula.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a este Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- El procedimiento de elaboración de la norma se ha atendido a las reglas legalmente previstas, sin perjuicio de que se atiendan las observaciones contenidas en los apartados c), f) y g) de la Consideración Tercera, I, en relación con la necesidad de actualizar la Memoria económica con datos referentes al ejercicio presupuestario en el que la norma vaya a ser aprobada; de completar la documentación relativa a la consulta efectuada a los Ayuntamientos de la Región de Murcia, y de incorporar el informe de la Federación de Municipios de la Región de Murcia.

TERCERA.- En términos generales, el Proyecto de Decreto respeta el ordenamiento jurídico. No obstante deben ser tenidas en cuenta las siguientes observaciones que se formulan con carácter esencial:

— La relativa a la necesidad de que el Secretario del Consejo sea un funcionario adscrito a la Vicepresidencia del órgano consultivo (Consideración Quinta, I).

— La que se indica sobre la necesidad de contemplar la figura del Secretario entre los miembros de la Comisión Permanente (Consideración Quinta, II).

— La que se indica sobre la necesidad de que la redacción del artículo 13 se ciña más estrictamente a lo que establece el artículo 10 LOC (Consideración Quinta, IV).

— La relativa al artículo 3.1 (Consideración Sexta, I).

— La que se efectúa en relación con la modificación que se ha de llevar a cabo en la redacción del artículo 7, de modo que resulte respetuoso con el principio de jerarquía normativa (Consideración Sexta, V).

CUARTA.- El resto de observaciones podría contribuir a la mejora del texto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 142/09.- Proyecto de Decreto por el que se crea el Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 29/07/09

Extracto de Doctrina

Debería acometerse la racionalización de los órganos consultivos en materia agraria y evitarse la duplicidad de sus funciones, mediante la refundición en un único órgano colegiado, ampliando la participación de las Organizaciones Agrarias más representativas, si se considerara insuficiente la prevista actualmente en la composición del Consejo Regional Agrario.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria de la Consejería de Agricultura y Agua elabora el primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se crea el Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias, en desarrollo de lo previsto en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 5/2008, de 13 de noviembre, por la que se extingue la Cámara Agraria de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 5/2008).

SEGUNDO.- El titular del centro directivo remite el citado borrador para estudio y, en su caso, presentación de alegaciones, a los Secretarios Generales de las siguientes organizaciones agrarias: x, y, z, sin que conste respuesta escrita al trámite de audiencia otorgado.

TERCERO.- El borrador, acompañado de un informe económico y de una memoria justificativa de la oportunidad de la creación del Consejo Asesor, ambos de 19 de enero de 2008, es sometido a informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, que lo emite el 27 de enero de 2009 (folios 12 a 16), en el sentido de señalar que ha de completarse el procedimiento de elaboración con un informe de impacto por razón de género. Respecto al articulado, se realizan observaciones de técnica normativa a los artículos 1 y 4, así como a la necesidad de completar el régimen jurídico aplicable (artículo 2) y de considerar la duplicidad de determinadas funciones de este órgano con el Consejo Regional Agrario, creado por Decreto 47/1984, de 10 de mayo, modificado por Decreto 34/2001, de 4 de mayo.

CUARTO.- El segundo borrador del Proyecto de Decreto recoge las observaciones realizadas en el informe precitado, si bien, respecto a la coincidencia de ciertas funciones entre ambos Consejos Asesores, se justifica por el Asesor Jurídico del centro directivo en el consenso alcanzado con las Organizaciones Profesionales Agrarias (folio 21).

También se incorpora al expediente un informe sobre impacto por razón de género, de 28 de enero de 2008 (sic), en el que se concluye que el Proyecto tiene como objeto la creación de un órgano de asesoramiento, participación y consulta, y no contempla, entre sus preceptos, ningún tipo de discriminación en función de género.

QUINTO.- Recabado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, es evacuado el 25 de febrero de 2009, en el sentido de informar favorablemente el Proyecto de Decreto, si bien se realizan observaciones sobre los siguientes aspectos: la falta de justificación de la urgencia invocada en la petición y del alcance de la audiencia otorgada; la necesidad de completar el estudio económico de la norma e incorporar la propuesta del titular del centro directivo; la duplicidad de funciones de los órganos consultivos en materia agraria; por último, se realizan observaciones de técnica normativa (artículos 3 y 5 del Proyecto).

En su cumplimiento, se incorpora al procedimiento un informe económico complementario, de 5 de marzo de 2009, así como la propuesta del titular del centro directivo dirigida al Secretario General de la Consejería consultante para la tramitación y ulterior aprobación del Proyecto de Decreto.

SEXTO.- Estudiadas las observaciones del órgano preinformante, se estiman las indicadas en el informe del Asesor Jurídico del centro directivo, de 5 de marzo de 2009 (folios 37 a 39), resultando el tercer borrador del Proyecto de Decreto (folios 40 a 45), que constituye el texto sometido a consulta, según diligencia del Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua, de 9 de marzo de 2009.

SÉPTIMO.- Con fecha 12 de marzo de 2009 se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo, invocando razones de urgencia en la solicitud, fundamentada en el cumplimiento del plazo que establece la Disposición transitoria cuarta de la Ley 5/2008 para su creación (cuatro meses desde la entrada en vigor de la referida Ley).

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto por el que se crea y regula el Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias, en desarrollo de los artículos 3.4, 4.3 y Disposiciones transitorias segunda y cuarta de la Ley 5/2008, por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Si bien se invocan razones de urgencia en la solicitud de nuestro Dictamen, basadas en el cumplimiento del plazo previsto en la Ley 5/2008 para la creación del Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales (cuatro meses), sin embargo, el propio funcionamiento de este Órgano Consultivo ha impedido su emisión con el carácter demandando, sin perjuicio de destacar que la previsión de urgencia debe ser considerada como una medida de carácter excepcional, como tuvimos ocasión de señalar en la Memoria correspondiente al año 2007 (página 53), que no se corresponde, de modo alguno, con la motivación dada en el presente supuesto, ni tampoco con las funciones encomendadas al mismo tanto por la Ley habilitadora, como por el Proyecto de Decreto (artículo 3), que se proyectan *ad futurum*; esta posición se diferencia de la sostenida por este Consejo Jurídico en el Dictamen 46/2009, respecto al Proyecto de Orden conjunta de las Consejerías de Economía y Hacienda y de Agricultura y Agua, por la que se crea y se regula el procedimiento de liquidación de la Comisión Liquidadora del Patrimonio de la extinta Cámara Agraria de la Región de Murcia, en el que se consideraron las razones de urgencia invocadas, en razón de las funciones encomendadas a aquella Comisión por la Ley 5/2008, que exigían un pronto funcionamiento de aquel órgano durante un periodo transitorio.

SEGUNDA.- Competencia y habilitación legal.

En desarrollo de las competencias autonómicas en materia de agricultura y ganadería (artículo 10.Uno, 6 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, EARM), en la competencia para estructurar la Administración pública regional (artículo 51 EARM), así como en la competencia en materia de Cámaras Agrarias y demás Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales (artículo 11.10 EARM), la Ley regional 5/2008, al mismo tiempo que establece la extinción de la Cámara Agraria de la Región de Murcia, prevé la creación de un Consejo Asesor de Organizaciones Profesionales Agrarias (CAROPA, en lo sucesivo, según la denominación legal), que articule las relaciones de éstas con la Administración regional, favoreciendo su participación en la formación de la voluntad de los órganos competentes en materia agraria, asignándole la Ley regional determinadas funciones, en relación con el patrimonio de la extinta Cámara Agraria regional: el artículo 3.4 de la Ley 5/2008 establece que la cesión del patrimonio,

resultante de la liquidación, se someterá a informe del CAROPA, al igual que la cancelación de la cesión gratuita del uso de dicho patrimonio (apartado 5). Asimismo el artículo 4.3 de la citada Ley recoge, como cometido del Consejo Asesor, la emisión de un informe cuando el patrimonio de la Cámara Agraria de la Región de Murcia extinta sea objeto de cualquier otro negocio jurídico.

En otros aspectos, como la determinación del nuevo sistema para fijar la representatividad de las Organizaciones Agrarias en el ámbito regional, también se establece que debe ser consultado el CAROPA (Disposición transitoria segunda).

Finalmente, la ley 5/2008 dispone la creación del CAROPA en el plazo de cuatro meses desde su entrada en vigor (Disposición transitoria cuarta).

Haciendo uso de tal habilitación, el Proyecto de Decreto sometido a consulta crea y regula el Consejo Asesor, acogiéndose al régimen de órganos consultivos de la Administración regional (Ley 9/1985, de 10 de diciembre, de los órganos consultivos de la Administración Regional de Murcia, modificada por la Ley 1/1994, de 29 de abril), si bien la naturaleza de este órgano colegiado será objeto de consideración posteriormente, en tanto algún cometido previsto por la Ley habilitante trasciende de su ámbito de aplicación, incardinándolo en la regulación de los órganos colegiados con competencias de propuesta o emisión de informes preceptivos, previstos en la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 7/2004).

Por último, el Consejo de Gobierno ostenta competencias para aprobar el presente Proyecto de Decreto, sea con fundamento en el artículo 12 de la Ley 9/1985, sea en base a la titularidad de las competencias para el ejercicio de la potestad reglamentaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (Ley 6/2004, en lo sucesivo), no estando expresamente facultado el titular de la Consejería para su desarrollo por la Ley habilitante (Ley 5/2008); o sea, finalmente, por lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley 7/2004, que atribuye la creación de los órganos colegiados al Consejo de Gobierno, revistiendo la forma de Decreto en el caso de órganos colegiados interdepartamentales cuyo Presidente es Consejero, lo que concurre en el presente supuesto, pues algunas de las funciones atribuidas por la Ley 5/2008 se extienden a las competencias de otros departamentos (Consejería de Economía y Hacienda, Dirección General de Patrimonio), al tener, entre sus cometidos, la emisión de informes a los negocios de disposición de bienes de la extinta Cámara Agraria de la Región de Murcia.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración y documentación.

A la vista del expediente remitido, puede afirmarse que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto de Decreto sometido a consulta se adecua a las normas que, sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria, establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien se comparte la observación realizada por el órgano preinformante acerca de la falta de justificación del alcance de la audiencia otorgada; entiendo este Consejo Jurídico que el trámite de participación se ha interpretado restrictivamente, pues se ha limitado a la consulta a las tres organizaciones profesionales agrarias más representativas, sin que sea óbice para ello el consenso alcanzado con las mismas para obtener su apoyo a la extinción de la Cámara Agraria de la Región de Murcia (folio 39). Además, la naturaleza y funciones del órgano colegiado proyectado, que coinciden en parte con las previstas para el Consejo Regional

Agrario como más adelante se expondrá, habría aconsejado que se hubiera sometido el Proyecto de Decreto a informe de este último Consejo, como prevé el artículo 3, c) del Decreto 47/1984, ya citado (“*ser oído en relación con disposiciones de carácter general*”); si bien es cierto, como justifica el Asesor Jurídico del centro directivo proponente, que su participación se encuentra condicionada a la decisión del titular de la Consejería, por lo que su omisión en el presente caso no viciaría de anulabilidad el procedimiento de elaboración.

Además, por esas funciones interdepartamentales del CAROPA, también hubiera sido aconsejable extender la audiencia a la Consejería en cuyo procedimiento se insertan algunos de sus informes (Consejería de Economía y Hacienda), aunque también es cierto que el Proyecto viene a reproducir la regulación legal en este sentido.

Por último, el expediente se encuentra documentalmente integrado, habiéndose agregado los sucesivos borradores, con la valoración de los informes y alegaciones ya indicados, y el subsiguiente reflejo en la evolución del texto.

CUARTA.- Observaciones de índole general.

I. Naturaleza del órgano colegiado. Régimen jurídico.

La naturaleza consultiva y participativa del CAROPA sitúa a este órgano, según la Memoria justifica de la oportunidad de su creación, con el consiguiente reflejo en la parte expositiva del Proyecto de Decreto y en el artículo 2.1 (Régimen Jurídico), en el ámbito material de la Ley 9/1985, relativa a los órganos consultivos de la Administración regional, si bien, tras el estudio detallado de sus funciones, no parece encajar plenamente en esta última norma.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 9/1985 excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, a los órganos colegiados de naturaleza distinta a la señalada en el apartado anterior, estableciendo el artículo 3 de la citada Ley que, en ningún caso, la función de asesoramiento se referirá a casos o expedientes concretos que afecten a intereses individualizados, cuando, según el artículo 3 del Proyecto, al CAROPA le corresponde emitir informes en los procedimientos de cancelación de cesión gratuita de bienes del patrimonio de la extinta Cámara Agraria de la Región de Murcia, o en los negocios jurídicos de disposición de dichos bienes, lo que contradice lo prescrito con anterioridad.

De otra parte, no todas sus funciones, aunque sí la gran mayoría, son de carácter consultivo, pues también le corresponde a este órgano colegiado funciones de propuesta (“*la designación de los representantes que sustituyan a los designados en representación de la Cámara Agraria de la Región de Murcia*”), según el artículo 3.1.g) del Proyecto, lo que nos remite a la regulación de los órganos colegiados con competencias de propuestas o emisión de informes preceptivos, citados por el artículo 24.1,b) de la Ley 7/2004, como se ha indicado con anterioridad. En relación con el régimen jurídico de estos órganos colegiados, la Ley 7/2004 se remite también a las normas contenidas en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), coincidiendo en este aspecto con lo dispuesto en la Ley 9/1985 para los órganos consultivos amparados en la misma.

La anterior observación sobre la naturaleza de este órgano colegiado, requiere suprimir las citas a la Ley 9/1985 tanto en la parte expositiva, como en el artículo 2 del Proyecto de Decreto, en cuanto al régimen jurídico aplicable.

También se cita en el artículo 2 del Proyecto, entre la normativa aplicable, al reglamento de régimen interior del Consejo Asesor, terminología que puede resultar equívoca sobre los titulares de la potestad reglamentaria en la Administración regional, aun cuando este Consejo Jurídico interprete que con tal denominación el precepto se está refiriendo a lo dispuesto en el artículo 22.2 LPAC, que permite a los órganos colegiados en los que participen organizaciones representativas de intereses sociales completar sus propias normas de funcionamiento; por ello, debería acogerse esta última terminología.

II. La duplicidad de algunas funciones con las previstas para el Consejo Regional Agrario.

Durante el procedimiento de elaboración, una de las observaciones más reiteradas (informes de la Asesora Jurídica de la Consejería consultante y de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma) ha sido la consideración de determinadas funciones que se reproducen en la regulación del Consejo Regional Agrario y del CAROPA, haciendo abstracción de las específicamente asignadas a este último por la Ley 5/2008, en relación con la extinta Cámara Agraria de la Región de Murcia.

Tal observación ha sido contestada por el centro directivo proponente con el reiterado argumento de que su contenido ha sido consensuado con las Organizaciones Profesionales Agrarias. Sin embargo, el acuerdo alcanzado con dichas Organizaciones no debería impedir que se racionalice la organización de órganos de asesoramiento de la Consejería, evitando duplicidades, debiendo considerarse por la Consejería proponente si tiene justificación mantener dos órganos consultivos en materia agraria que comparten determinadas funciones, a la vista de que el proyectado, el CAROPA, asume funciones también asignadas al Consejo Regional Agrario, del que, por cierto, también forman parte sus representantes —al igual que los colegios profesionales, además de las cooperativas agrarias y los productores y exportadores—, pues las funciones específicamente asignadas, en relación con el patrimonio de la extinta Cámara Agraria, tendrán una duración presumiblemente limitada.

Sirva como muestra de lo expuesto que el artículo 3.1, apartados a), b) y c) del Proyecto de Decreto, establece que son funciones del CAROPA: canalizar la participación y colaboración de las Organizaciones Agrarias en todos aquellos asuntos relativos al sector agrario, propiciar el intercambio de información y búsqueda de acuerdos y emitir dictámenes sobre la normativa de carácter general, planes y programas que se refieran a la política agraria, respectivamente.

Coincidiendo con las descritas, el artículo 3 del Decreto 47/1984 establece que son funciones del Consejo Regional Agrario: asesorar al Consejero en la materia, elaborar estudios, informes y dictámenes, ser oídos en relación con los proyectos de disposición de carácter general, así como en la preparación de los planes, servir de órgano de información sobre la situación del sector agrario, formular todo tipo de iniciativas o sugerir medidas en orden a la mejora del sector agrario, y prestar colaboración en la preparación de la política agraria de la Comunidad Autónoma.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que debería acometerse la racionalización de los órganos consultivos en materia agraria y evitarse la duplicidad de sus funciones, mediante la refundición en un único órgano colegiado, ampliando la participación de las Organizaciones Agrarias más representativas, si se considerara insuficiente la prevista actualmente en la composición del Consejo Regional Agrario. En su defecto, de considerarse necesario desde el punto de vista del asesoramiento a la Administración regional el man-

tenimiento de ambos órganos consultivos, que no coinciden en su composición al ser más amplia la representación externa en el Consejo Regional Agrario, debería adecuarse este último órgano, de manera que no quedara como un órgano de asesoramiento y participación residual en materia agraria.

QUINTA.- Observaciones particulares al contenido del Proyecto de Decreto.

— Título.

Podría modificarse el título del Decreto, acomodándolo a su contenido: “Proyecto de Decreto por el que se crea y regula el Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias”.

— Parte expositiva.

Con independencia de lo ya señalado en la precedente Consideración Cuarta, I, se realizan varias observaciones de técnica normativa:

1ª) Si se emplea la mayúscula para citar a Administración asimismo debe utilizarse para “Autonómica”, en el primer párrafo (también en el artículo 1); igualmente, la región en la primera línea debe escribirse en mayúscula.

2ª) En el párrafo segundo debe concretarse la disposición de la Ley 5/2008 en la que se dispone la creación del Consejo Asesor (Disposición transitoria cuarta).

3ª) En la fórmula que procede, en relación con nuestro Dictamen, debe citarse al Consejo Jurídico de la Región de Murcia con su denominación completa.

— Artículo 1. Creación.

En el párrafo segundo se establece que el Consejo queda adscrito a la Consejería de Agricultura y Agua o aquella que, en cada momento, tenga atribuidas las competencias en materia de agricultura (suprimir un punto).

Podría simplificarse la redacción señalando únicamente que el Consejo queda adscrito a la Consejería competente en materia de agricultura, ganadería y desarrollo rural, para huir de denominaciones concretas que se alteren por los cambios organizativos.

— Artículo 2. Régimen Jurídico.

Además de las observaciones realizadas en la Consideración Cuarta sobre la supresión de la referencia a la Ley 9/1985, el apartado 2 de este precepto establece que “*el reglamento de régimen interior del Consejo será aprobado en el Pleno, por la mayoría absoluta de sus miembros, en el plazo de seis meses desde su constitución*”.

Sin embargo, la Ley regional habilitante no establece la necesidad de un *quorum* distinto para la aprobación de las normas de funcionamiento del Consejo (a diferencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, que adopta una medida similar, pero en la Ley 1/2006, de 5 de junio, reguladora del Consejo Agrario Gallego), ni tampoco se establece por la LPAC, a la que se remite en el funcionamiento de los órganos colegiados las normas autonómicas citadas con anterioridad, estableciendo aquella que los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos (artículo 26. 4). Téngase en cuenta que la STC 50/1999, de 6 de abril, no cuestionó el carácter básico de este último precepto de la LPAC.

Por tanto, ha de suprimirse el citado *quorum*, al igual que el previsto en el artículo 3.2 (2/3) para la emisión de dictamen sobre el nuevo sistema para la determinación de la

representatividad de las Organizaciones Profesionales Agrarias, al no haberse previsto en la norma habilitante.

— Artículo 3. Funciones.

No parece apropiado técnicamente utilizar el término Dictamen para identificar el resultado de la función consultiva de este Consejo Asesor, en relación con la normativa de carácter general que se refiera a la política agraria (apartado c) y a la determinación de la representatividad de las Organizaciones Profesionales Agrarias (apartado 2), cuando no reviste su expresión tal forma, según la ley habilitante (Disposición transitoria segunda.2 de la Ley 5/2008), debiendo ser sustituida por informe, acorde con la normativa regional que afecta a este tipo de órganos colegiados, ya citada.

— Artículo 4. Composición.

Se realizan varias observaciones de técnica normativa:

— Debe suprimirse el subrayado de los distintos miembros.

— En otros preceptos se acota a la Consejería competente, refiriéndose a la materia de agricultura (artículo 2.2), mientras que en éste se identifica a la Consejería (Presidente, y Vicepresidente) por las materias de agricultura, ganadería y desarrollo rural; por el contrario, al Director General y al Secretario del Consejo por la denominación actual del departamento (Agricultura y Agua). Por ello, deberán unificarse en el articulado todas las referencias a las materias que sustentan la competencia de la Consejería.

— Artículo 5. Régimen de funcionamiento.

La regulación propuesta suscita las siguientes cuestiones:

— No se acierta a comprender qué otros órganos de gestión pueden crearse (apartado b), cuando la LPAC, a la que se remite las normas regionales en el funcionamiento de los órganos colegiados, las concreta en la posibilidad de crear comisiones, que son citadas en el mismo apartado. De otra parte, la naturaleza de asesoramiento y propuesta de este órgano no cabe mezclarla con las facultades de la Administración activa.

— Los apartados d) y e) hacen referencia al Consejo Asesor cuando parecen referirse al Pleno, una vez que distingue este precepto (apartado a) el Pleno y la Comisión Permanente.

— Artículo 6. Nombramientos y mandatos.

Parece conveniente establecer un sistema de sustitución de los vocales titulares de las Organizaciones Profesionales Agrarias (suplentes), cuando concurra causa justificada.

De otra parte, la sustitución del Presidente por el Vicepresidente debe estar específicamente regulada, salvo que se adopte posteriormente por acuerdo plenario, pues en caso contrario rigen otras reglas (artículo 23.2 LPAC).

El cese o sustitución de los miembros se considera un aspecto suficientemente relevante para que se regule en el Proyecto de Decreto, y no se remita al reglamento de régimen interior.

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 presente Proyecto de Decreto.

SEGUNDA.- La duplicidad de determinadas funciones entre el Consejo Regional Agrario y el Consejo Asesor Regional de las Organizaciones Profesionales Agrarias aconsejaría la reestructuración de los órganos consultivos en materia agraria, en la forma sugerida en la Consideración Cuarta, II.

TERCERA.- Se consideran observaciones de carácter esencial las realizadas al régimen jurídico (Consideración Cuarta, I) y al establecimiento de un quórum reforzado en determinados informes (Consideración Quinta, Artículo 2).

CUARTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico, sobre todo las cuestiones de técnica normativa.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 143/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 29/07/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 144/09.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre ejecución de obras relativas al alumbrado público en las calles Santa Rita, Lorenzo Vicens, Argentina y otras.

Consultante: Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas

Fecha: 04/08/09

Extracto de Doctrina

1. La más reciente doctrina jurisprudencial viene sosteniendo la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008; STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 233/2008, de 11 de marzo).

2. Una conocida y arraigada doctrina del Consejo de Estado considera que, con carácter general, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico.

3. Ha reiterado también el Consejo de Estado que la causa de resolución contractual fundada en una situación concursal del contratista sólo existe desde el momento en que el órgano judicial emite el correspondiente auto declaratorio de dicho estado concursal (Dictamen nº 1.656/1992, de 27 de enero de 1993, entre otros), fundado ello, entre otras razones, en que si se anticiparan sobre tal momento los efectos resolutorios de la situación concursal, ésta podría instrumentarse abusivamente para desligarse de relaciones contractuales cuando se ha perdido interés en ellas o simplemente han devenido de cumplimiento difícil.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Decreto del Alcalde de 29 de noviembre de 2007 (número 1.250/2007) se adjudicó el contrato de referencia, que fue suscrito el 8 de febrero de 2008. Se contemplaba un plazo de ejecución de 2 meses contados a partir del acta de comprobación del replanteo, que tenía fecha de 7 de marzo de 2008. El 4 de marzo de 2009 el Alcalde acordó mediante el Decreto 306/2009 conceder al contratista un plazo de 15 días hábiles para la correcta ejecución de los trabajos pendientes, advirtiéndole que, de no hacerlo así, se procedería a la resolución del contrato. La contratista solicitó el 6 de abril una prórroga de 20 días naturales para la terminación de la obra; en un nuevo escrito de 6 de mayo siguiente alega discrepancias con la dirección de obra sobre los puntos de luz a instalar, debidas a las quejas de algunos vecinos. El Director de las obras informó el 14 de mayo de 2009 que no son ciertas las conclusiones de la contratista sobre la falta de colocación de puntos de luz; lo cierto es que 19 de los previstos en el proyecto faltan por colocarse en los lugares acordados con los vecinos, y que, los demás, deben recolocarse en la zona en la que se actúa. Finaliza considerando procedente la resolución del contrato, dado el tiempo transcurrido.

SEGUNDO.- Por Resolución de la Alcaldía de 15 de mayo de 2009 se acordó el inicio del procedimiento de resolución del contrato, de lo que se dio traslado a la contratista, y a su avalista. En tal Resolución se razona que la contratista se ha declarado en concurso voluntario (Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Murcia, de 17 de noviembre de 2008, concurso 569/2008), por lo que concurriría la causa de resolución del artículo 111, b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP, Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio); también indica que, según los informes técnicos emitidos, las obras debieron finalizar el 7 de mayo de 2008, ya que su plazo de ejecución era de 2 meses a partir del 7 de marzo de 2008, fecha del acta de comprobación del replanteo, por lo que el contratista ha incumplido el plazo total previsto, incurriendo también en la causa de resolución del artículo 111, e) TRLCAP en relación con el 95 de dicho texto legal.

TERCERO.- La contratista formuló alegaciones a la Resolución de inicio del procedimiento de resolución el 28 de mayo de 2009, cuyo escrito fue registrado de entrada en el Ayuntamiento el 3 de junio siguiente. No comparte la decisión municipal, defiende la calidad de su trabajo y reconoce haber primado ésta sobre el tiempo de ejecución; finaliza solicitando la resolución del contrato, su cierre económico y la devolución de la fianza.

CUARTO.- No se solicitó informe jurídico a la Secretaría municipal, constando uno del “Coordinador de los Servicios Jurídicos”, de 3 de julio de 2009, que informa favorablemente la propuesta, aunque sin pronunciarse sobre la procedencia de incautar la fianza.

Tras ello, fue recabado el Dictamen de este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 20 de julio de 2009, argumentando que se pretende resolver el contrato por las causas expresadas en los apartados b) y e) del artículo 111 TRLCAP.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La consulta se formula al amparo del artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 59.3, letra a) TRLCAP, aplicable al contrato cuya resolución se pretende en atención al momento de adjudicación de aquél; en consecuencia, se solicita la emisión con carácter preceptivo.

El primero de los preceptos citados establece como preceptivo el Dictamen de este Consejo Jurídico en los casos de “*nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista*”. Por su parte, el segundo dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: “*a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

SEGUNDA. Procedimiento.

A) De conformidad con el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, 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 consignados con las letras a), b) y c). La emisión de este Dictamen persigue hacer efectivo el de la letra d).

B) Estamos en presencia de un procedimiento iniciado de oficio para cuya resolución el TRLCAP no fija plazo. Sería de aplicación supletoria, pues, lo dispuesto en los números 2 y 3 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), debiendo estar resuelto el procedimiento en un plazo máximo de tres meses contados a partir del día 15 de mayo de 2009, en el que se decretó su inicio.

Si transcurriese el plazo máximo de tramitación sin que hubiese recaído resolución expresa y se hubiese notificado, se produciría la caducidad del procedimiento, según se expone a continuación.

El Consejo de Estado, seguido por otros Consejos Consultivos, aboga por la inaplicación a los procedimientos de resolución contractual, con carácter general, del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC. Dice el Consejo de Estado que resulta difícil la incardinación de las potestades resolutorias ejercitadas por la Administración en

las sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, pues “*la materia contractual presupone necesariamente un vínculo de esa naturaleza entre las partes (la Administración y la contrata) que excluye la relación general de sujeción en que pueden ejercerse potestades de intervención o de sanción, a la que viene referido expresamente el artículo 44.2 de la Ley 30/1992*” (Dictámenes del Consejo de Estado 277/2002 y 1.382/2008, entre otros, y del Consejo Consultivo de Canarias 159/2008). Pero, además, siendo la LPAC de aplicación meramente supletoria en relación con los procedimientos regulados en la LCAP (Disposición adicional séptima), el hecho de que los indicados procedimientos de resolución contractual tengan genéricamente atribuido el carácter de urgentes (artículo 157 Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre y, luego, artículo 109.2 RCAP), impone el deber legal de resolverlos en el menor tiempo posible, lo que es difícilmente compatible con una eventual declaración de caducidad y posterior nueva incoación del procedimiento.

En todo caso, no puede olvidarse que el citado artículo 44.2 LPAC tiene una excepción en el 92.4 de la misma Ley, que impide la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general (la invocación del interés público, combinada con razones de economía procesal, como obstáculos a la declaración de caducidad de los procedimientos de resolución contractual también se encuentra presente en la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 342/2008, entre otros). Ahora bien, la utilización de este criterio demanda prudencia, en la medida en que no puede realizarse aquí una interpretación del concepto de “interés general” tan amplia que prive de virtualidad al artículo 44.2 citado, y que el 92.4 debe limitarse a supuestos en los que el interés general sea especialmente relevante.

A pesar de los razonamientos anteriores, la más reciente doctrina jurisprudencial viene sosteniendo la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008; STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 233/2008, de 11 de marzo), por lo que cabe advertir a la Corporación la procedencia de ultimar el procedimiento sometido a consulta y notificarlo antes del próximo día 15 de agosto de 2009.

C) Para una remisión más completa del expediente hubiese sido deseable que acompañase a lo actuado una propuesta de resolución en la que quedase fijado con claridad el alcance del acuerdo con el que se deseaba resolver el procedimiento. Sin embargo, el Consejo Jurídico —siguiendo el precedente sentado por el Consejo de Estado en el Dictamen 564/2006, de 20 de abril—, no ha hecho uso de la facultad de suspender el plazo de emisión de su Dictamen y solicitar que dicha propuesta fuera incorporada (artículos 46 y 47 del reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril), toda vez que la intervención preceptiva del órgano consultivo tiene carácter preferente a efectos de su despacho, según dispone el artículo 109.2 RCAP, y, además, las causas de resolución y los motivos que las fundamentaban fueron conocidos por la contratista con el mismo acuerdo de incoación del procedimiento resolutorio. No obstante, en ocasiones sucesivas ha de cuidarse que los expedientes se remitan de forma completa.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Una conocida y arraigada doctrina del Consejo de Estado considera que, con carácter general, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91,

de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”. Y en otro de los Dictámenes allí citados, el n° 55.564, de 31 de enero de 1991, precisó que el criterio fundamental, por tanto, es el de la preferencia por la causa primeramente perfeccionada en el tiempo —es decir, aquella que ha quedado integrada por todos y cada uno de sus perfiles institucionales— y será, por tanto, la que rijan el régimen sustantivo de la resolución. Tal doctrina queda reflejada en el Dictamen 169/2007 de este Consejo Jurídico.

A la vista de lo informado por el Director de las obras el 14 de mayo de 2009 parece clara la existencia de una causa de resolución del contrato que permite a la Administración acordarla de conformidad con el artículo 95.3 TRLCAP, que es la prevista en el artículo 111.e) del mismo, es decir, el incumplimiento de los plazos contractuales. Esta causa se habría producido ya el 8 de mayo de 2008, día siguiente al de la finalización del plazo contractual, incumplimiento que el contratista no niega al afirmar que, en su prestación, primó la calidad sobre el tiempo de ejecución.

Ha reiterado también el Consejo de Estado que la causa de resolución contractual fundada en una situación concursal del contratista sólo existe desde el momento en que el órgano judicial emite el correspondiente auto declaratorio de dicho estado concursal (Dictamen n° 1.656/1992, de 27 de enero de 1993, entre otros), fundado ello, entre otras razones, en que si se anticiparan sobre tal momento los efectos resolutorios de la situación concursal, ésta podría instrumentarse abusivamente para desligarse de relaciones contractuales cuando se ha perdido interés en ellas o simplemente han devenido de cumplimiento difícil. Ello lleva a tener que considerar que esta segunda causa de resolución contractual se habría perfeccionado, en su caso, el 17 de noviembre de 2008, fecha del auto judicial de declaración de concurso ordinario de acreedores; esto es, en fecha posterior a la primera. Debe recordarse que la declaración de suspensión de pagos o quiebra —hoy el concurso de acreedores- no determina la pérdida de la fianza si aquéllas no han sido calificadas como culpables o fraudulentas (Dictámenes del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 1992 y 23 de junio de 1994, entre otros).

Los efectos de esa resolución en caso de incumplimiento del plazo, causa aquí aplicable, son los previstos en el artículo 113 de la citada ley, no pudiendo afirmarse que existe incumplimiento culpable de la contratista, por lo que no procedería la incautación de la garantía definitiva, sino su devolución. Esta conclusión se alcanza a partir de la propia actuación del Ayuntamiento que, con su tardanza en incoar el procedimiento resolutorio, no ha permitido conocer el estado exacto de ejecución de la obra a la fecha en que se entiende perfeccionada la causa de resolución, e impide valorar la incidencia y alcance que la intervención de los vecinos, ajena a la voluntad y a las posibilidades de actuación de la contratista, ha podido tener en el resultado final.

La obra realizada habrá de ser recibida en el estado en que se encuentre, y liquidada con arreglo al contrato.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Del expediente remitido se advierte la existencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 111.e) TRLCAP.

SEGUNDA.- Del expediente remitido no se desprenden suficientes indicios para calificar como culpable el incumplimiento del contratista, por lo que procede devolver la fianza.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 145/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 04/08/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 10.

DICTAMEN 146/09.- Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 04/08/09

Extracto de Doctrina

Atendida la actividad probatoria desplegada por el reclamante cabe considerar verosímil que, en el momento de ocurrir el siniestro, la vía se encontrara en mal estado con presencia de gravilla sobre la calzada, generando así una situación de riesgo para la circulación y una evidente merma de las condiciones de seguridad de la carretera para su uso ordinario, que debía haber sido expresamente advertido a los conductores, lo que no consta que se hiciera, dado que ambos testigos coinciden en afirmar la ausencia de señalización al respecto.

En nuestro Dictamen 102/2003, entre otros, señalamos que “cabe recordar el criterio jurisprudencial mantenido en accidentes donde concurre la circunstancia de gravilla suelta en la carretera (SSTS, Sala 3ª, de 2 de diciembre de 1996, de 27 de diciembre de 2000 y

SAN de 29 de abril de 1998) conforme al cual, para imputar los daños a la Administración, ha de tenerse en cuenta la existencia o no de señalización en las carreteras que advierta de los riesgos (Dictamen nº 87/01 del Consejo Jurídico). En este mismo sentido la Sentencia de 29 de septiembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de junio de 2000, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, solicitando ser indemnizado por los daños sufridos en su persona y bienes como consecuencia del anormal funcionamiento del servicio regional de carreteras.

Según el relato fáctico del reclamante, el 10 de octubre de 1999 sufre un accidente de circulación en la carretera de Nerpio a Barranda, en el término municipal de Moratalla, cuando conducía un vehículo de su propiedad (SEAT Córdoba, matrícula “—“). El percance se produce cuando circula por una curva y, al frenar, el coche patina dirigiéndose inicialmente hacia el carril contrario al de la marcha del vehículo, por donde circulaba un autobús, para después salirse de la vía y quedar en la cuneta. Se imputa el percance al mal estado del firme, que estaba lleno de gravilla.

Como consecuencia del accidente, sufre lesiones que no concreta y graves daños materiales en el vehículo, por lo que solicita una indemnización de 942.809 pesetas (5.666,4 euros).

Se adjunta a la reclamación la siguiente documentación: a) permiso de circulación y tarjeta de inspección técnica del vehículo accidentado; b) parte de asistencia médica en Urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste, donde consta el diagnóstico de “contracción cervical”; y c) factura de reparación del vehículo accidentado por importe de 942.809 pesetas.

Se propone, además, prueba testifical de dos personas y pericial, si se estima conveniente, sobre las circunstancias del lugar del accidente.

En el mismo escrito de reclamación, el interesado otorga representación a un Letrado.

SEGUNDO.- Por el órgano instructor se dirige comunicación al interesado con la información a que se refiere 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). Asimismo, se le comunica la suspensión del cómputo del plazo para resolver la reclamación, debido a la solicitud del preceptivo y determinante informe de la Dirección General de Carreteras, y se le requiere para que mejore la solicitud mediante la aportación de diversa documentación, lo que cumplimenta con fecha 3 de julio de 2000.

TERCERO.- Solicitado informe al Parque de Maquinaria, se emite el 19 de junio de 2000. En la solicitud del informe se comete un error por el órgano instructor al consignar como matrícula del vehículo (“—“) una que no se corresponde con la del accidentado (“—“).

Según el referido informe, el valor venal del vehículo es de 1.557.000 pesetas (9.357,76 euros) a la fecha del siniestro. Sobre la reparación efectuada se considera que se han incluido piezas que, en teoría, no deberían haber resultado dañadas, si bien el técnico informante

afirma que carece de base documental y gráfica que le permita conocer el estado en que quedó el vehículo tras el golpe.

CUARTO.- Con fecha 18 de julio, se requiere al reclamante para que aporte fotografías del vehículo accidentado antes de la reparación y que indique si éste ha sido ya reparado. Contesta el reclamante que el vehículo ya ha sido reparado, sin aportar ninguna fotografía.

QUINTO.- Solicitado, el 19 de junio de 2000, el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, tras sucesivos y reiterados requerimientos de evacuación, se emite el 29 de febrero de 2008. En él se indica lo siguiente:

a) La titularidad regional de la carretera donde se produce el accidente, denominada MU-702, de Barranda (C-330) a límite de la provincia de Albacete por Sabinar.

b) Que se desconocía que el accidente hubiera tenido lugar, omitiendo la reclamación aportar parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

c) Efectuadas las oportunas averiguaciones a través del Inspector de Carreteras que prestaba servicios en la fecha del accidente, tampoco éste tiene conocimiento del accidente ni recuerda el estado de la carretera.

SEXTO.- Acordada la apertura del período de prueba, se practica la testifical propuesta por el reclamante con la declaración de las dos personas que circulaban tras el vehículo accidentado. Del resultado de esta prueba destacan los siguientes extremos:

— La carretera estaba en muy mal estado, con gravilla. Estuvo así durante bastante tiempo, meses o incluso un año.

— No existía señalización de obras ni de gravilla en el sentido de la marcha en que circulaban. En sentido contrario había una. A los 10 ó 15 días del accidente comenzaron a poner carteles.

— El reclamante circulaba con una conducción muy prudente. En el momento del accidente se encontraba en una curva y un autobús circulaba en sentido contrario. Al tocar el freno el interesado, el vehículo se deslizó al lateral derecho e impactó contra un pino.

— El accidentado salió del coche por su propio pie y fue trasladado al Hospital por los testigos. No se avisó a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia al interesado, éste presenta escrito de alegaciones en el que se ratifica en su imputación del accidente al estado de la carretera y la ausencia de señalización, con apoyo en las declaraciones de los testigos.

OCTAVO.- Con fecha 6 de octubre de 2008, el instructor del procedimiento formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar acreditado el nexo causal entre el anormal funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños irrogados al particular que éste no tenía el deber jurídico de soportar.

Consta en el expediente una segunda propuesta de resolución, de fecha 21 de enero de 2009, en idénticos términos que la primera.

NOVENO.- Sometida la propuesta al preceptivo trámite de fiscalización previa, la Intervención General de la Comunidad Autónoma la fiscaliza de conformidad, al considerar que procede estimar la reclamación, por haber quedado acreditada en el expediente la

conurrencia de todos los requisitos que la LPAC exige para que sea declarada la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de mayo de 2009.

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.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo (RRP), pues está acreditada en el expediente la titularidad del hoy reclamante respecto del automóvil accidentado, según se desprende de la copia compulsada del permiso de circulación del automóvil expedido a su nombre.

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 y en el informe de la Dirección General de Carreteras.

2. La reclamación se interpone el 5 de junio de 2000, antes del transcurso del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, pues los daños se producen el 10 de octubre de 1999.

3. El procedimiento ha seguido los trámites esenciales establecidos por las normas reguladoras de los procedimientos para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, constando la audiencia al interesado y la práctica de las pruebas propuestas por aquél.

No se ha respetado, no obstante, el plazo máximo de seis meses que el artículo 13 RRP establece para la tramitación de este tipo de procedimientos. A ello ha contribuido de forma esencial la paralización del procedimiento durante más de siete años, debida a la demora en la evacuación del preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras.

El Consejo Jurídico, como ya hiciera en el reciente Dictamen 127/2009, no puede dejar de reprobar expresamente la pasividad de la Dirección General de Carreteras en la evacuación del informe solicitado, actitud ésta que, lamentablemente, se da cada vez con más frecuencia, como viene constatando este Órgano Consultivo en los numerosos expedientes que, en materia de responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento del servicio público

de carreteras, le son sometidos. En el presente caso, la demora cercana a los ocho años (de junio de 2000 a febrero de 2008) en la cumplimentación de un trámite preceptivo y que, además, ostenta la consideración de informe determinante —con la consiguiente paralización del procedimiento en tanto no se evacue (artículo 83.3 LPAC)—, no es ya irrazonable, sino contraria a los más elementales principios de la actuación administrativa, regida por los de eficacia, eficiencia, agilidad, oficialidad y servicio al ciudadano, máxime cuando el plazo legalmente establecido para la evacuación del informe es de 10 días (artículo 83.3 LPAC).

Ya en la Memoria del año 2008, en relación a los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, el Consejo Jurídico pone de manifiesto las distorsiones y dificultades que en la sustanciación de los mismos conlleva la excesiva demora en la evacuación de los informes determinantes, dado el efecto dilatorio que produce sobre el conjunto de la instrucción. En dicha Memoria ya se reputaba como esencial *“disponer todo lo necesario para que su emisión no se demore más allá de lo que la prudencia y buena administración reclaman, además de lo que exigen los derechos de los ciudadanos”*.

Comoquiera que el retraso más allá de lo razonable en la emisión de los informes solicitados en el curso de la instrucción de los procedimientos de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio de carreteras no es un caso aislado (así, por ejemplo, en el procedimiento a que se refiere nuestro Dictamen 19/2009, la demora fue de 13 meses; en el 127/2009, fue cercano a los cinco años) y que, en el presente, ha alcanzado cotas inaceptables, considera el Consejo Jurídico que, por el órgano competente, deberían adoptarse las medidas necesarias para, en lo sucesivo, intentar conseguir una evacuación de estos informes en un plazo razonable, así como iniciarse las actuaciones necesarias para la depuración de las correspondientes responsabilidades, como de forma expresa prevé el ya citado artículo 83.3 LPAC, para el causante de la demora.

Finalmente, una vez más es necesario reiterar el inadecuado uso que el órgano instructor 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 del 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.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. La relación causal.

1. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de *“lesión”*, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al *“funcionamiento”* de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el *“no funcionamiento”* de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación de que se trata imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, tanto por el inadecuado mantenimiento de

la vía que no permitía su uso en condiciones seguras, como por la ausencia de señalización que advirtiera acerca de la existencia de gravilla sobre la vía de referencia, pues le corresponde el deber de conservación y vigilancia de la misma; por ello, estima el reclamante que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente.

Antes de entrar en el análisis concreto del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias, dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso a la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, si no hay obligación de funcionamiento del servicio público conforme al parámetro o nivel de que en cada caso se trate, la cuestión no estribará en si la Administración tiene o no culpa, sino, desde el punto de vista de la relación de causalidad, en que la actividad o inactividad administrativa no ha sido causante del daño, en cuanto no podrá decirse que haya existido una omisión pública indebida generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no hay omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar ese daño, como riesgo inherente a la utilización de las vías públicas.

2. En el supuesto sometido a consulta se imputa el accidente al mal estado de la calzada, debido a la presencia de gravilla suelta, posiblemente derivada de las obras que se estaban realizando sobre la vía y a la ausencia de señalización específica que advirtiera de dichas circunstancias.

La ausencia en las actuaciones de un elemento de prueba tan relevante en el análisis de las causas y circunstancias de los accidentes de circulación como es el atestado de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como la inutilidad del informe de la Dirección General de Carreteras para arrojar luz acerca de las condiciones en que se encontraba la vía, convierten a la declaración de los testigos en el único recurso para conocer tales extremos.

Ambos esposos, quienes circulaban detrás del vehículo accidentado en el momento de producirse el percance, con pequeñas diferencias de detalle, coinciden en señalar el mal estado de la calzada, la presencia de gravilla suelta, la ausencia de señalización específica

y la conducción prudente del hoy reclamante, a quien pensaban adelantar en cuanto se lo permitieran las circunstancias. Coinciden, asimismo, en apuntar a la gravilla existente en el tramo curvo y estrecho donde se produjo el siniestro como la causante de la pérdida de control del vehículo, tras frenar el conductor al percibirse de la circulación en sentido contrario de un autobús.

4. En consecuencia, atendida la actividad probatoria desplegada por el reclamante cabe considerar verosímil que, en el momento de ocurrir el siniestro, la vía se encontrara en mal estado con presencia de gravilla sobre la calzada, generando así una situación de riesgo para la circulación y una evidente merma de las condiciones de seguridad de la carretera para su uso ordinario, que debía haber sido expresamente advertido a los conductores, lo que no consta que se hiciera, dado que ambos testigos coinciden en afirmar la ausencia de señalización al respecto.

En nuestro Dictamen 102/2003, entre otros, señalamos que *“cabe recordar el criterio jurisprudencial mantenido en accidentes donde concurre la circunstancia de gravilla suelta en la carretera (SSTS, Sala 3ª, de 2 de diciembre de 1996, de 27 de diciembre de 2000 y SAN de 29 de abril de 1998) conforme al cual, para imputar los daños a la Administración, ha de tenerse en cuenta la existencia o no de señalización en las carreteras que advierta de los riesgos (Dictamen nº 87/01 del Consejo Jurídico). En este mismo sentido la Sentencia de 29 de septiembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia”*.

Atendidas las circunstancias del accidente, descritas en el expediente a los folios 76 y 80, cabe concluir que la gravilla suelta y no señalizada causó la pérdida de control del vehículo y su posterior accidente, por lo que la actuación, por omisión, de la Administración, hace a ésta responsable de los daños sufridos.

Procede, en consecuencia, estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, toda vez que ha quedado acreditada la existencia de nexo causal entre el funcionamiento anormal del servicio público regional de carreteras y los daños materiales sufridos por el reclamante en un automóvil de su propiedad. Daños que no tiene el deber jurídico de soportar.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

La propuesta de resolución acuerda indemnizar al reclamante en una cantidad idéntica a la solicitada, coincidente con el coste de reparación del vehículo, según copia de la factura de taller mecánico que obra en el expediente. Esta cantidad se estima adecuada, ante la ausencia de cualesquiera otros elementos de juicio que permitan modular dicha cantidad, tal y como señala el Parque de Maquinaria, aun cuando considera que la reparación parece extenderse a partes del vehículo que podrían no haber sido dañadas en el accidente. En cualquier caso, dicho informe es anterior a la declaración de la testigo, que ofrece un dato que hace verosímil que los daños del coche fueran especialmente graves, como es el hecho de que fue a chocar contra un árbol, que *“arrancó de raíz”*.

No obstante, la cuantía de la indemnización habrá de ser debidamente actualizada, de conformidad con el artículo 141.3 LPAC, lo que debería ser especificado en la resolución que ponga fin al procedimiento, máxime en consideración a la tardanza de más de 9 años en resolver la reclamación.

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, al considerar que concurren en el supuesto planteado todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de dicha responsabilidad.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización ha de ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 147/09.- Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden de 17-05-2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 04/08/09

Extracto de Doctrina

En los Dictámenes 182/2002 (emitido en relación con el Proyecto de Decreto por el que se crean los precios públicos a aplicar por los centros dependientes del Servicio Murciano de Salud a las asistencias prestadas en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago, o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y por el suministro de productos hemoderivados) y 60/2007 (emitido respecto del Proyecto de Orden por el que se aprueban los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios, y por el suministro de productos hemoderivados), ya expuso este Consejo Jurídico los fundamentos legales que servían de soporte a la regulación de estos precios.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 4 de julio de 2008 el Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud (SMS) aprobó la iniciativa normativa respecto a un Proyecto de Orden de la Consejería de Sanidad que modifica otra Orden de dicha Consejería de 17 de mayo de 2007, por la que crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud, para la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados, que fue elevado a la Consejería citada acompañado de la siguiente documentación:

1. Informe del Subdirector General del SMS, justificativo de la modificación que se propone.

2. Memoria económico-financiera justificativa del importe de los precios propuestos y del grado de cobertura financiera de los costes correspondientes, en la que se integran los siguientes documentos:

a) Solicitud del Director del Centro Regional de Hemodonación de modificación de los precios públicos de determinados productos hemoderivados, así como la inclusión de precios de nuevos productos.

b) Propuesta de nuevos precios de la especialidad farmacéutica Flebogamma remitida al Centro Regional de Hemodonación por el --, S.A.

c) Documento relativo a la implantación del sistema de fraccionamiento buffy coat y preparación automatizada de pools de plaquetas.

d) Cuadros relativos a los importes y repercusiones presupuestarias de los nuevos precios públicos.

3. Propuesta del Director General del Régimen Económico y Prestaciones al Director Gerente del SMS, para que por dicho órgano se eleve al Consejo de Administración del SMS la propuesta de iniciativa normativa.

4. Propuesta núm. 21/2008 de iniciativa normativa del Director Gerente del SMS al Consejo de Administración de dicho organismo.

5. Certificación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Administración del SMS de elevación a la Consejería de Sanidad del Proyecto de Orden, al objeto de que se proceda a su tramitación y aprobación.

6. Borrador del Proyecto de Orden.

SEGUNDO.- Según se hace constar en la memoria justificativa las modificaciones que se intentan realizar serían las que a continuación se señalan:

1. Se prevé la modificación de la Disposición transitoria de la Orden de 17 de mayo de 2007, que regula la transitoriedad que afecta a los precios públicos por expedición de recetas en atención primaria, hasta que se proceda a la informatización de las mismas, para incluir la expedición de recetas en atención especializada. Asimismo, se elimina la referencia a la fórmula establecida en dicha Disposición para la determinación del coste medio por consulta en atención primaria, necesario para determinar, a su vez, el importe de los costes derivados de receta médica.

2. Modificación de los precios públicos por procesamiento de productos hemoderivados existentes y la creación de precios públicos para nuevos productos derivados del fraccionamiento de la especialidad farmacéutica flebogamma.

3. Creación de dos nuevos precios por prestación de servicios sanitarios:

a) Aspirado modular dentro del grupo A.5.1.L. Pruebas funcionales y exploraciones, hematología.

b) Inyección de toxina botulínica dentro del grupo A.5.1.Q. Pruebas funcionales y exploraciones, neurología y neurofisiología.

En el informe aportado por la Subdirección General de Asuntos Económicos se afirma la inexistencia de efectos de la propuesta en cuanto a los gastos, ya que no se crean servicios nuevos.

TERCERO.- Recibida la anterior documentación en la Consejería de Sanidad se emitió informe por su Servicio Jurídico, con el visto bueno del Vicesecretario, en sentido favorable en lo que a competencia, cobertura legal y rango normativo se refiere, pero se señalan los siguientes defectos en el procedimiento de elaboración:

a) En los documentos que integran la llamada memoria económico-financiera no se hace referencia a la modificación de la Disposición transitoria, ni en relación con la inclusión de la atención especializada, ni con la supresión de la referencia a la fórmula a utilizar para la determinación del coste medio por consulta, cuestión esta última sobre la que tampoco se aporta justificación técnica.

b) Ausencia de identificación sobre la autoría del documento titulado “*Implantación del Sistema de Fraccionamiento Buffy Coat y preparación automatizada de poolas de plaquetas*”.

c) Falta informe sobre impacto por razón de género que resulta preceptivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, por la que se regula el Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno (en lo sucesivo, Ley 6/2004).

d) Como la norma que se pretende aprobar afecta a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, resulta obligado el trámite de audiencia establecido en el artículo 53.3.c) de la Ley 6/2004, que se podría cumplir sometiendo el Proyecto al Consejo de Salud de la Región de Murcia, órgano superior consultivo y de participación ciudadana en la sanidad pública en la Región de Murcia, en la que se encuentran representados los sectores que pudieran verse afectados por el contenido de la futura Orden.

e) Deben incorporarse al expediente los informes preceptivos de la Consejería de Hacienda (artículo 21 del Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, TRLTPCE) y del Consejo Jurídico (artículo 12.5 de la Ley 2/1997, reguladora de dicho Órgano Consultivo).

CUARTO.- Por el SMS, órgano impulsor del proyecto normativo, se procedió a la subsanación de los defectos señalados por el informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería de Sanidad, incorporándose al expediente los siguientes datos y documentos:

a) Informe en el que se justifica la modificación que se pretende introducir en la Disposición transitoria. Respecto de la inclusión de los costes derivados de las recetas de la asistencia especializada, se afirma que se trata de paliar el error que se cometió al no incluirlos en la Orden de 17 de mayo de 2007. En relación con la supresión del modo de determinación del coste medio por consulta, se señala que “*será en la parte expositiva de la resolución anual del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud donde se determine el módulo fijo que corresponda y donde se especifique la fórmula que generará el coste medio por asistencia*”.

b) Informe sobre impacto por razón de género.

c) Certificación del acuerdo del Consejo de Salud de la Región de Murcia, de 27 de noviembre de 2008, que informa favorablemente el Proyecto de Orden.

d) Informe preceptivo de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda en el que se concluye que el Proyecto “*es adecuado a la normativa en la materia, esto es, se adapta a las exigencias y previsiones normativas establecidas en el art. 21 del Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales*”.

QUINTO.- Elaborado el extracto de secretaría y el preceptivo índice de documentos, el Secretario General, por delegación de la Consejera, dispuso someter el Proyecto a Dictamen de este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 27 de febrero de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre un Proyecto de disposición general tramitado por la Administración Regional que constituye un desarrollo de legislación básica del Estado (los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS), y de una Ley de la Asamblea Regional (art. 21.1 TRLTPE)), concurriendo, con ello, los dos supuestos previstos en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento, contenido y sistemática.

I. Como en anteriores ocasiones ha indicado el Consejo Jurídico, si bien el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno, únicamente regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos emanados del Consejo de Gobierno, la ausencia de normas específicas para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros y la remisión que efectúa el artículo 16.2, letra d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Ley 7/2004), en cuya virtud los Consejeros ejercen la potestad reglamentaria “*en los términos previstos en la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia*”, permiten aplicar las normas contenidas en el referido artículo 53 de la Ley 6/2004 a la elaboración de las disposiciones de carácter general que aquéllos dicten.

En el supuesto que nos ocupa han de aplicarse, además, las previsiones procedimentales que, con carácter específico para la creación, modificación y supresión de los precios públicos, se establecen en el artículo 21 TRLTPE.

A la vista del expediente remitido se puede afirmar que, en términos generales, el procedimiento seguido ha respetado las previsiones normativas de carácter general contenidas en el artículo 53 de la Ley 6/2004, así como las específicas que se determinan en el artículo 21 TRLTPE.

II. El Proyecto consta de una Exposición de Motivos; 1 artículo único dividido en tres apartados mediante los que: a) se modifica la redacción de la Disposición transitoria de la Orden de 17 de mayo de 2007, de la Consejería de Sanidad; b) se modifican algunos de los precios públicos contenidos en el Grupo D del anexo de la citada Orden; y c) se crean nuevos precios públicos que se incluirán en dicho anexo; y una Disposición final que ordena la entrada en vigor el día 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 si-

guiente 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:

— De acuerdo con las Directrices 56 y 57 cuando la disposición modifique una sola norma, contendrá un artículo único titulado. A continuación se insertará el texto marco, indicando las disposiciones que se modifican y el tipo de modificación realizada (adición, nueva redacción, supresión, etc). Si la modificación afecta a varios preceptos de una sola norma, como es el caso que nos ocupa, el artículo único se dividirá en apartados, uno por precepto, en los que se insertará como texto marco únicamente la referencia al precepto que se modifica, sin especificar el título de la norma. Estos apartados se numerarán con cardinales escritos en letra.

A tenor de estas indicaciones se debe:

a) Intitular el artículo único del Proyecto del siguiente modo:

“Artículo único. Modificación de la Orden de 17 de mayo de 2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud, por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados”.

b) Insertar un texto marco del siguiente tenor:

“La Orden de 17 de mayo de 2007, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud, por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados, queda modificada como sigue:”.

c) Los apartados del artículo único se deben numerar con cardinales escritos en letra.

— La Disposición final deben intitularse con la leyenda que corresponda (en este caso, “entrada en vigor”), según se recoge en la regla 38 de las ya mencionadas Directrices de técnica normativa.

TERCERA.- Habilitación legal y competencia.

I. En los Dictámenes 182/2002 (emitido en relación con el Proyecto de Decreto por el que se crean los precios públicos a aplicar por los centros dependientes del Servicio Murciano de Salud a las asistencias prestadas en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago, o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y por el suministro de productos hemoderivados) y 60/2007 (emitido respecto del Proyecto de Orden por el que se aprueban los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios, y por el suministro de productos hemoderivados), ya expuso este Consejo Jurídico los fundamentos legales que servían de soporte a la regulación de estos precios y, no añadiendo ahora nada su reiteración, es procedente hacer remisión expresa a lo dicho en ellos.

II. Es competente la Consejera de Sanidad para, mediante Orden, aprobar la creación, modificación y supresión de los precios públicos, según dispone el artículo 21.1 TRLTPE.

CUARTA.- Análisis jurídico del contenido del Proyecto.

A la vista del contenido del Proyecto, puede afirmarse que, en términos generales, se ajusta a la habilitación legal de la LGS (artículos 16 y 83) y del artículo 21 TRLTPE,

salvo en una de las modificaciones introducidas en la Disposición transitoria de la Orden de 17 de mayo de 2007.

Esta Disposición transitoria, en su redacción actual, establece lo siguiente: “1. En tanto no se culmine el proceso que permita la informatización de todas las recetas expedidas a pacientes cuya asistencia médica es objeto de cobro en virtud del Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, el importe de los costes derivados de receta médica a que se refiere el apartado B, punto 7, del Anexo a esta Orden se concreta en una cantidad a tanto alzado, equivalente al coste medio por consulta en atención primaria. Dicho coste medio será, para cada ejercicio, el resultante de dividir el gasto farmacéutico anual por el total de consultas de medicina de familia y de pediatría.

2. Mediante resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se determinará anualmente el coste medio a que se refiere el apartado anterior, en aplicación de la fórmula contenida en el mismo. Conforme a dicha fórmula, para el año 2007 se fija en el importe de 46,64 euros por asistencia”.

Según el Proyecto de Orden objeto del presente Dictamen el contenido de la citada Disposición transitoria quedaría del siguiente modo:

“1. En tanto no se culmine el proceso que permita la informatización de todas las recetas expedidas a pacientes cuya asistencia médica es objeto de cobro en virtud del Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, el importe de los costes derivados de receta médica a que se refieren los apartados A.4.1.2 y A.4.2.2 del grupo A.4: CONSULTAS DE ASISTENCIA ESPECIALIZADA y el apartado B punto 7 del grupo B: ASISTENCIA PRIMARIA, del Anexo a esta Orden se concreta en una cantidad a tanto alzado equivalente al coste medio por asistencia.

2. Mediante resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se determinará anualmente el coste medio a que se refiere el apartado anterior, que para el año 2008 se ha fijado en 48,85 euros por asistencia que genere receta”.

De la comparación de ambos textos de desprende que las modificaciones que se pretende introducir son dos:

a) La inclusión en el régimen transitorio de las recetas de atención especializada a las que se refieren los apartados A.4.1.2 y A.4.2.2 del Anexo de la Orden de 17 de mayo de 2007, adición que se justifica al folio 41 del expediente y sobre la que nada hay que objetar.

b) La supresión de la fórmula mediante la cual el Director Gerente del SMS habrá de calcular anualmente el coste medio por asistencia, de modo que, según se señala por la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones del SMS, “será en la parte expositiva de la resolución anual del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud donde se determine el módulo fijo que corresponda y donde se especifique la fórmula que generará el coste medio por asistencia”.

Como quiera que el coste medio por asistencia constituye el precio público por la expedición de las recetas que se generen por las asistencias sanitarias que se señalan en el apartado 1 de la Disposición transitoria, la habilitación que se contiene en el apartado 2 de

dicha Disposición a favor del Director Gerente del SMS para que determine anualmente dicho coste, sin fijar previamente la fórmula que ha de seguir para hacerlo, se convierte, en realidad, en una habilitación para establecer el precio público por la expedición de dichas recetas mientras dure el régimen transitorio que se prevé, lo que contraviene el artículo 21.1 TRLTPCE a cuyo tenor la creación, modificación y supresión de los precios públicos se realizará mediante orden del Consejero competente en la materia. Sobre la improcedencia de las habilitaciones para desplegar una actividad complementaria de las previsiones contenidas en una norma que derivaría de la propia norma se ha pronunciado este Consejo en múltiples Dictámenes (por todos, el núm. 65/2005), con base en argumentos que, si bien se refieren a las habilitaciones de este tenor que se contenían en proyectos de Decreto a favor de los Consejeros, son, *mutatis mutandis*, aplicables al supuesto que nos ocupa.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Consejera de Sanidad y Consumo dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto objeto de Dictamen.

SEGUNDA.- Sin perjuicio de lo anterior, debe ser tenida en cuenta la observación que, con carácter esencial, se formula en la Consideración Cuarta relativa a la necesidad de que en la Disposición transitoria de la Orden que se pretende aprobar, figure la fórmula o fórmulas que hayan de servir de base para determinar el coste medio por consulta o asistencia, tanto en atención primaria como en atención especializada.

TERCERA.- El resto de observaciones de ser acogidas mejorarían el texto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 148/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 26/08/09

Extracto de Doctrina

Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 22 de abril de 2004 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, formulada por x., por los daños sufridos en su vehículo matrícula

“—“ a causa del accidente que se produjo a las 8 (en realidad, las 20) horas del día 31 de diciembre de 2003, cuando, acompañado de su hijo, que conducía el vehículo, circulaba por la vía rápida La Manga-Cartagena, a la altura del km. 17,500, dirección La Manga, dentro del término municipal de Cartagena, donde impactó contra un bloque de hormigón existente en el carril izquierdo de la calzada, sin señalizar. Afirma que a las 20,13 horas su hijo llamó al teléfono de la Guardia Civil de Cartagena para que se personase en el lugar y que, tras esperar una hora, decidieron marcharse, dadas las fechas. Añade que el accidente fue denunciado el 20 de enero de 2004 en el cuartel de la Guardia Civil de Cartagena, instruyéndose las diligencias 69/2004 y las diligencias previas n° 513/04 en el Juzgado de Instrucción n° 2 de Cartagena.

Reclama una indemnización de 889,40 euros, según presupuesto que dice acompañar (que no obra en el expediente remitido).

A su escrito une los siguientes documentos:

— Copia simple de la denuncia obrante en las diligencias 69/04, en la que el 20 de enero de 2004 x. expone que sobre las 20 horas del día 31 de enero (sic, debe ser diciembre) de 2003 iba circulando con el vehículo propiedad de su padre x. por la vía rápida de La Manga en dirección a Cartagena y, un poco antes de la Urbanización Playa Honda, por el carril izquierdo el vehículo colisionó contra un objeto que había en la calzada, teniendo que parar el vehículo porque la rueda delantera izquierda reventó, y que cuando consiguió detener y controlar su vehículo se dirigió al punto de colisión, comprobando que el objeto era un bloque de hormigón existente en la calzada, el cual se había desplazado por el golpe al lado izquierdo, a la mediana de la carretera. Manifiesta asimismo que debido a la colisión se produjeron daños consistentes en el reventón de la citada rueda y desperfectos en su llanta, y que cree que deberá alinear la dirección del vehículo. Reitera lo manifestado por su padre sobre la llamada que hizo a la Guardia Civil el día del accidente, que fue atendida por un agente, que le dijo que enviarían una patrulla para comprobar y retirar el obstáculo. También señala que el día anterior (19 de enero de 2004) pasó por el lugar y el bloque de hormigón aún se encontraba en la mediana de la carretera.

— Copia de la diligencia levantada por la Guardia Civil el citado 20 de enero de 2004, en la que se hace constar que en el kilómetro 17,500 de la vía rápida de La Manga, debajo de la valla de la mediana, se halla un trozo grande de un bloque de hormigón, el cual presenta daños. También informan que en el maletero del vehículo del denunciante observan una rueda dañada, en la que se aprecia un reventón en la cubierta, con una raja en su parte interna y daños en la llanta, con rayaduras en todo su contorno.

— Copia del informe pericial judicial de 15 de marzo de 2004, emitido en las diligencias previas n° 513/2004, seguidas en el Juzgado de Instrucción n° 2 de Cartagena, en donde se examina un presupuesto de fecha 5 de marzo de 2004, correspondiente a la reparación del vehículo matrícula ”—“, y se indica que en el mismo no se aprecian errores en cuanto a los valores aplicados conforme al manual de taller.

— Factura de “*Movistar plus*”, de febrero de 2004, a nombre del hijo del reclamante, en el que consta una llamada realizada el 31 de diciembre de 2003 al número de teléfono indicado por el reclamante como perteneciente al cuartel de la Guardia Civil de Cartagena.

SEGUNDO.- Mediante oficios de 17 de mayo de 2004, la instrucción requiere al reclamante para que presente diversa documentación; a la Guardia Civil de Cartagena y al Juzgado de Instrucción n° 2 de Cartagena para que remitan copia de las correspondientes

diligencias, y a la Dirección General de Carreteras, Parque de Maquinaria incluido, para que emitan informe.

TERCERO.- Con fecha de 27 de mayo de 2004 tiene entrada en la Consejería el escrito del interesado de mejora o subsanación de la reclamación planteada, aportando, entre otros documentos, copia de un presupuesto de reparación de 5 de marzo de 2004, por importe de 889,40 euros, por los conceptos de llanta, cubierta de rueda, brazo, rótula, bieleta y alineado de dirección.

CUARTO.- Mediante oficio de 21 de mayo de 2004, la Guardia Civil, Comandancia de Murcia, Puesto de Cartagena, remite la documentación solicitada, informando que uno de los agentes que estaba de guardia el día de los hechos manifiesta que recibió la referida llamada telefónica y pasó la novedad a la Central Operativa de Servicios de la 5ª Zona de la Guardia Civil de Murcia para que mandasen una patrulla al lugar.

QUINTO.- Con fecha 8 de junio de 2004 se reciben las diligencias reclamadas del Juzgado de instrucción nº 2 de Cartagena.

SEXTO.- El 11 de junio de 2004 emite informe la Dirección General de Carreteras, en el que manifiesta lo siguiente:

— El tramo de carretera donde ocurrieron los hechos es competencia de esta Comunidad Autónoma.

— Sólo se ha tenido conocimiento del evento lesivo a través de la reclamación patrimonial.

— No se tiene conocimiento en este Servicio de la posible existencia de un bloque de hormigón en la carretera MU 312 ni se comunicó en su día por la Guardia Civil de Tráfico para ser retirado con los medios disponibles de esta Dirección General. Una posible procedencia del mismo puede ser que se cayera de un camión de transporte de materiales sin ser advertido por su conductor.

— La posible existencia de un bloque de hormigón en la calzada supone una actuación inadecuada de un tercero.

— No existe relación causa-efecto dado que las condiciones de la carretera no han influido en la causa del accidente.

— No existe iluminación ni señalización en la carretera para el suceso que ocasionó el posible accidente, dado que el supuesto bloque de hormigón no es un elemento funcional de la carretera ni es un obstáculo permanente.

— El cuartel de la Guardia Civil de Cabo de Palos está situado aproximadamente a 1 km. del lugar del accidente.

SÉPTIMO.- Con fecha 15 de junio de 2004 se recibe informe del Parque de Maquinaria, en el que se plantean reparos sobre determinadas partidas contenidas en el presupuesto aportado por el reclamante, sugiriendo que, entre otros extremos, se determinase la clase de rueda y llanta dañadas por el accidente.

OCTAVO.- Solicitado nuevo informe a la Guardia Civil sobre las actuaciones que pudieron llevarse a cabo tras la comunicación de los hechos por el agente del Puesto de Cartagena, el 17 de noviembre de 2004 se emite informe procedente del Puesto de Cabo de Palos, en el que se señala que en dicha unidad no existe constancia de la existencia de

un bloque de hormigón causante del accidente que tuvo lugar el día 31 de diciembre de 2003 y que, consultados los datos obrantes en las órdenes de servicio de las patrullas de servicio, no consta la asistencia a ningún accidente producido en el que resultara implicado el vehículo de referencia.

NOVENO.- Con fecha 11 de mayo de 2007 se practica prueba testifical respecto de uno de los dos testigos señalados por el reclamante.

DÉCIMO.- Con fecha 27 de junio de 2007 se requiere al reclamante para que acredite determinadas partidas relativas a los daños reclamados, obrantes en el presupuesto aportado al efecto.

UNDÉCIMO.- Con fecha 10 de noviembre de 2008 se acuerda un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente.

DUODÉCIMO.- El 19 de febrero de 2009 el reclamante presenta escrito en el que se ratifica en las partidas reclamadas, remitiéndose a lo que manifestó la Guardia Civil en su diligencia de inspección ocular.

DECIMOTERCERO.- El 18 de marzo de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la existencia de un bloque de hormigón en la carretera no determina "*per se*" la responsabilidad de la Administración, ya que a ésta le es imposible llevar a cabo un control permanente de las vías públicas y evitar así la presencia de obstáculos, sin que en el caso se hubiera probado que el referido bloque permaneciera en la carretera un tiempo excesivo. Propuesta de resolución que, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación y plazo de la reclamación.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto titular del vehículo por el que se reclama indemnización, según consta en el permiso de circulación aportado.

Los daños se imputan a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que aquélla está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), si se parte de

la alegada fecha de ocurrencia del accidente y de la de la presentación de la reclamación, según se desprende de los Antecedentes.

TERCERA.- Procedimiento.

I. En primer lugar, se advierte que no se llegó a practicar la prueba testifical, solicitada por el reclamante y admitida por la instrucción, en la persona de x. No obstante, dado que, a la vista de los hechos que se reflejan en el expediente (resumidos en los Antecedentes de este Dictamen), la propuesta de instrucción considera, acertadamente, tener por acreditada la realidad del accidente, puede prescindirse de la práctica de dicha prueba.

II. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado o, al menos, señalizado, el obstáculo que existía en la carretera a que se refiere la reclamación, porque a dicha Administración corresponde el deber de su mantenimiento y vigilancia; por tanto, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera una deficiencia viaria. La propuesta de resolución, por el contrario, viene a considerar que no puede declararse la responsabilidad patrimonial porque no se ha acreditado que el referido bloque de hormigón permaneciese en la calzada un tiempo tan excesivo como para considerar que hubo un anormal funcionamiento del deber de vigilancia de la carretera.

El supuesto planteado es análogo al que fue objeto de nuestro Dictamen 94/08, de 14 de mayo (presencia en la carretera de calzos para la sujeción de los vehículos, causantes de un accidente), en el que en el expediente no se había realizado ninguna actividad instructora tendente a determinar la frecuencia del servicio de vigilancia de carreteras en la zona en cuestión, concluyendo entonces que, en virtud del principio de mayor facilidad probatoria, correspondía a la Administración aportar los datos necesarios para evaluar el estándar de eficacia de dicho servicio de vigilancia, considerando, entre otros aspectos, que el deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada sea libre o expédito.

En el presente supuesto, como en aquél, el reclamante, al imputar los daños a la existencia de un obstáculo en la carretera, está cuestionando el rendimiento del citado servicio, pesando en principio sobre el mismo la carga de la prueba (artículo 217 LEC), “*si bien esta regla puede alterarse, según los casos, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad probatoria para una de las partes. Así, al centro directivo competente de la Administración le es fácil demostrar con qué medios materiales y personales dispone para la conservación y vigilancia de la vía (retirada de obstáculos), a través de los correspondientes partes de salidas, si se dispusieran pese al*

tiempo transcurrido o, en todo caso, puede facilitar la información sobre la periodicidad de las visitas de los servicios encargados en el tramo donde se produjo el accidente, previo al mismo”.

En consecuencia, tal y como se dijo en el citado Dictamen, igualmente en el presente caso “*el Consejo Jurídico considera que para poder determinar la exclusión en parte o totalmente de la imputación de la responsabilidad de la Administración regional, como consecuencia de la existencia de los citados obstáculos en la calzada, ha de ser completada la instrucción en el sentido indicado. Tras recabar el órgano instructor el correspondiente informe al centro directivo, y otorgar un trámite de audiencia a los interesados si se aportaran nuevos datos, habrá de elevarse al Consejo Jurídico la nueva propuesta de resolución, que habrá de pronunciarse también sobre la cuantía indemnizatoria reclamada, al objeto de proceder a dictaminar el fondo de la cuestión planteada*”.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- *Procede retrotraer las actuaciones y completar la instrucción del procedimiento en los términos indicados en la Consideración Tercera, remitiendo finalmente las actuaciones y la nueva propuesta de resolución a este Consejo Jurídico para la emisión de nuevo Dictamen.*

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 149/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 26/08/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.

DICTAMEN 150/09.- Responsabilidad patrimonial interpuesta por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 26/08/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 12.

DICTAMEN 151/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 31/08/09

Extracto de Doctrina

Como señalamos, entre otros, en el Dictamen 26/08, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha manifestado que es a la Administración a la que corresponde probar la existencia de información y que no basta la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999). Sin embargo, en otras sentencias posteriores ha venido a declarar que “es cierto que la fórmula que figura en el impreso —“una vez informado de los métodos, etc.”— es genérica, pero el contenido específico a que se refiere —su concreción en el caso de que se trata— ha sido implícitamente asumido por el paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante. No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica —para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente— sobre los servicios sanitarios. Es el paciente —o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye— quien puede y debe solicitar —si lo considera necesario— que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito” (STS 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que se le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 28 y 50/06 y el 26/08, antes citado, si bien con la matización de que la historia

clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialógica entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/06, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendía que tal información se hubiese facilitado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 10 de junio de 2005, x. otros presentaron reclamación de responsabilidad dirigida a la Administración regional por los daños causados por el fallecimiento de x. padre y esposo de los reclamantes. En síntesis, señalan que éste ingresó el 8 de mayo de 1997 en el Hospital “Virgen de la Arrixaca” para ser intervenido de un adenoma de próstata. La intervención prevista inicialmente para el día siguiente fue suspendida a instancia de los anestelistas, al objeto de proceder a una nueva valoración cardiológica, dado que el paciente era cardiópata y las pruebas previas de esfuerzo le habían sido realizadas seis meses antes, requiriendo aquéllos que dichas pruebas le fueran nuevamente practicadas de forma anterior e inmediata a dicha intervención. Tras la realización de las pruebas, favorables a la intervención, el 14 de mayo de 1997 fue intervenido, practicándosele una adenomectomía prostática retropúbica mediante la trigonización del cuello, también conocida como “*técnica de Millin*”. Durante el curso de esta intervención se produjo un desgarro de la cápsula prostática, que, suturado, se cierra tras incidir en herida quirúrgica para drenaje. Al paciente se le colocó una sonda vesical para permitir la salida de líquido de la vejiga y eliminar los coágulos de sangre que se producen por la intervención y que, de no eliminarse, pueden producir fístulas en el conducto urinario. Señala que en los protocolos médicos se indica que la sonda debe dejarse durante unos siete días, pero, sin embargo, el día 16 de mayo, esto es, 48 horas después de la intervención, una ATS la retiró incomprensiblemente, sin que conste indicación médica ni razón para ello. Tras la intempestiva retirada de la sonda vesical, el paciente sufre un episodio de anuria con malestar general, al tener necesidad de orinar y no poder hacerlo, por lo que ese mismo día se procede a la reimplantación de la sonda; pese a mejorar su estado, ante las cifras de hematocrito y hemoglobina se le realiza una transfusión de sangre. Retirada la sonda el día 21 de mayo, al día siguiente se advierte una abundante salida de líquido serohemático por la herida quirúrgica, y hematuria, reponiéndosele la sonda, no obstante lo cual seguía saliendo líquido por la herida quirúrgica; el día 24 de mayo se recolocó la sonda por existir dudas de que estuviese correctamente colocada en la vejiga, si bien seguía manando líquido por la herida. El 28 de mayo se realizó una cistografía que confirmó la existencia de una fístula urinaria, por lo que el 30 de mayo tuvo que ser reintervenido (fistulorrafía), comprobándose que existía un hematoma laterovesical derecho, con fístula prostatocutánea por desgarro de la sutura de la cápsula prostática y que la sonda aparecía en situación paravesical por salida a través de falsa vía uretral. Se le practicó entonces un nuevo sondaje, a pesar de lo cual a partir del 2 de junio siguiente se reanudó la salida de líquido por la herida quirúrgica, a la vez que por la sonda (un 50% de líquido por cada vía). El 10 de junio se le practica nuevo sondaje, esta vez en quirófano bajo sedación.

Transcurridos unos días, y en vista de que el cierre de la fístula no se producía, el 25 de junio, previa valoración cardiológica en la que no se aprecian cambios significativos en el paciente, se practica nueva fistulorrafía, apreciándose un orificio fistuloso en el extremo

derecho de la incisión sobre la cápsula prostática y cuello. Esta vez se deja doble drenaje de vejiga, intervención que dura 3 horas y 15 minutos. Cuando el paciente pasa a reanimación, sufre un shock cardiogénico y edema agudo de pulmón; trasladado a UCI, fallece el día 27 de junio de 1997.

En la reclamación se viene a afirmar que este fatal desenlace vino provocado por la intempestiva retirada del primer sondaje y los incorrectos sondajes posteriores, que provocaron la fístula por la que tuvo que ser reintervenido por dos veces más.

Asimismo, alega deficiencias en el preceptivo consentimiento informado que debía obtenerse del paciente, pues en el documento firmado al efecto el 9 de mayo de 1997 para la primera intervención, obrante en la historia clínica, no se consignó la existencia de riesgos personalizados del paciente, aunque en las actuaciones judiciales penales que se siguieron por los hechos (a las que seguidamente se aludirá), el hospital remitió un segundo documento de consentimiento, de la misma fecha, también firmado por el paciente, en el que sí se hacían constar unos riesgos personalizados, que concuerdan con los que, a la postre, se materializaron con el fallecimiento del paciente. Además, alega que en el documento de consentimiento para la intervención del 30 de mayo de 1997 tampoco se consignaron riesgos personalizados, y que no consta consentimiento para la intervención del 25 de junio de ese año.

Señalan también que, por la asistencia sanitaria en cuestión, interpusieron denuncia que se tramitó en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Murcia mediante Diligencias Previas nº 3252/1997, del que derivó procedimiento de juicio de faltas nº 745/2003, que concluiría por sentencia de 2 de febrero de 2004, en la que se absolvió a los profesionales sanitarios imputados. Frente a esta sentencia se interpuso recurso de apelación, que sería resuelto, confirmando la anterior, por la Audiencia Provincial en sentencia de 5 de julio de 2004.

Finaliza la reclamación expresando que, para el resarcimiento de los daños morales inherentes al fallecimiento de su padre y esposo, procede reconocerles una indemnización de 200.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la reclamación.

Adjuntan a su escrito de reclamación diversos documentos de la historia clínica del paciente y de las referidas actuaciones judiciales, fotocopia del Libro de Familia y de diversas noticias de prensa sobre el fallecimiento del paciente.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de junio de 2005, la Directora Gerente del Servicio Murcia-no de Salud dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, lo que fue notificado a las partes interesadas. Asimismo, se solicitó al Hospital “*Virgen de la Arrixaca*” copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente.

TERCERO.- Mediante oficio de 31 de octubre de 2005, el Director Gerente del citado hospital remite la historia clínica y diversos informes, de lo que se destaca lo siguiente:

— Informe de 24 de noviembre de 1997, en el que el doctor x., anestesista que asistió en la intervención del 25 de junio de 1997, expone que para dicha intervención el paciente llevaba “*historia clínica, estudio radiológico, analítica, informe preanestésico, hoja de consentimiento informado y es conocedor del riesgo anestésico-quirúrgico*” (folio 84 exp.).

— Informe de 28 de octubre de 2005, del doctor x., Jefe del Servicio de Urología, en el que se exponen y se analizan muy extensa y detalladamente los antecedentes del paciente

y las vicisitudes acaecidas tras la intervención de adenoma de próstata; informe del que se extrae lo siguiente:

“Paciente asistido por primera vez en la consulta externa de Urología del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca en abril de 1994, por presentar un síndrome miccional, tras su estudio se diagnosticó de adenoma prostático, se instauró un tratamiento médico y fue controlado periódicamente de la evolución del cuadro que presenta de dificultad miccional; ante el progresivo incremento de sus molestias con el tiempo, se solicita el 23 de julio de 1996 una valoración por el servicio de preanestesia y un informe del riesgo quirúrgico que tiene para someterlo a una operación de extirpación de su hipertrofia prostática.

Ante el informe favorable para ser operado, tras ser estudiado por el cardiólogo y el neumólogo, emitido por el servicio de anestesia con la salvedad de dejar a juicio del anestesiólogo la decisión final en el momento de la intervención, se da orden de ingreso para realizar una adenomectomía prostática el 29 de noviembre de 1996, sin carácter de urgencia, ya que su proceso no lo requería.

Programado para la operación el día 9 de mayo de 1997, el anestesista, al repasar su historial médico en el antequirófono, considera conveniente, pese a que los estudios realizados el día previo de radiografía de tórax, electrocardiograma y analítica sanguínea son normales, para una mayor garantía para el enfermo, realizar una nueva revisión cardiológica, lo que se efectúa el 12 de mayo, sin que el cardiólogo encuentre ninguna contraindicación para la intervención.

El 14 de mayo de 1997 se lleva a cabo la operación de adenomectomía prostática por vía retropúbica, según técnica de Millin, mediante la cual, y dado que la próstata tiene una gran vascularización, se efectúa una hemostasia previa con la ligadura de los pedículos vasculares que la irrigan por transfixión, con objeto de disminuir la pérdida hemática; pese a ello, como una vez extraído el adenoma, la cavidad resultante presenta una superficie cruenta, mayor o menor dependiente del volumen prostático extirpado, se produce siempre una pérdida sanguínea de los pequeños vasos, imposibles de hemostasiar, sin que se llegasen a efectuar manipulaciones quirúrgicas de la zona que traumatizan la vía urinaria, como se afirma en el escrito de la reclamación. Se deja, procedimiento normal en esta intervención, a través de la uretra, una sonda vesical de tres vías para mantener un lavado continuo con suero fisiológico y, de este modo, arrastrar y lavar, en lo posible, esta sangre e impedir la formación de coágulos, aunque no siempre se logra y se llegan a formar coágulos que pueden llegar a obstruir la sonda y ser preciso su recambio.

La sutura para el cierre de la cápsula prostática, abierta para extraer el adenoma, debe quedar estanca, lo cual se comprueba al introducir suero por la sonda uretral y verificar que el hermetismo es completo; el que pueda desgarrarse la cápsula en esta maniobra nos indica un cierto grado de fragilidad en la consistencia del tejido que, en este caso, al quedar correctamente cerrado por una cuidadosa sutura, no se le dio trascendencia. (...)

El hecho que se retirara la sonda el día 16 de mayo, consideramos que no tuvo relación en la cicatrización de la sutura de la cápsula, ya que se repuso sin dificultad alguna sin que hubiese maniobra incorrecta o forzada, ni manipulación, salvo la necesaria de introducir suero a través de ella para comprobar la correcta función de la sonda repuesta, en ningún momento hubo extravasado de orina por la herida, es más, presentó un cuadro de retención en el intervalo de tiempo que transcurrió hasta su reposición, lo que nos informa con mayor garantía de que el cierre de la cápsula prostática era total y completo. El personal

de enfermería en Urología tiene como misión controlar y comprobar la permeabilidad y buen drenaje de la sonda para evacuar correctamente la orina, proceder a su lavado, si lo considera preciso, y está perfectamente capacitado para, si observa alguna anomalía en el normal funcionamiento, proceder a su retirada y sustitución sin que sea necesario ni obligatorio avisar al médico, por lo que en ningún momento los miembros del Servicio de Urología que atendían al paciente le dieron trascendencia alguna a un asunto que se ha dimensionado y al que se ha querido dar una importancia que apreciamos no tiene y relacionarlo con la producción posterior de la fístula urinaria sin que consideremos que tenga una clara justificación médica.

La labilidad cardíaca del paciente y el bajo hematocrito secundario a las pérdidas propias de esta operación, unidos a los esfuerzos que realizó para orinar fueron los responsables del cuadro vagal y de hipotensión que presentó, como así fue definido por el cardiólogo que lo atendió de urgencia sin que se produjeran cambios en el electrocardiograma practicado, situación de la que (se) repuso tras normalizar sus constantes analíticas y reponer la sonda uretral; no obstante al enfermo se le mantuvo con un control diario por el cardiólogo el resto de su estancia hospitalaria. (...)

Denominamos una 'caída de escara', esto es, del trombo formado tras la coagulación, ligadura o cierres hemostático de los vasos sanguíneos efectuado en la operación, (que) se desprende y deja libre la salida de sangre; puede producirse tanto espontáneamente como al efectuar lavados, movilización o retirada de la sonda, con ello se arrastra el tapón que obtura la boca del vaso sin que se pueda prever que vaya a ocurrir, ni impedir que se produzca y generalmente ocurre varios días después de haber llevado a cabo la operación.

Es normal que esta pérdida hemática, como se ha indicado, ocasione la formación de grandes coágulos que pueden llegar a ocasionar una elevación o desviación del cuello vesical que dificulta su apertura en la micción e impide un vaciamiento vesical completo, como ocurrió en este caso según nuestro criterio como especialistas, lo que fue comprobado, tras la intervención quirúrgica posterior, al encontrar un gran coágulo lateral al cuello de la vejiga que, a su vez, fue la causa de impedir la correcta colocación de la sonda debido a una desestructuración de la línea de unión entre uretra y cuello vesical. (...)

El proceso evolutivo normal de una fístula urinaria es el de cierre espontáneo con un buen drenaje urinario tras un periodo variable de tiempo, no es frecuente tener que recurrir a la reintervención quirúrgica como en esta ocasión fue preciso realizar debido a la extrema dificultad que supuso el cateterismo uretral. (...)

Pese a todos los cuidados médicos y de enfermería, puestos todos los medios a nuestro alcance para facilitar la completa recogida de orina, incluida una revisión endoscópica en quirófano de la situación de la sonda y de la sutura de la cápsula, además de la localización de orificio de pérdida, el 6 de junio no se consigue la oclusión del orificio fistuloso. Como último recurso se indica realizar un nuevo cierre quirúrgico con refuerzo de la sutura, derivación urinaria suprapúbica además de uretral, para facilitar al máximo la salida de orina y evitar hiperpresiones que puedan forzar nuevamente la formación de fístula, se lleva a cabo el 25 de junio, previa valoración anestésica; el paciente al finalizar pasa a reanimación posquirúrgica donde sufre un shock cardiogénico y un edema agudo de pulmón, es trasladado a la UCI sin que se logre superar esta situación y fallece el día 27 de junio de 1997 (...).

Y finalmente, que es vergonzante que una familia, de un alto nivel cultural, a la que en todo momento los urólogos que le atendían les tenían informados puntualmente de su estado, así como de todas las vicisitudes que ocurrieron en la evolución del enfermo, de los riesgos que presentaba, de las opciones de tratamiento y de las actuaciones médico-quirúrgicas propuestas, las cuales entendían y dieron su consentimiento para que se llevaran a cabo todas ellas, plenamente conscientes de lo que se les explicaba, de los riesgos que tenía y de los que se podían presentar, así como de la posibilidad de muerte dada la situación general del enfermo, nos tachen de mal praxis.”

CUARTO.- Solicitada al Juzgado de Instrucción nº 3 de Murcia copia testimoniada de las Diligencias Previas nº 3252/97 y posterior Juicio de faltas nº 745/03, fue remitido mediante oficio de 9 de febrero de 2006. Dicho juicio fue resuelto mediante sentencia de 2 de febrero de 2004, en la que se absuelve a los profesionales sanitarios imputados de una falta de muerte por imprudencia leve (de posterior referencia). Consta también en dicha documentación que, apelada la sentencia, fue confirmada por la de 5 de julio de 2004, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, con argumentos similares a los de la apelada.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica del Servicio Murciano de Salud, fue emitido el 14 de noviembre de 2008, concluyendo lo siguiente:

— X.l fue sometido a adenomectomía retropúbica tras la cual apareció una fístula urinaria que precisó dos nuevas intervenciones quirúrgicas para su resolución. Al final de la última de estas intervenciones presentó un shock cardiogénico que originó su fallecimiento.

— Solo se puede imputar a la retirada de la sonda vesical el segundo día del postoperatorio la necesidad de reponerla ese mismo día.

— La fístula prostatico-cutánea se originó por la dehiscencia de la sutura de la cápsula prostática, siendo una complicación típica de este tipo de operaciones.

— El estudio pre-anestésico fue exhaustivo en función de los antecedentes cardiológicos del paciente.

— Los documentos de consentimiento informado eran correctos de acuerdo a la normativa vigente en el momento de los hechos.

— El paciente y sus familiares eran conocedores del riesgo quirúrgico a tenor del estudio preanestésico ampliado y de los diversos consentimientos informados existentes.”

SEXTO.- Obra en el expediente un dictamen médico de 24 de enero de 2009, aportado por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, que concluye lo siguiente:

“1. Al paciente se le realizó una adenomectomía retropúbica para el tratamiento de su patología prostática benigna. Previamente se le había realizado un estudio preoperatorio con valoración cardiológica en dos ocasiones, adecuado a su patología cardíaca previa.

2. El único incidente que se reseña en el acto quirúrgico es el desgarro de la cápsula prostática al cerrarla (incidente frecuente), que se solucionó con una nueva sutura y la comprobación de la estanqueidad de la misma.

3. La sonda vesical se retiró a las 48 horas. El paciente presentó una retención aguda de orina por coágulos con síndrome vaso-vagal, que precisó de nuevo sondaje y lavados vesicales el mismo día.

4. *La evolución posterior fue satisfactoria, retirándose la sonda al 7º día de la cirugía. Presentó de forma inmediata salida de líquido serohemático por la herida quirúrgica. Ante la sospecha de fístula se colocó ese mismo día una sonda vesical.*

5. *Ante la persistencia de la fístula se realizó cistografía que confirmó la existencia de la misma, por lo que se decidió su reparación quirúrgica.*

6. *En la intervención quirúrgica se observó además de la dehiscencia de sutura la situación paravesical de la sonda. Se recolocó la sonda y se reparó la cápsula prostática.*

7. *Ante la persistencia de la fístula se realizó recolocación endoscópica de la sonda vesical.*

8. *A pesar de ello persistía la fístula vesico-cutánea, por lo que el 25-6-97 fue intervenido de nuevo. Al final de la intervención el paciente presentó un shock cardiogénico con edema agudo de pulmón ingresando en la UCI, falleciendo al día siguiente.*

9. *La retirada precoz de la sonda vesical no influyó en la aparición de la fístula prostato-cutánea, ya que la salida de orina no se produjo hasta la retirada al 7º día.*

10. *La fístula prostato-cutánea después de cirugía prostática retropúbica (técnica de Millin) está descrita en la literatura, pero es una complicación infrecuente.*

11. *La fístula prostato-cutánea fue la causante de varias intervenciones destinadas a su corrección, pero no fue la causa del exitus. El exitus fue debido a un shock cardiogénico.”*

SÉPTIMO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia a las partes, los reclamantes presentan alegaciones, en las que dan por reproducidas las consideraciones contenidas en su escrito inicial, insistiendo en que la retirada de la sonda a los dos días de la primera intervención fue intempestiva, inexplicable e inexplicada, siendo causa del mal causado, pues evitó que la herida interna cicatrizase adecuadamente, al no evacuar el líquido, así como que el nuevo sondaje es el que da lugar a una dehiscencia de la sutura, un hematoma y la fístula, origen de las complicaciones postoperatorias, con dos intervenciones más, y que tras la tercera, consecuencia del ineficaz tratamiento, en un contexto de estrés excesivo para el corazón de cualquier paciente y más para éste, cardiópata, se produce su muerte por infarto.

Asimismo, reiteran las irregularidades expresadas en su escrito inicial en relación con los documentos sobre consentimiento informado para las tres intervenciones quirúrgicas realizadas al paciente.

OCTAVO.- El 25 de marzo de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no se ha acreditado la existencia de una mala praxis médica en la asistencia dispensada al paciente, de conformidad con lo expresado en las sentencias recaídas sobre el particular y en el informe de la Inspección Médica. Propuesta de resolución que, remitida a este Consejo Jurídico, junto con el expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituyen el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, en supuestos como el presente en que se reclama por el daño moral inherente al fallecimiento de una persona, la jurisprudencia reconoce legitimación activa, en principio, al cónyuge e hijos, como sucede en el caso que nos ocupa, sin que en el caso conste ninguna circunstancia que justifique variar tal conclusión.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, una vez operado el correspondiente traspaso de competencias del INSALUD a la Administración regional.

II. En cuanto al plazo de un año, previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), para interponer la acción de reclamación, no existe reparo alguno, vistas las fechas de la producción del daño, el fallecimiento del paciente, y la presentación del escrito de reclamación, considerando a estos efectos la interrupción del citado plazo a virtud de la sustanciación de las actuaciones penales de referencia.

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

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del médico ha de regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*”.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*”.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Inexistencia.

I. Aplicado todo lo anterior al caso que nos ocupa, resulta claro que no pueden aceptarse las imputaciones de mala praxis médica contenidas en los escritos de los reclamantes, que insisten en lo alegado en el proceso penal. Esas imputaciones fueron ya analizadas en los procedimientos seguidos en su día en dicho orden jurisdiccional y que culminó con las sentencias reseñadas en los Antecedentes, siendo especialmente de destacar, a los efectos que ahora interesan, lo expresado en la del Juzgado de Instrucción nº 3 de Murcia, de 2 de febrero de 2004, absolutoria de los denunciados, previo análisis de los informes periciales emitidos en el procedimiento penal, sobre la inexistencia de mala praxis en lo concerniente a los sondajes realizados y al desgarramiento de la cápsula prostática, en cuanto posibles causas de la fístula o fistulas advertidas en el paciente, y la consiguiente necesidad de realizarle otras dos intervenciones quirúrgicas para corregirlas, puestas estas actuaciones en relación con la cardiopatía previa del paciente.

A este respecto, dicha sentencia, entre otras consideraciones, expresa que *“de acuerdo con los hechos declarados probados y el lamentable devenir del paciente desde que fue intervenido el día 14 de mayo, no ha quedado acreditado que esa retirada precoz de la sonda vesical fuera la causa del fallecimiento de x. 44 días después de su ingreso. Con los*

antecedentes del paciente de cardiopatía, que motivaron incluso la suspensión de la primera operación, fue sometido en ese período de 44 días a tres intervenciones quirúrgicas, la última de las cuales con una duración de 3 horas y 15 minutos, sin que su corazón pudiera soportarlo. La causa de la segunda y tercera intervención fue la aparición de una o varias fístulas urinarias en cuyo origen podría encontrarse, desde el punto de vista meramente ontológico, la causa indirecta de la muerte del paciente. Hemos de partir como premisa de tres importantes circunstancias fácticas no cuestionadas en juicio: a) la cardiopatía crónica previa que padecía x.; b) que la aparición de fístulas es una complicación relativamente importante en esta clase de intervenciones (alrededor de un 5% en el Hospital Virgen de la Arrixaca, según el Dr. x.); y c) que la retirada en sí misma de la sonda no es una operación que provoque desgarro en los tejidos. El origen de los orificios fistulosos podría ser el desgarro de la cápsula prostática ocurrido en la primera intervención de 14 de mayo de 1997 y lo que la retirada de la sonda pudo producir fue una sobrepresión de la orina sobre el conducto urinario provocando en zonas débiles aún no cicatrizadas la aparición de la fístula. Pero también podría haber sido ocasionada la fístula en el sondaje posterior del paciente la tarde del día 16 de mayo o, incluso, en las manipulaciones de la sonda efectuadas posteriormente los días 21, 22 y 24 de mayo. (...)

En cualquier caso, a las dudas sobre la conexidad meramente ontológica entre la acción y el resultado, notoriamente más debilitada aún si la fístula, causa indirecta del fallecimiento, se hubiera producido en el sondaje, deben añadirse las del plano normativo. La imputación objetiva, que actúa como correctivo de las teorías naturalistas de la causalidad, toma en cuenta el riesgo creado (el peligro jurídicamente desaprobado) y el fin de protección de la norma. Un nexo causal sólo será típico cuando el resultado sea la realización de un riesgo o peligro desaprobado para la acción. Bajo este prisma, el problema creado por la retirada prematura de la sonda vesical no era grave ni insoluble. Se habría resuelto si no se hubiera producido el desgarro en la reimplantación de la sonda, de admitir la segunda de las causas hipotéticas aludidas, o si la fistulorrafia practicada el día 30 de mayo hubiera tenido éxito. Como afirma el Dr. x. en su informe, respecto a la primera, el posible desgarro al reimplantar la sonda es una complicación inherente a esta clase de técnicas (folio 95), y respecto a la segunda, que estas complicaciones eran susceptibles de solución poniendo los medios adecuados pero la Medicina no puede garantizar resultados (folio 94).”

De este modo, a la vista de las imputaciones de mala praxis efectuadas por los reclamantes y de lo declarado por la referida sentencia, en el presente caso no hubiera resultado necesaria una mayor instrucción sobre esta cuestión, no obstante lo cual, como se reseñó en los Antecedentes, el informe de la Inspección Médica abunda en la conclusión de dicha sentencia, en el sentido de no apreciar la existencia de una mala praxis médica en lo concerniente a los sondajes realizados o a las diversas intervenciones quirúrgicas efectuadas, sino que las vicisitudes acaecidas en el proceso asistencial al paciente fueron complicaciones propias de esta clase de intervenciones, que intentaron resolverse en cada momento de modo adecuado. Añade, además, entre otros aspectos, que su fallecimiento se debió a una insuficiencia cardíaca grave, dados los factores de riesgo cardiovascular previos, a pesar de los estudios realizados previamente a su primera intervención y al constante control cardiológico seguido al paciente durante su hospitalización. Dicha insuficiencia, acaecida inmediatamente después de la tercera intervención, le produjo una hipoxia irreversible en el cerebro, que determinó su muerte (es decir, que el paciente no falleció de un infarto, como afirman los reclamantes).

II. Por lo que se refiere a los defectos en el consentimiento del paciente para la realización de las tres intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido, los reclamantes alegan, respecto de las dos primeras, determinadas omisiones en los documentos para la administración de anestesia extendidos al efecto, en concreto, la ausencia de especificación de riesgos personalizados del paciente, tanto en el primer documento de consentimiento, de 9 de mayo de 1997, obrante en la historia clínica (pues un segundo documento extendido con la misma fecha fue completado a posteriori, por lo que no puede considerarse eficaz a estos efectos), como en el documento de consentimiento de 30 de mayo de 1997, suscrito para la segunda intervención. Por otro lado, y en relación con la tercera intervención, alegan la inexistencia de documento de consentimiento alguno (a pesar de que en el informe de 24 de noviembre de 2007, reseñado en el Antecedente Tercero, se alude a su existencia y a que en la hoja de enfermería del día anterior a dicha operación se consigna que tiene hechos los trámites preoperatorios, folio 130 exp.).

En primer lugar, resulta significativo advertir que el escrito final de alegaciones, sin negar lo que informó la Inspección Médica al respecto, ni lo expresado por los facultativos que declararon en el proceso penal sobre estos extremos (que seguidamente se expondrá), se refiere exclusivamente a las reseñadas deficiencias de los documentos de consentimiento, es decir, que se imputan irregularidades de orden exclusivamente formal sobre dichos documentos, pero no hay verdaderos reparos atinentes a la realidad de la información que fue suministrada al paciente.

Como señalamos, entre otros, en el Dictamen 26/08, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha manifestado que es a la Administración a la que corresponde probar la existencia de información y que no basta la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999). Sin embargo, en otras sentencias posteriores ha venido a declarar que *“es cierto que la fórmula que figura en el impreso —“una vez informado de los métodos, etc.”— es genérica, pero el contenido específico a que se refiere —su concreción en el caso de que se trata— ha sido implícitamente asumido por el paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante. No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica —para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente— sobre los servicios sanitarios. Es el paciente —o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye— quien puede y debe solicitar —si lo considera necesario— que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito”* (STS 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que se le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 28 y 50/06 y el 26/08, antes citado, si bien con la matización de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o

tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/06, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendería que tal información se hubiese facilitado.

A este respecto, y por lo que atañe al caso que nos ocupa, debe decirse que, aun siendo ciertos los hechos alegados por los reclamantes en este punto, de la documentación obrante en el expediente se desprende la existencia de circunstancias indicativas de que el paciente estaba suficientemente informado de los riesgos que las intervenciones podían suponer dados sus antecedentes cardiológicos.

En este sentido, debe reproducirse en primer lugar lo expresado en el informe de la Inspección Médica:

“Dadas las características del estudio anestésico preoperatorio no podemos admitir que el paciente o sus familiares no conocieran el especial riesgo quirúrgico al que se sometía. Por el antecedente de cardiopatía isquémica, la valoración preanestésica no se limitó al estudio preoperatorio habitual, sino que en función de los riesgos encontrados se pidió estudio cardiológico antes de establecer el riesgo quirúrgico. Tras la valoración con prueba de esfuerzo, Cardiología no encuentra contraindicación absoluta para la intervención, siendo finalmente aceptado, con una valoración en la escala ASA de III y la anotación de: ‘la última decisión en manos del anestesista’ que tuviera que realizar la técnica. Así, el día de la intervención el anestesista decide suspender la misma para que se realice una nueva valoración cardiológica. En ésta no se encuentran cambios respecto a la previa, procediéndose a programar la intervención unos días después. Por tanto, la valoración preanestésica del paciente fue exhaustiva en atención a sus antecedentes, que le daban un alto riesgo quirúrgico. Entendemos que el paciente, y sus familiares, no eran ajenos o desconocedores de este alto riesgo, en base a este estudio preanestésico prolongado durante casi seis meses, con revisión por distintos especialistas (anestesista y cardiólogo), realización de pruebas no habituales en un preoperatorio normal (que incluyen analítica, radiografía de tórax y electrocardiograma, pero no pruebas de esfuerzo ni valoraciones repetidas por el cardiólogo) e incluso con suspensión de una actividad quirúrgica programada en aras de una nueva valoración. (Debe precisarse aquí que la suspensión se produce estando el paciente ya en el antequirófano, según el informe del doctor x. —Antecedente Tercero—). (...)

Esta última operación (se refiere ahora la Inspección Médica a la tercera) formaba parte del plan quirúrgico por el que el paciente estaba ingresado. Ya hemos hablado ampliamente de las evidencias que permiten afirmar que el paciente era perfectamente conocedor del riesgo al que está sometido, riesgo al que también estuvo sometido en las distintas intervenciones previas y para las cuales sí otorgó, y constan los documentos, el consentimiento.

Esta intervención era inexcusable para tratar de resolver la fístula. El tratamiento conservador de la misma con diversas maniobras, que incluyeron la colocación quirúrgica de la sonda, había fallado, no existiendo otra opción que su corrección quirúrgica.”

Y ello, había dicho previamente dicho informe, porque *“una vez que ha fallado el intento de tratamiento conservador se impone la corrección quirúrgica de la misma. El mantenimiento de una fístula urinaria y de la sonda vesical de forma prolongada conlleva un riesgo elevado de infección, no solo urinaria o de la herida quirúrgica, sino también abdominal con cuadros de peritonitis y sepsis de elevada morbi-mortalidad. Por tanto, una vez producida la fístula y fracasado el tratamiento conservador, no había otra opción que la corrección quirúrgica.”*

Por otra parte, y en el mismo sentido apuntado por dicho informe, debe añadirse que el examen de la historia clínica revela efectivamente que, durante toda la hospitalización del paciente, su estado cardiológico estuvo continuamente supervisado, con visitas diarias, por el servicio competente.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta lo expresado por los facultativos que declararon en el proceso penal:

— El doctor x., anestésista, declaró el 20 de abril de 1999 (folio 615 y sgtes.) que *“no sólo recuerda que le informó a x. de los riesgos que presentaba su intervención quirúrgica, sino que tuvo incluso que convencerlo, ya que se quejaba de que se suspendiera la intervención que estaba programada para el día 9 de mayo, teniendo que explicarle el declarante los motivos por los que posponía dicha intervención. Que evidentemente esta información no se la hizo en estrictos términos médicos, sino de manera comprensible el riesgo que comportaba.”*

— La doctora x., anestésista que relleno el documento de consentimiento informado para la intervención del citado 9 de mayo de 1997, declaró el 30 de abril de 1999 (folio 621 y sgtes.) que, *“suspendida esta primera intervención y tras practicarse los estudios oportunos, se programó la intervención de nuevo para el día 14 de mayo, no rellenándose un nuevo consentimiento informado para anestesia, al haber transcurrido tan sólo cinco días desde el anterior; no obstante lo cual D. x. volvió a informarle al paciente en presencia de la declarante de los riesgos que iba a asumir con esta intervención, llegando incluso el enfermo a decir, ‘ya lo sé no me lo digáis más ya que no tengo más remedio que operarme’.* Y que *“por un olvido no se relleno la casilla relativa a los riesgos personalizados del paciente pese a ser plenamente consciente de los mismos.”*

— El doctor x., anestésista, declaró el 8 de junio de 1999 que *“antes de suministrar la anestesia al paciente el día 25 de junio de 1997 vio que éste había suscrito una hoja de consentimiento informado para la anestesia y estuvo hablando con él de los riesgos que presentaba esta nueva intervención, diciéndole el fallecido que ya sabía esta circunstancia pero que deseaba que se le operara cuanto antes. (...) Que con independencia de lo que se consignara o no en la hoja de consentimiento informado para anestesia, el paciente estaba plena y conscientemente informado de los riesgos que corría. Que estos riesgos se le explicaron empleando palabras vulgares a fin de que pudiera entenderlo y que el paciente le dijo textualmente al declarante ‘ya se que soy un paciente de alto riesgo, opérenme cuanto antes’.* Que al tratarse todo de un proceso quirúrgico único, basta con que exista un consentimiento informado inicial para las operaciones, ya que en realidad era un misma operación que se había complicado y que se tenía que continuar.” Y que *“la operación duró cerca de tres horas y fue muy laboriosa y compleja, presentándose hemorragia”.*

Todo lo anterior concuerda, en fin, con las contundentes afirmaciones realizadas por el doctor x. en el último párrafo de su informe de 28 de octubre de 2005 (Antecedente Tercero), en el sentido de que el paciente y su familia estuvieron puntualmente informados de las vicisitudes sanitarias del primero y los riesgos que implicaban las intervenciones propuestas, siendo plenamente conscientes de ello.

En consecuencia, no puede admitirse que existiera insuficiencia o defecto en el consentimiento del paciente para someterse a las intervenciones quirúrgicas de referencia, en el sentido de que no conociera los riesgos que, dada su patología cardiológica, podía represen-

tar la administración de la anestesia, por lo que tampoco por este motivo puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

III. De todo lo anterior ha de concluirse en la improcedencia de declarar la responsabilidad patrimonial pretendida, por no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama indemnización.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación, por no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño por el que se reclama indemnización.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 152/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 31/08/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 153/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 31/08/09

Extracto de Doctrina

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 demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, pues se permitía a niños de 12-13 años la práctica libre de un deporte que entraña la utilización de instrumentos eventualmente peligrosos. Esta falta de vigilancia añade al riesgo inmanente al propio deporte el de su desarrollo sin la inmediata supervisión por el personal docente, que refrene el natural ímpetu de los escolares en la práctica deportiva e impida actuaciones imprudentes, peligrosas o contrarias a las reglas de aquélla, generando así un riesgo que, excediendo de los patrones socialmente aceptables, es susceptible de producir daños cuya materialización obligará a su indemnización por quien puso en marcha el mecanismo de riesgo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 7 de octubre de 2008, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial, solicitando una indemnización de 120 euros, por los daños padecidos por su hija, en el Instituto de Educación Secundaria (IES) “Villa de Alguazas”.

Según relata la reclamante, el 18 de junio de 2008, cuando la menor, alumna del indicado centro educativo, jugaba al jockey en clase de gimnasia, sufrió un golpe de stick en la boca, a consecuencia del cual los dos incisivos superiores se rompieron. El golpe fue propinado por un compañero.

Acompaña su reclamación de la siguiente documentación: factura de odontólogo, por importe de 120 euros en concepto de obturación de dos piezas (11 y 21), y copia de Libro de Familia, acreditativo del parentesco que une a la reclamante con la menor accidentada, nacida el 30 de junio de 1995 (no de 1999, como consta en el parte de accidente remitido por el centro).

SEGUNDO.- Por resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de 24 de octubre de 2008, se admite a trámite la reclamación y se designa instructor

TERCERO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección del centro educativo, se evacua el 10 de noviembre, con el siguiente relato de los hechos:

“El día 18 de junio a 5ª hora en clase de Educación Física, la alumna x. jugaba al jockey en el gimnasio del centro cuando su compañero x... estaba preparándose para sacar la pelota de un agujero y ella estaba preparada, detrás de él, para darle a la pelota. De forma fortuita, x. levantó el stick rápidamente y a ella no le dio tiempo a retirarse hacia

atrás. Recibió un fuerte golpe en la boca y notó que se le caían trozos de dientes (incisivos superiores). Rápidamente acudió la profesora, que estaba atendiendo a otros alumnos dentro del gimnasio (estaban haciendo varios juegos a la vez) (...) Desde nuestro punto de vista fue un accidente fortuito y no hubo intención por parte del otro alumno de agredir a su compañera”.

CUARTO.- El 13 de noviembre, el instructor solicita que informe el profesor de Educación Física acerca de diversas cuestiones que se le plantean (relato de los hechos, si los presencié, si la actividad estaba programada, si era generadora de riesgos y carácter fortuito o no del golpe).

El 21 de noviembre contesta la Dirección del centro informando que la profesora que estaba a cargo de los alumnos en el momento del percance ya no presta servicios en el centro.

QUINTO.- El 19 de noviembre se comunica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, del que no hace uso al no presentar alegación ni justificación adicional alguna.

SEXTO.- El 27 de enero de 2009 el instructor solicita información al centro acerca de la identidad y actual destino de la profesora de Educación Física que presencié los hechos, a lo que se contesta por la Directora del IES facilitando el nombre y dos apellidos de la docente, señalando que prestó servicios en calidad de personal interino y que se desconoce su último destino.

SÉPTIMO.- El 7 de mayo se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el instructor que no existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño padecido por la niña, atendido el carácter fortuito del percance que lo causó.

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

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.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación se formula por la madre de la menor lesionada, persona que ostenta y acredita la representación legal de ésta, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma, en condición de titular del servicio público educativo a cuyo funcionamiento se imputan los daños, correspondiendo la resolución de la reclamación al Consejero competente en materia de Educación, en virtud de lo establecido por el artículo 16.2, letra o), de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

2. La reclamación se interpuso apenas cuatro meses después de producirse el hecho dañoso, por lo que cabe calificarla como temporánea, al ser 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).

3. En lo sustancial se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran este tipo de procedimientos, de acuerdo con lo establecido en la LPAC y RRP, constando en el expediente el trámite de audiencia a la interesada y el preceptivo informe de la Dirección del centro educativo. No obstante, se advierte que, a pesar del requerimiento efectuado por el órgano instructor a la Dirección del IES para que informe acerca del carácter programado o no de la actividad de jockey que desarrollaban los alumnos, la titular de aquella guarda silencio en el informe acerca de dicho extremo. En anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico (por todos, el 14/2003) se ha indicado que el conocimiento de ese dato resulta imprescindible para determinar si el riesgo que supone la práctica de un deporte que requiere el uso, por alumnos de corta edad e inexpertos, de un instrumento que entraña cierta peligrosidad, ha sido o no asumido por los padres, circunstancia que, a su vez, permitirá dilucidar la existencia o no de responsabilidad patrimonial, ya que la introducción de este tipo de actividades, en el supuesto de que no estuviesen programadas, constituiría un funcionamiento del servicio público docente generador de un riesgo, que excedería de los patrones socialmente aceptables en los términos señalados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998.

Si en anteriores ocasiones la carencia de información acerca de este extremo llevó a este Órgano Consultivo a requerir a la Consejería consultante que completara la instrucción antes de dictaminar sobre el fondo, en el supuesto ahora sometido a consulta no parece necesario realizar dichas averiguaciones complementarias, toda vez que del expediente se desprenden datos suficientes para efectuar un pronunciamiento estimatorio de la pretensión deducida en la reclamación.

TERCERA.- De la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial en el ámbito educativo.

1) No puede afirmarse la conformidad de este Consejo con la propuesta de resolución que concluye las actuaciones practicadas, que no advierte en el supuesto sometido a Dictamen la concurrencia en el accidente sufrido por la alumna de los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

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, en este tipo de reclamaciones (daños acaecidos en centros escolares) este Consejo Jurídico se ha pronunciado repetidamente, destacando que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999). Resulta pues necesario analizar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si se han dado o no los requisitos legalmente establecidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el supuesto que se dictamina, el daño alegado se ha producido en la clase de Educación Física, en el ejercicio de una actividad deportiva como la del jockey que entraña determinados riesgos que son immanentes a las propias características del juego, precisamente por el uso de herramientas contundentes (sticks) y porque en el desarrollo del mismo la cercanía de los jugadores propicia o, al menos, hace muy posible el contacto entre los sticks y el cuerpo de aquéllos. La asunción de esos riesgos propios del deporte hace que, cuando éste se desarrolla en clase de Educación Física como una actividad prevista en la programación docente de la asignatura, con estricta sujeción a las reglas habituales de su práctica y bajo la dirección y supervisión del profesor, los daños que indudablemente pueden producirse por golpes accidentales y no intencionados, no puedan imputarse al funcionamiento del servicio educativo y hayan de reputarse meramente fortuitos, no siendo posible establecer un nexo causal entre la actividad administrativa y el daño. En este sentido se expresan repetidos Dictámenes de este Consejo Jurídico, como los números 123/04 y 44/05, con cita de la doctrina sentada por otros Consejos consultivos, a la que nos remitimos.

Sin embargo, las circunstancias descritas en el informe de la Dirección del centro no permiten calificar el percance como meramente fortuito. Y es que, al margen de la ignorancia acerca del carácter programado o no de la actividad, lo cierto es que los niños implicados en el percance se apartaron de las reglas habituales de la práctica del juego, en la medida en que el golpe se produce al intentar *x*. “*sacar la pelota de un agujero*”, lance indudablemente peligroso por lo inhabitual de la maniobra que ha de efectuarse con el stick, y, además, sin contar con la presencia de la profesora de Educación Física, que se encontraba atendiendo a otros alumnos dentro del gimnasio del centro, pues se desarrollaban varios juegos a la vez.

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 demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, pues se permitía a niños de 12-13 años la práctica libre de un deporte que entraña la utilización de instrumentos eventualmente peligrosos. Esta falta de vigilancia añade al riesgo immanente al propio deporte el de su desarrollo sin la inmediata supervisión por el personal docente, que refrene el natural ímpetu

de los escolares en la práctica deportiva e impida actuaciones imprudentes, peligrosas o contrarias a las reglas de aquélla, generando así un riesgo que, excediendo de los patrones socialmente aceptables, es susceptible de producir daños cuya materialización obligará a su indemnización por quien puso en marcha el mecanismo de riesgo.

Cabe concluir, en consecuencia, que el funcionamiento del servicio público, a pesar del carácter no intencionado de lo acontecido, constituye causa adecuada y eficiente generadora de los daños objeto de reclamación.

2) La valoración del daño ha de entenderse no discutida al no constar en el expediente manifestación alguna sobre el particular, aceptándose, pues, el importe reclamado más la actualización que corresponda.

3) Ha de reiterarse nuevamente a la Administración educativa la necesidad de adoptar medidas que preserven a los alumnos de los daños que, como en el caso presente, no gozan de la cobertura adecuada por el vigente sistema de protección social, extendiendo a estas enseñanzas la cobertura de un seguro escolar en la forma que se estime pertinente.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al quedar acreditada, según el parecer de este Consejo Jurídico, la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumna y la prestación del servicio público educativo.

SEGUNDA.- La indemnización ha de valorarse por el importe reclamado, con la actualización que corresponda, conforme determina el artículo 141 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 154/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 09/09/09

Extracto de Doctrina

El daño, surgido con ocasión de la prestación del servicio público, ha sido producido por la comisión de un hecho delictivo por persona o personas desconocidas, actuación y persona sobre las que la Administración carece, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar —se reitera— la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos. La conclusión contraria nos llevaría, como ha afirmado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre ellas la de su Sala 3ª de 27 de julio de 2002), a convertir a las Adminis-

traciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, lo que tendría una consecuencia perturbadora “para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexa causal”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 20 de junio de 2008 x. interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 100 euros (según se ha deducido en la instrucción a partir de lo consignado en la denuncia formulada por el interesado ante la Jefatura Superior de Policía de Murcia el día 11 de marzo de 2008), valor del material de prácticas de cocina que, según dice, le fue sustraído de la taquilla que tenía asignada en el Instituto de Educación Secundaria de la Flota (Murcia), en el que cursaba en esa fecha el ciclo formativo de grado medio de panadería y pastelería. Considera responsable al Instituto por tener material inadecuado o defectuoso.

El incidente fue comunicado a la Consejería por el Director del Instituto el 3 de noviembre de 2008 (según registro de salida, y entró en el registro de tal Consejería el 17 de abril de 2009), relatando que el presunto robo fue comunicado oralmente por el alumno varios días después de lo sucedido, con lo que se dificultó la investigación que habitualmente realiza el centro en casos similares, que fue totalmente infructuosa. Dice que la taquilla se encontraba *“sin ningún tipo de forzamiento o manipulación”*. El interesado formuló la correspondiente denuncia policial el 11 de marzo de 2008 indicando que el robo se produciría entre las 13 horas del 25 de febrero de 2008 y las 8, 30 horas del día siguiente; afirma que suele cerrar la taquilla con un candado grande *“quedando por ello en la puerta una ranura de unos cuantos centímetros”*. Dice también que la taquilla *“no presentaba signos de forzamiento”*.

SEGUNDO.- No consta acto alguno por el que se admitiera a trámite la reclamación y se designara instructor. Por una instructora fue solicitado informe al Director del Centro el 20 de mayo de 2009; fue remitido el 26 de mayo indicando que *“con respecto al uso de las taquillas (...) nuestro profesorado informa siempre a los alumnos, a comienzo de curso, que a pesar de no existir obligación, por el hecho de exigírseles uniforme de trabajo, el centro pone a su disposición taquillas para almacenar ropa o cualquier otro material de su propiedad; que ellos son dueños y responsables del mecanismo de cierre de las mismas y que la vigilancia es una tarea de todos, que nosotros la ejercemos en la medida de nuestras posibilidades pero que no podemos responsabilizarnos de los daños o sustracciones que puedan sufrir en las mismas”*.

TERCERO.- De fecha 20 de abril de 2009 consta un informe de la Inspección de Educación, emitido, al parecer, por la denuncia formulada ante ella por el interesado el 27 de enero de 2009. Además de otras consideraciones, establece que el alumnado hace uso voluntario de las taquillas, siendo informados a principio de curso de *“la no responsabilidad del centro con lo depositado en las mismas”*; que el centro educativo no tiene obligación de ofrecer las taquillas, y no tiene espacio suficiente para colocarlas de modo que puedan ser vigiladas. Se indica también que los tutores recogen 5 euros a los usuarios de cada una de las taquillas como depósito a devolver una vez terminado el curso. A preguntas del

Inspector de Educación el interesado manifestó que la cantidad recaudada por el centro era para “ayuda al mantenimiento” de las taquillas. Interrogado otro alumno del mismo centro elegido al azar, contestó que el tutor les informó que dicho centro no se hacía responsable del material guardado en las taquillas, y que se le pidió un depósito de 5 euros para el mantenimiento, cantidad que se devolvió al finalizar el curso.

CUARTO.- Conferida audiencia al reclamante el 2 de junio de 2009, compareció el 15 de iguales mes y año ante el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante para decir, entre otras alegaciones, que comunicó al centro el presunto robo el mismo día que fue advertido; que el centro no tiene la obligación de tener taquillas, pero cobra 3 euros al principio de curso por su mantenimiento; que la puerta del vestuario (en el que, al parecer, están las taquillas) se solía cerrar con llave y solamente se abría por la Conserje en los cambios de clase; no hay cartel que advierta sobre la falta de vigilancia y exoneración de responsabilidad por parte del centro; que el centro no actuó correctamente.

QUINTO.- El 10 de julio de 2009 se formuló propuesta de resolución en el sentido de estimar la reclamación. Razona que la Administración debe responder por su omisión en el deber de vigilancia de sus dependencias, y que el alumno se ve impedido legalmente de emplear otro medio de depósito para sus pertenencias, ya que carece de alternativa para ello.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 17 de julio de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La acción, se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho causante del daño, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Finalmente, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, aunque no consta acto alguno por el que se admitiera a trámite la reclamación y se designara instructor.

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

Admitido que los hechos ocurrieron en el Instituto, la propuesta de resolución estima que la Administración debe responder por su omisión en el deber de vigilancia de sus dependencias, y que el alumno se ve impedido legalmente de emplear otro medio de depósito para sus pertenencias, no teniendo alternativa. La segunda de las afirmaciones choca con lo dicho por el Director del Instituto y la Inspección de Educación, según los cuales las taquillas se ponen a disposición de los alumnos, sin que sea forzoso su uso, pero lo relevante es que la primera afirmación, de aceptarse, implicaría que el centro asumiría la vigilancia absoluta de las pertenencias de los alumnos, rebasando el genérico deber de guarda y custodia que a los profesores incumbe.

En el apartado de antecedentes se aprecia que es decisiva la intervención de un tercero, de una entidad tal que rompe el necesario nexo causal con el funcionamiento de los servicios públicos; el perjudicado tenía o debía haber tenido el conocimiento de que la prestación del servicio escolar no incluía la guarda de las pertenencias depositadas en las taquillas. Estas circunstancias impiden que puedan entenderse imputados los daños a la institución, ya que no se aprecia ningún título adecuado para ello, pues los hechos acaecidos con motivo de un robo constituyen un suceso ajeno al funcionamiento del centro escolar, que en ningún caso asume la posición jurídica de un depositario (Consejo de Estado, Dictamen 1.192/2002).

Se puede concluir, por tanto, que los daños y perjuicios cuya reparación pretende el interesado no se produjeron como consecuencia del funcionamiento del servicio educativo de la Administración regional, sino que, con ocasión del desempeño de dicho servicio, fueron ocasionados por un tercero.

Es claro que el daño, surgido con ocasión de la prestación del servicio público, ha sido producido por la comisión de un hecho delictivo por persona o personas desconocidas, actuación y persona sobre las que la Administración carece, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar —se reitera— la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos. La conclusión contraria nos llevaría, como ha afirmado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre ellas la de su Sala 3ª de 27 de julio de 2002), a convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, lo que tendría una consecuencia perturbadora *“para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal”*.

Para supuestos similares al que nos ocupa, es decir, sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico ha destacado que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular del servicio 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 76/1999, 84/2002 y 165/2008). 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.

También en supuestos similares el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que el genérico deber de guarda y custodia que a los profesores incumbe no supone que éstos asuman, sin más, una específica obligación de conservación de las pertenencias de los alumnos (entre otros, Dictamen 2207/2001). Con ello no se niega el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, sino que únicamente se quiere destacar que, al menos en estos casos concretos, la relación de causalidad no puede interpretarse de una manera rígida.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria, al no concurrir la imprescindible relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y los daños alegados por el interesado.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 155/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 09/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 77.

DICTAMEN 156/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 09/09/09

Extracto de Doctrina

La jurisprudencia, al analizar el estándar de rendimiento de los servicios públicos de vigilancia viaria, establece que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada sea libre o expedito.

Por lo que se refiere a la apreciación de la mayor o menor inmediatez en la aparición del obstáculo en la carretera, en algunos casos las circunstancias concurrentes (naturaleza de aquél, noticias de otros accidentes, lugar en el que se produce, etc.) pueden ser suficientemente indicativas al respecto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 21 de septiembre de 2007, x., en representación de x., presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el que solicita una indemnización de 1.583'10 euros por los daños sufridos por su vehículo matrícula “—”, conducido por x., al colisionar contra una gran cantidad de escombros situados en la carretera de Molina de Segura-Fortuna, con dirección a esta última, al circular por la misma el 4 de abril de 2007, sobre las 8.48 horas, no existiendo indicación alguna de dicho obstáculo. Añade que tras el accidente llamó a la Policía Local de Fortuna, que hizo un parte de incidencia de servicio, justificativo de lo expuesto, y que su vehículo fue retirado por la grúa.

Adjunta copia de escritura de apoderamiento, permiso de circulación, parte de siniestro facilitado a su compañía aseguradora, nota de la grúa, factura de reparación, justificante de transferencia bancaria de su importe y parte de incidencia de servicio de la Policía Local de Fortuna de fecha 4 de abril de 2007.

SEGUNDO.- Mediante oficios de 30 de enero de 2008 se requiere al reclamante para que subsane y mejore la reclamación, y a la Dirección General de Carreteras para que emita su preceptivo informe.

TERCERO.- El 12 de febrero de 2008 el citado centro directivo emite informe en el que expresa lo siguiente:

“1.- En este servicio se tiene constancia del siniestro reseñado ya que desde la Policía Local de Fortuna se nos advirtió que un camión cuya identidad desconocían había dejado caer parte de su carga de escombros sobre la calzada, ocasionando un siniestro, por lo que inmediatamente se envió a un grupo de operarios para su completa retirada.

2.- La realidad y certeza del accidente aparece reflejada en el parte de accidente suscrito por la Policía Local en el que hace referencia a la llamada recibida desde el lugar de siniestro por el conductor/a del vehículo accidentado.

3.- Como se retiraron de inmediato los escombros vertidos, gracias a eso no se produjeron otros siniestros posteriores en dicho lugar y día.

4.- No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

5.- Habida cuenta de que la Red Regional de Carreteras tiene más de 3.000 Km. estimo que no se puede prever la ocurrencia de un vertido accidental de un obstáculo sobre la carretera en todo tiempo, lugar y circunstancia.

6.- La actuación correctora de nuestros servicios acudiendo prontamente a retirar los citados escombros acredita la disposición y atención inmediata a evitar los posibles posteriores siniestros por dicho motivo”.

CUARTO.- El 22 de febrero de 2008 el reclamante cumplimenta lo requerido por la instrucción, incluyendo, entre otros documentos, un escrito de la conductora del vehículo en el que ratifica lo expresado en la reclamación.

QUINTO.- El 9 de septiembre de 2008 se otorga al interesado un trámite de audiencia y vista del expediente, presentando aquél alegaciones el 26 siguiente, en las que se ratifica en lo expresado en su escrito inicial.

SEXTO.- El 20 de abril de 2009 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que, teniendo la Administración regional el deber de vigilancia y mantenimiento de la carretera de referencia, ésta debía estar expedita y libre de los escombros en cuestión, existiendo, por tanto, relación de causalidad entre los daños producidos y el funcionamiento de los servicios públicos; propuesta de resolución que, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto titular del vehículo por el que se reclama indemnización, según consta en el permiso de circulación aportado.

Los daños se imputan a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que aquélla está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), si se parte de la alegada fecha de ocurrencia del accidente y de la de la presentación de la reclamación, según se desprende de los Antecedentes.

III. En cuanto al procedimiento, se advierte que no se dictó resolución expresa de admisión a trámite de la reclamación. Además, no se solicitó informe al Parque de Maquinaria sobre el alcance de los daños reclamados a la vista de los antecedentes del caso. No obstante, no se considera imprescindible proceder a ello en este momento, a la vista de lo que se razonará en la siguiente Consideración.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento

de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado o, al menos, señalado, el obstáculo que existía en la carretera a que se refiere la reclamación, porque a dicha Administración corresponde el deber de su mantenimiento y vigilancia; por tanto, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente. No obstante, como hemos señalado en reiterados dictámenes, la jurisprudencia, al analizar el estándar de rendimiento de los servicios públicos de vigilancia viaria, establece que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada sea libre o expedito.

Por lo que se refiere a la apreciación de la mayor o menor inmediatez en la aparición del obstáculo en la carretera, en algunos casos las circunstancias concurrentes (naturaleza de aquél, noticias de otros accidentes, lugar en el que se produce, etc.) pueden ser suficientemente indicativas al respecto. En el presente caso, este Consejo Jurídico llega a la convicción de que el obstáculo en cuestión, producido por la caída de escombros procedentes de un previo vehículo (pues no constan obras próximas al lugar), debió aparecer en la carretera muy poco tiempo antes del paso del vehículo del reclamante, pues se trataba de una gran cantidad de escombros, que, como los hechos demostraron, hacían muy difícil que pudieran ser esquivados, estando situados en un lugar muy próximo a una población, circunstancia indicativa de un cierto tráfico por la zona y la consiguiente facilidad de que se dieran prontas noticias al respecto, sin que consten noticias de previos accidentes por dicho obstáculo.

En consecuencia, los daños por los que se reclama indemnización no pueden ser adecuadamente imputados, en términos jurídicos, al funcionamiento de los servicios públicos regionales de vigilancia viaria, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen, por no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de vigilancia viaria y los daños por los que se reclama indemnización. En consecuencia, la propuesta de resolución, estimatoria de la reclamación, se dictamina desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 157/09.- Proyecto de Decreto por el que se desarrolla el sistema de información y registro de los profesionales sanitarios de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 09/09/09

Extracto de Doctrina

No es en modo alguno incompatible la existencia de los registros “particulares” de cada uno de los Colegios Profesionales, centros sanitarios, servicios públicos de salud, etc. con un registro “general” que, en cada ámbito territorial autonómico, aglutine y sistematice la información recibida de todos aquellos registros, y ello no sólo para su posterior integración en la base de datos del SISSNS (que es su función primordial, según se desprende del Acuerdo del CISNS antes citado), sino también como instrumento adicional de publicidad de los datos de tales registros, dado que el carácter público de dichos datos viene establecido por la LOPS, sin que en esa coexistencia, se insista, se advierta incompatibilidad alguna.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 6 de junio de 2008, la Dirección General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria emite un informe sobre la necesidad y oportunidad de aprobar un Decreto que desarrolle el sistema de información y registro de los profesionales sanitarios de la Región de Murcia, en el marco de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS) y del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS) sobre los registros de profesionales sanitarios, de 14 de marzo de 2007, publicado por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios del Ministerio de Sanidad y Consumo de 27 de marzo siguiente (BOE de 14 de abril). Se adjuntaba un primer borrador de Decreto, dirigido a establecer los criterios generales y requisitos mínimos de los registros públicos de profesionales sanitarios, a que se refieren los artículos 5.2 y 43 LOPS, y a crear y regular el Registro de Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia. A ello se adjuntaba asimismo un informe de impacto por razón de género de la norma proyectada y memorias económicas sobre el coste de su aprobación, emitidas por el Servicio de Planificación y Coordinación Económica y por la Dirección de Recursos Humanos, ambos del Servicio Murciano de Salud.

SEGUNDO.- Remitida a la Secretaría General de la Consejería de Sanidad la oportuna propuesta de tramitación del procedimiento normativo, mediante oficios de 24 de septiembre de 2008, su titular envía el citado borrador a diversos órganos de la Administración regional, Colegios Profesionales y Universidades interesadas, Unión Murciana de Hospitales, Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y diversas compañías aseguradoras en materia sanitaria, presentando alegaciones varios de los consultados, que fueron analizadas detalladamente en el informe de la Vicesecretaría de la Consejería de fecha 13 de enero de 2009, algunas de las cuales, las más relevantes, serán abordadas en las siguientes Consideraciones.

TERCERO.- El Consejo de Salud de la Región de Murcia informó favorablemente el borrador de Decreto en su sesión de 28 de noviembre de 2008.

CUARTO.- Elaborado un segundo borrador de Decreto a la vista de las alegaciones presentadas, fue remitido a las entidades antes reseñadas y a la Federación de Municipios de la Región de Murcia, presentando alegaciones varias de aquéllas, reiterando, en lo sustancial, lo expresado en sus escritos previos.

QUINTO.- El 17 de abril de 2009, la Vicesecretaría emite nuevo informe sobre las alegaciones presentadas, advirtiendo el similar tenor de las mismas respecto de las presentadas anteriormente, por lo que aquél incide en sus correspondientes consideraciones previas, añadiendo que, no obstante, procede introducir ciertas modificaciones a la regulación propuesta, elaborando un nuevo borrador con una diferente sistemática y en el que destaca la sustitución de la denominación “*Registro de Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia*” por la de “*Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia*”, la inclusión de un principio de reciprocidad de información entre los Colegios Profesionales y el citado Sistema y el reconocimiento de la obligación de los profesionales de actualizar sus datos ante el correspondiente registro.

SEXTO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 25 de mayo de 2009, en el que realiza observaciones sobre la insuficiencia de las memorias económicas y el informe de impacto por razón de género, mostrándose favorable al Proyecto en su contenido, sin perjuicio de observaciones puntuales para la mejora técnica del texto.

SÉPTIMO.- El 10 de mayo de 2009 se emite una memoria económica sobre el Proyecto de Decreto, complementaria de las anteriores.

OCTAVO.- El 11 de junio de 2009 se elabora un extracto del expediente en el que, entre otros aspectos, se expresa que se ha elaborado un nuevo borrador en el que se han introducido algunas de las modificaciones y correcciones sugeridas en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos; texto autorizado por el Secretario General de la Consejería que, remitido a este Consejo Jurídico en unión del expediente, en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, pues versa sobre un proyecto de norma reglamentaria que constituye desarrollo de la legislación básica estatal, en concreto, de las Leyes 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS) y 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en los correspondientes preceptos que más adelante se señalarán. Asimismo, constituye desarrollo reglamentario de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia. Por ello, concurre el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido esencialmente lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, y normas concordantes.

TERCERA.- Competencia y cuestiones de legalidad.

I. En síntesis, el Proyecto de Decreto objeto de Dictamen tiene como objeto la regulación, en el ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma, de un sistema de información que permita a la Administración sanitaria regional y estatal y a los ciudadanos el conocimiento de unos determinados datos sobre los profesionales sanitarios que ejerzan su actividad en la Región, o sobre aquellos que, sin ejercerla, se encuentren inscritos en alguno de los registros a que se refiere el Proyecto (artículo 4.3). El proyectado artículo 3 especifica que el fin de dicho sistema es, para las autoridades sanitarias, favorecer el desarrollo de sus políticas de salud y, para los ciudadanos, posibilitar adecuadamente el ejercicio de los derechos que les reconoce la legislación vigente, especialmente los de libre elección de médico y a una segunda opinión médica. Además, del previsto artículo 1 y otros se desprende que el conocimiento de dicha información por la Administración del Estado se producirá por su posterior integración en el Sistema de Información Sanitaria del Sistema Nacional de Salud (SISSNS), regulado en la antes citada LCCSNS.

El sistema de información previsto en el Proyecto se articula sobre dos grandes elementos: a) los registros de profesionales sanitarios a que se refieren los artículos 5.2, 8.4 y 43 LOPS (registros de organizaciones colegiales profesionales, centros sanitarios y entidades de seguros que operan en el ramo de la enfermedad) y 16 de la Ley 55/2003 (registros de personal de los Servicios de Salud públicos); y b) un denominado Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia, concebido por el Proyecto como un instrumento para aglutinar la información recibida de los anteriores registros y que viene a ser una especie de registro (general) de los profesionales sanitarios de la Región de Murcia (como así se le denominaba, más expresivamente, en los borradores iniciales).

Por lo que se refiere a los registros objeto de los preceptos de la LOPS antes citados, en dicha ley se establece la obligatoriedad de su creación y el carácter público de determinados datos que deben obrar en los mismos, así como que *“los criterios generales y requisitos mínimos de estos registros serán establecidos por las Administraciones sanitarias dentro de los principios generales que determine el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que podrá acordar la integración de los mismos al Sistema de Información Sanitaria del Sistema Nacional de Salud”*.

En lo que atañe a los registros de los servicios de salud públicos, el citado artículo 16 de la Ley 55/2003 establece asimismo la obligatoriedad de su creación, en los que se inscribirá a quienes presten servicios en los correspondientes centros e instituciones sanitarios, en los términos que cada servicio de salud determine, así como que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS) acordará los requisitos y procedimientos para posibilitar el tratamiento conjunto y la utilización recíproca de la información, que se integrará en el SISSNS.

Por su parte, el Acuerdo del CISNS de 14 de marzo de 2007, sobre los registros de profesionales sanitarios, citado en los Antecedentes, vino a dar respuesta a lo previsto en una y otra ley. Así, a los efectos de posibilitar la integración en el SISSNS de los datos del registro de personal de cada Servicio de Salud autonómico y de los que deben facilitar

los registros a que se refiere la LOPS (datos establecidos con carácter general en el Anexo de tal Acuerdo), dispuso que cada Comunidad Autónoma debía crear su propio registro de profesionales sanitarios como instrumento receptor de tales datos, con el fin de integrarlos después en el SISSNS.

Por su parte, la Ley regional 3/2009, citada en su momento, dispone en su artículo 70 que la Administración sanitaria regional establecerá y desarrollará los sistemas de información sanitaria y los registros públicos que sean necesarios para el reconocimiento, tratamiento y control de todas aquellas actuaciones que se derivan del cumplimiento y salvaguarda de los derechos reconocidos en la misma, añadiendo su Disposición Adicional Cuarta que dicha Administración deberá impulsar los mecanismos necesarios para que las entidades proveedoras de servicios sanitarios públicos implanten los sistemas de información necesarios para garantizar la aplicación y cumplimiento de los derechos y deberes previstos en dicha Ley, procurando su homogeneización con los sistemas de información de los centros sanitarios privados vinculados al SMS, debiendo adoptar, además, las medidas necesarias para que todo ello se gestione de modo coordinado con el SISSNS.

De lo anterior se desprende la habilitación legal que, en términos generales, cabe predicar de un Proyecto de Decreto como el que nos ocupa, que, además, debe dar un adecuado soporte normativo a lo establecido en el referido Acuerdo del CISNS, por venir obligada a ello esta Comunidad Autónoma en virtud de los preceptos legales estatales que remiten a lo que se acuerde en el seno del citado órgano colegiado interadministrativo.

Por ello, deben rechazarse las alegaciones formuladas por algunos comparecientes en el procedimiento en el sentido de que la LOPS vendría a establecer una especie de reserva de publicidad registral a favor de los registros de las entidades colegiales profesionales, centros sanitarios y demás entidades allí contempladas, en relación con los datos de los profesionales sanitarios cuyo carácter público establece dicha Ley, pues nada obsta para que, a partir de la existencia de tales registros y de los de los servicios públicos de salud, y de la habilitación legal para que la Administración integre tales datos en el SISSNS, se decida instrumentar esta integración mediante la recepción de dichos datos en un previo registro autonómico (o “*Sistema de Información*”, como lo denomina el Proyecto), creado a tal efecto por cada Comunidad Autónoma. De esta forma, no es en modo alguno incompatible la existencia de los registros “particulares” de cada uno de los Colegios Profesionales, centros sanitarios, servicios públicos de salud, etc. con un registro “general” que, en cada ámbito territorial autonómico, aglutine y sistematice la información recibida de todos aquellos registros, y ello no sólo para su posterior integración en la base de datos del SISSNS (que es su función primordial, según se desprende del Acuerdo del CISNS antes citado), sino también como instrumento adicional de publicidad de los datos de tales registros, dado que el carácter público de dichos datos viene establecido por la LOPS, sin que en esa coexistencia, se insista, se advierta incompatibilidad alguna.

II. Ahora bien, la configuración básica de tales registros generales o Sistemas de Información autonómicos como instrumentos o cauces para centralizar la información recogida previamente por los registros particulares, implica que no resulten adecuadas las previsiones del Proyecto, que permiten que se pueda realizar directamente ante el Sistema de Información creado y regulado por el mismo la modificación o rectificación de datos que dicho Sistema hubiera recibido de los registros particulares, como se desprende del proyectado 14.2, pues tal función resulta propia de los registros particulares en donde esté inscrita dicha información; registros que deben ser los instrumentos y la sede natural para la inscripción

o recogida de los datos y para tramitar su modificación y rectificación, de modo que sea el correspondiente órgano colegial, centro sanitario o entidad pública o privada el sujeto responsable de verificar, previamente a su inscripción, la regularidad de los datos que suministre el profesional de que se trate (incluidos los casos de modificación o rectificación), como se desprende de lo previsto en los proyectados artículos 18 y 19. Ello además de que, de permitir la comentada modificación o rectificación directa de datos ante el Sistema de Información, no puede descartarse la existencia de eventuales discrepancias entre las referidas entidades y el órgano gestor de dicho Sistema respecto de la procedencia o no de la inscripción de algunos datos, aun cuando ello pudiera no ser usual.

No obstante lo anterior, cabe admitir el acceso directo al Sistema de Información de determinada información, en los casos en que ello se estime oportuno, como pudiera ser la relativa al reconocimiento del grado de desarrollo profesional, regulado en los artículos 37 y siguientes (LOPS), como así lo prevén los proyectados artículo 14.2 (último inciso) y el 16.2, al igual que otras normas autonómicas en la materia, que sólo prevén este supuesto de datos de acceso directo al respectivo sistema o registro general autonómico. Ello sin perjuicio de advertir también que, en lo que se refiriera a los profesionales que prestaran servicios en la Administración sanitaria regional, dicha información podría ser perfectamente recogida por el correspondiente registro de personal del SMS o de la Consejería de Sanidad y luego pasar sincronizadamente al Sistema de Información.

Por ello, debería redactarse nuevamente el artículo 14.2: “...a través de la incorporación de los datos facilitados por el conjunto de registros enumerados en el apartado 1 de este artículo, así como directamente por los interesados cuando éstos soliciten al órgano gestor de dicho Sistema que conste públicamente el grado de desarrollo profesional que tengan reconocido”, o expresión similar (el último inciso del precepto en el caso de que se decida mantener el acceso directo al Sistema de la referida información, no obstante lo apuntado).

Asimismo, y en consecuencia con lo anterior, en el proyectado artículo 5.3 debería especificarse que, sin perjuicio del acceso público a los registros y al Sistema de Información regulados en el Decreto, los profesionales titulares de los datos podrán ejercitar ante los registros en que se inscribieron los respectivos datos, o ante el Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia en el supuesto previsto en el artículo 16.2, los derechos de acceso y de rectificación o cancelación de los datos que sean incorrectos o inexactos. De ello resultaría que las solicitudes de rectificación o cancelación que se presentaran ante el Sistema deberían ser remitidas al correspondiente registro en el caso de que así procediera, para que éste resolviera lo oportuno, lo que, en su caso, tendría inmediato reflejo en el Sistema, a virtud de la indicada sincronización entre el respectivo registro y dicho Sistema.

IV. Por otra parte, destaca el silencio del Proyecto sobre el específico registro de personal médico que el artículo 8.4 LOPS exige en todo centro sanitario, público o privado. Aunque el citado Acuerdo del CISNS no se refiera al mismo, ello no excluye, obviamente, la efectividad de la previsión legal. En lo que atañe a los centros sanitarios privados, parece lógico que la antedicha exigencia legal pueda entenderse cumplida con la creación del registro de profesionales sanitarios que aquéllos deben crear ex artículo 43 de dicha Ley, siempre que incluyan con la información debidamente sistematizada a su personal médico. Sin embargo, el Proyecto debería establecer las oportunas previsiones en lo que atañe a los centros sanitarios públicos, pues la existencia de estos registros no deriva, sin más, de la

genérica referencia a los “registros de personal del Servicio Murciano de Salud” incluida en el proyectado artículo 14.1.c), y tampoco se aluden en el proyectado artículo 10 (“*Deber de creación de los Registros en los centros sanitarios*”); artículo éste en el que debería establecerse que en cada centro sanitario público deberá existir un registro de su personal médico, sin perjuicio de los registros generales de personal que pueda tener la Administración sanitaria.

V. La habilitación a la Consejera de Sanidad y Consumo, contenida en la proyectada Disposición final primera, para “*modificar o adaptar, mediante la aprobación de la correspondiente Orden, la relación de los datos incluidos en el Anexo, con el fin de adecuar éste a las exigencias de la legislación básica estatal o para incorporar aquellos nuevos datos que resulten necesarios para el cumplimiento de los fines y funciones de este Sistema de Información*”, es contraria a lo establecido en el artículo 52.1 de la Ley regional 6/2004, ya citada, que sólo prevé la potestad reglamentaria de los Consejeros previa habilitación legal o en materias de ámbito organizativo interno de su departamento, aspecto que se desborda con lo previsto en la citada Disposición, que, por ello, debe suprimirse, al no ser necesaria la habilitación allí también prevista para dictar actos de aplicación del futuro Decreto.

Por la misma razón, no es admisible la remisión a “*la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*” que contiene el proyectado artículo 17.2, para que ésta determine “*las sedes*” en que podrán ser consultados los datos públicos del Sistema de Información, si el Decreto no establece con carácter general las entidades públicas o privadas y los órganos administrativos que estarán habilitados para facilitar el acceso a la información, al modo, por ejemplo, en que se dispone en la norma canaria (artículo 10.2 Decreto 49/2009, de 28 de abril). El precepto comentado debería modificarse en el sentido expuesto.

VI. Finalmente, desde la perspectiva de legalidad que ahora se aborda, resulta conveniente advertir que la operatividad de los acuerdos o convenios de colaboración previstos en los números 2 y 3 de la Disposición adicional primera del Proyecto, como instrumentos para que las Administraciones competentes en materia educativa o de formación y las Universidades de la Región de Murcia suministren al tan citado Sistema de Información los datos correspondientes a las personas que obtienen la titulación sanitaria correspondiente (número 2) o, en general, para que cualquier entidad suministre a la Administración sanitaria regional los datos que, por razón de sus competencias, posean sobre profesionales sanitarios (número 3), estará fuertemente condicionada a que la oportuna cesión de datos sea posible conforme con lo establecido en la normativa de protección de datos de carácter personal, lo que, en algunos casos, hará prácticamente imposible dicha cesión de datos sin contar con el previo consentimiento del interesado

CUARTA.- Otras observaciones al Proyecto.

Para la mejora técnica del Proyecto, se considera conveniente realizar las siguientes observaciones.

— Exposición de Motivos.

Tras su sexto párrafo, sería oportuno incluir una referencia al artículo 70 y a la Disposición adicional cuarta de la Ley regional 3/2009, ya citada, por servir también de fundamento jurídico al Proyecto, como se razonó en la precedente Consideración.

En el actual párrafo sexto debe decirse: “*En desarrollo de estas previsiones legales...*”.

En su párrafo séptimo, debe corregirse: “*...con los artículos 11.Uno y 12. Uno...*”.

— Artículo 2.

Debe completarse: “*...y entidades de seguros que operan en el ramo de la enfermedad, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 5.2, 8.4 y 43 de la Ley...*”.

— Artículos 4.1,a), 14.1,c) y 15.

En las correspondientes referencias que se hace en estos preceptos a la Disposición adicional primera del Proyecto (“*... sin perjuicio de lo establecido en...*”), debe especificarse que se trata concretamente de la Disposición adicional primera, números 2 y 3, que son los que prevén la eventual aplicación del Decreto a otras entidades o a otros datos distintos de los aludidos en los preceptos objeto de comentario.

Además, en el artículo 14.1,c), junto a la referencia a los “*Registros de personal del Servicio Murciano de Salud*”, debe añadirse “*y de la Consejería competente en materia de sanidad*”, para englobar sin dudas a los profesionales sanitarios que desempeñan su actividad en ésta y no en aquél.

— Artículo 7,b).

Para ajustarse más fielmente a lo establecido en el epígrafe I, 1,b) del Acuerdo del CISNS de 14 de marzo de 2007, ya citado, debería suprimirse el inciso “*...sobre recursos humanos...*”, pues no obra en dicho epígrafe, que tiene el mismo objeto que el precepto comentado.

— Artículo 8.

El inciso “*...incluidas las que realicen...*” carece de coherencia en relación con la frase que le precede. Debe corregirse.

— Artículo 11 y Anexo.

El artículo 7 del RD 1.720/2007, ya citado, incluye como información a recoger en las fuentes de datos accesibles al público de los Colegios Profesionales, unos datos que pueden ser de interés para el ciudadano, como el del número de colegiado, la fecha de incorporación al Colegio y la situación de ejercicio profesional. El Proyecto podría incluirlos, dentro del número 1 del proyectado artículo 11 y en el Anexo, como datos públicos de necesaria inclusión en los respectivos registros colegiales y, en consecuencia, en el Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia.

— Artículo 12

La conceptualización del Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia como una “*red básica de información*” (número 1) induce a confusión sobre su verdadera naturaleza pues, más que una “*red*”, consiste en una base de datos unitaria. Debería sustituirse la expresión entrecorrida por otra más apropiada.

En su número 4, debería precisarse: “*...de este Sistema de Información regional deben posibilitar...*” y “*...utilización recíproca de la información contenida en ambos Sistemas de Información, garantizando la homogeneidad...*”.

— Artículo 13.

Conforme con lo establecido en el Acuerdo del CISNS ya citado, entre las finalidades de este Sistema de Información regional deben añadirse dos más a las que aquí se recogen: a) garantizar a los ciudadanos el acceso y consulta de los datos públicos incluidos en el mismo, y b) posibilitar la integración en el SISISNS de los datos incluidos en el Sistema a que se refiere el Anexo del Proyecto.

— Artículo 14.3.

Al referirse a “...cualquiera de los registros públicos de profesionales sanitarios regulados en el presente Decreto...”, resulta inadecuada, por asistemática, la inclusión del precepto en el específico Capítulo dedicado al Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia. Debería ubicarse en una disposición adicional. Además, debería especificarse que la sincronización y actualización inmediata a que alude es “...entre los registros públicos a que se refiere el presente Decreto y el Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia”, o expresión similar.

— Artículo 15.

Al estar incluido en el Capítulo III, debería precisarse que se refiere a los datos inscritos “en el Sistema de Información de los Profesionales Sanitarios de la Región de Murcia y a los registros previstos en el artículo 14.1,c)”, pues la referencia a los demás registros debe hacerse en el oportuno precepto que debe añadirse en el Capítulo II, como indicamos en el comentario al proyectado artículo 11.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen, sin perjuicio de lo expresado con carácter esencial en la Consideración Tercera del mismo en relación con los artículos 5.3; 10; 14.2; 17.2 y Disposición final primera.

SEGUNDA.- Para la mejora del Proyecto, deberían introducirse en el mismo las modificaciones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen en relación con su Exposición de Motivos; artículos 2; 4.1,a); 7,b); 8; 11; 12; 13; 14.1,c) y 3; y 15.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 158/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 16/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 159/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 16/09/09

Extracto de Doctrina

El daño debe ser jurídicamente imputado a la conducta del responsable de la finca dañada y no a una deficiente conservación por la Administración de los árboles del monte.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 2 de mayo de 2006, x. presenta escrito, dirigido a la Administración regional, en el que solicita una indemnización de 7.139,39 euros por los daños sufridos en la finca de su propiedad, denominada “—”, sita en Blanca, colindante con terrenos de titularidad regional; daños producidos, según manifiesta, por la caída sobre su finca de grandes pinos situados en dichos terrenos públicos, debido al fuerte viento existente.

Aporta presupuesto de reparación de los daños materiales, informe pericial de valoración de los daños agrícolas ocasionados y factura del perito por la emisión de dicho informe, ascendiendo todo ello a la cantidad antes indicada.

SEGUNDO.- Solicitado informe a la Dirección General del Medio Natural, es emitido el 2 de octubre de 2006, en el que los técnicos competentes, tras visita a la zona, expresan lo siguiente:

“El talud que separa la parcela de x. del monte público “Sierra de Ricote”, “—”, tiene una pendiente inadecuada, ya que es prácticamente vertical, posiblemente para ganar superficie agrícola en la finca. Dicho talud es propiedad de x., por lo que el mantenimiento del mismo es responsabilidad suya. La caída de los árboles dentro de los límites de la finca era previsible, igual que sigue siendo previsible que se repetirá el hecho en un futuro, debido a lo antes mencionado, la verticalidad del talud y la falta de mantenimiento del mismo, que provoca desprendimientos de tierra con el consiguiente descalce de pinos de gran tamaño.

Los árboles procedentes del monte público cayeron a causa de un fuerte vendaval, lo cual constituye una causa de fuerza mayor”.

TERCERO.- Por Resolución del Consejero de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio de fecha 30 de julio de 2007 se ordenó la incoación de procedimiento de responsabilidad patrimonial, nombrando instructora y requiriendo al reclamante para que subsanase y mejorase su solicitud.

CUARTO.- Mediante escrito presentado el 1 de octubre de 2007, el interesado cumplimenta lo requerido, destacando al efecto su indicación de que la fecha de los hechos en cuestión fue el 5 de marzo de 2006, como pueden atestiguar dos técnicos de la Dirección del Medio Natural, que identifica, que acudieron al lugar y retiraron los árboles caídos sobre su finca, comprobando los daños alegados.

QUINTO.- Solicitado nuevo informe a la citada Dirección General, es emitido el 17 de septiembre de 2008, en el que los Ingenieros competentes, en respuesta a las cuestiones planteadas por la instrucción, informan lo siguiente:

“1. Hechos constatados en visita de campo.

Se ha comprobado mediante la visita reciente a la zona afectada que existe un vallado en el monte por encima del talud y una cañería también en el monte. Entre el vallado y el talud aparece algún pino que se encuentra con parte de sus raíces al descubierto.

Así pues, en algún informe anterior se ha entendido que la propiedad del reclamante empieza en el vallado e incluye el talud y algunos pinos. Si bien, recientemente se han estado revisando los límites de algunos montes catalogados, entre ellos la Sierra de Ricote, mediante el proyecto HITA, lo que permite establecer los límites de los montes sobre el terreno con mayor exactitud. Se ha comprobado también, que ha desaparecido uno de los mojones que delimitan la propiedad pública, aunque con la información disponible en esta Dirección General del deslinde del monte y el trabajo realizado con el proyecto HITA, se ha determinado digitalmente la ubicación de ese mojón.

Así pues, con todo lo anterior, y tras una medición con GPS en la zona por encima del vallado, se ha concluido que existe una ocupación del monte público.

Ocupan el monte público tanto el vallado, como la tubería existente, así como de parte de la parcela agrícola. Respecto a la parcela agrícola se ha modificado el talud natural del monte, dejándolo prácticamente vertical, y aumentando así la superficie de cultivo. La ocupación detectada es la que puede observarse en el plano adjunto. (...)

3. Relación de causa a efecto entre los hechos producidos y los daños alegados.

Se han analizado los datos de Velocidad del Viento de la Estación Meteorológica del SIAM (Sistema de Información Agraria de Murcia) ubicada en el paraje de El Cajal (T.M. Ojós) de los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2006, observándose que la máxima velocidad del viento, que tuvo lugar el 5 de Marzo de 2006, fue 11,5 m/s. Esta velocidad no se considera, por sí misma, suficiente para que se produzca el derribo de pinos en estado de fustal.

Al visitar la zona se observa que los árboles caídos están al borde del talud que separa el terreno forestal de la zona agrícola, talud que presenta una elevadísima pendiente siendo prácticamente vertical, hecho que ha provocado que los pinos pierdan parte de su sustentación, quedando parte de sus raíces mutiladas o al descubierto (ver fotos anexas), así como el desprendimiento del terreno.

4. Indicación de si los árboles caídos que ocasionaron los daños son propiedad del reclamante o, por el contrario, lindan con su finca, estando ubicados en monte público.

Los árboles caídos pertenecen al Monte de Utilidad Pública Nº 25 “Sierra de Ricote”. (Ver plano Anexo).

5. Determinar con exactitud cuál era la ubicación de los árboles y del talud en el que se situaban, y si efectivamente es un supuesto de fuerza mayor o un hecho previsible. Se debe indicar también quién es el propietario del talud y de los árboles.

Como se ha comentado anteriormente, la máxima velocidad del viento que tuvo lugar el 5 de Marzo de 2006 fue de 11,5 m/s, velocidad que no se considera por sí misma suficiente

para que se produzca el derribo de pinos en estado de fustal. Por tanto, si bien el viento pudo ayudar en el derribo, los daños eran previsibles dada la verticalidad del talud.

Según las mediciones efectuadas con el GPS desde el vallado situado en el monte público se ha determinado que este vallado, el talud y parte de la zona cultivada se encuentra invadiendo el monte público.

6. Determinar si existe algún tipo de responsabilidad del propietario de la finca en el mantenimiento del talud y de dichos árboles o si corresponde a la administración titular.

Los árboles están situados en monte público, pero desde la propiedad agrícola se ha modificado el talud, dejándolo casi vertical, según la medición hecha con el GPS existe una ocupación (invasión) del monte público, tal y como se aprecia en el plano adjunto.

7. Conclusión

En conclusión, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se considera que no procede indemnización alguna, y que el propietario deberá restituir la propiedad ocupada del monte público, llevando a cabo posteriormente acciones destinadas a la restauración y fijación del talud para evitar que se puedan repetir situaciones similares.”

Adjuntan a su informe ortofotomapas del monte público nº 25 del Catálogo de Utilidad Pública, denominado “*Sierra de Ricote*”, en la zona en cuestión, un anexo fotográfico correspondiente a la misma y otro de datos meteorológicos de la fecha de los hechos.

SEXTO.- Mediante oficio de 19 de diciembre de 2008 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente, no constando que el reclamante haya comparecido ni formulado alegaciones.

SÉPTIMO.- El 17 de abril de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no concurrir la necesaria relación de causalidad entre el hecho acaecido, con su efecto lesivo, y el funcionamiento del servicio público forestal, pues los daños producidos resultan imputables al propio perjudicado que, para ganar superficie de cultivo, modificó el talud natural que separa la parcela del monte público “*Sierra de Ricote*”, dejándolo prácticamente vertical, y no manteniéndolo en las condiciones necesarias; lo que, unido a las fuertes rachas de viento del día 5 de marzo de 2006, circunstancia ajena al funcionamiento del servicio público, provocó que los pinos perdieran su sustentación, quedando parte de sus raíces mutiladas o al descubierto y cayeran en la finca del reclamante, junto con la tierra desprendida. Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico junto con el expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12

del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

I. Debe considerarse que la acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por cuanto, habiendo alegado el reclamante que los hechos ocurrieron el 5 de marzo de 2006 y que de ello fueron testigos dos funcionarios de la Dirección General del Medio Natural, la Administración no ha objetado nada al respecto, habiéndose presentado la reclamación el 2 de mayo siguiente.

II. Respecto de la legitimación activa, se advierte que el reclamante no ha aportado título alguno que acredite su derecho sobre la finca en cuestión. Ello debió haber sido requerido por la instrucción en su momento, no siendo necesario hacerlo ahora por razones de celeridad procedimental a la vista de lo que se razonará en la siguiente Consideración.

La Administración regional está legitimada pasivamente para resolver la presente reclamación, en cuanto se imputan los daños a un deficiente funcionamiento de los servicios de mantenimiento de unos terrenos y árboles de su titularidad, al estar ubicados en un monte público regional.

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permite afirmar que se ha cumplido, en lo sustancial, con los trámites establecidos legal y reglamentariamente para esta clase de procedimientos.

No obstante, resulta irregular que se solicitara un primer informe a la Dirección General del Medio Natural antes de que se acordara la incoación formal del procedimiento (Antecedentes Segundo y Tercero).

TERCERA.- Relación de causalidad jurídicamente adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama: inexistencia.

I. Del artículo 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a responder por los daños y perjuicios efectivos, evaluables económicamente e individualizados que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos de su competencia, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

II. El presente caso guarda cierta similitud con el que fue objeto de nuestro Dictamen 95/2009, de 20 de mayo, en el que se acreditó que los daños imputados por el reclamante a un deficiente mantenimiento del servicio de evacuación de aguas pluviales de una carretera, que causaron daños a la finca colindante, fueron realmente provocados por la conducta del perjudicado, al realizar obras en la zona de servidumbre de la carretera que alteraron el normal funcionamiento del sistema de evacuación pluvial. En el presente caso, de los informes emitidos por la Dirección General del Medio Natural se desprende que, en la caída de los árboles sitos en el monte público, influyó decisivamente que el titular de la finca dañada realizara un desmonte del talud de que se trata (que no parece que pertenezca a dicha finca, sino al monte, pues de las fotos aportadas con los citados informes se deduce que con el vallado de aquélla se ocupó parte del monte, incluido su talud, si bien en cualquier caso no es una cuestión decisiva a los efectos del presente procedimiento). Dicho desmonte resul-

taba contrario a la buena estabilidad de los árboles en cuestión y, con tan irregular acción, se propició una deficiente sujeción de los mismos al terreno, razón por la que unos fuertes vientos los derribaron, sin que se considere que las rachas de éstos en la fecha de que se trata tuvieran entidad suficiente para provocar por sí solas su caída. En este sentido, el parecer técnico de los informes de la reseñada Dirección General no ha sido desvirtuado por el reclamante, como le correspondía, sin haber siquiera presentado alegaciones al respecto en el trámite de audiencia concedido. Por tanto, el daño debe ser jurídicamente imputado a la conducta del responsable de la finca dañada y no a una deficiente conservación por la Administración de los árboles del monte.

En consecuencia, no se ha acreditado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación y mantenimiento del monte público de referencia y los daños por los que se reclama indemnización, por lo que procede desestimar la reclamación.

III. Finalmente, debe señalarse que el razonamiento utilizado por la propuesta de resolución para fundar la desestimación de la reclamación se encuentra indebidamente incluido en la parte dispositiva de la propuesta, y no en sus consideraciones jurídicas, que es el lugar adecuado al respecto. Por ello, en el apartado primero de dicha parte dispositiva, el párrafo que comienza en “*acreditada la producción del hecho dañoso...*”, hasta su final, debe trasladarse a las Consideraciones Jurídicas.

CUARTA.- Consideración Adicional.

Sin perjuicio de la resolución del presente procedimiento, deben incoarse los procedimientos legalmente procedentes para acordar las medidas de restablecimiento de la situación física alterada con la indebida ocupación del monte público de referencia, y acordar la realización en su talud de las obras necesarias para evitar daños al patrimonio forestal y a terceros, debiendo asimismo dirigirse contra quien proceda las oportunas acciones sancionadoras y resarcitorias del daño causado a dicho patrimonio.

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, por no acreditarse la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos de conservación y mantenimiento de las carreteras regionales y los daños por los que se reclama indemnización. Debe corregirse, no obstante, lo reseñado en el epígrafe III de la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 160/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 16/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 161/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 16/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 162/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en las inmediaciones de centro hospitalario.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 23/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 163/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 23/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 164/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 23/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.

DICTAMEN 165/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 23/09/09

Extracto de Doctrina

Como ya indicamos en nuestro Dictamen 26/1999, emitido a petición de la misma Consejería, cuando se advierta la posible responsabilidad de otra Administración en los hechos objeto del procedimiento debe considerarse a ésta como interesada, pues, en la medida en que pueda ser objeto de una acción de regreso o, incluso, de una directa imputación de corresponsabilidad, ha de entenderse que la resolución podría afectar, mediata o inmediatamente, a sus intereses.

Del mismo modo, la propuesta de resolución, en su Fundamento Jurídico Tercero, in fine, alude a “la existencia de una adjudicataria de la obra que se estaba desarrollando en la vía”, circunstancia ésta que no tiene reflejo en el expediente remitido al Consejo

Jurídico. De existir dicho contratista, también debería habersele dado audiencia en el presente procedimiento, atendida la posible imputación de responsabilidad que de él podría derivársele, conforme a lo establecido en 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2008, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional como consecuencia de los daños padecidos en un vehículo de su propiedad cuando, el 23 de noviembre de 2007, circulaba por una vía de titularidad regional (MU-302) a su paso por La Alberca.

Según el reclamante la causa del percance fue la existencia de una tapa de alcantarilla que no estaba colocada en su sitio, lo que hizo que el interesado introdujera una de las ruedas del vehículo que conducía en la citada alcantarilla. Relata, además, cómo informó de los hechos a la Policía Local y a la Guardia Civil.

La cantidad reclamada asciende a 424,83 euros, coincidente con el importe de la factura expedida por un taller mecánico el 30 de octubre de 2008 a nombre de la compañía aseguradora del vehículo, en la que consta una franquicia de 210 euros. Se acompaña a la reclamación el recibo expedido por el taller mecánico al interesado como acreditación del pago del importe de la indicada franquicia.

También se adjunta fotocopia compulsada de la siguiente documentación:

- Permiso de conducción del reclamante.
- Permiso de circulación del automóvil siniestrado.
- Tarjeta de Inspección Técnica del vehículo.
- Comunicación dirigida por la compañía aseguradora al interesado en el que se le indica que el seguro contratado lo es de la modalidad “todo riesgo con franquicia”.
- Recibo del pago de la póliza del seguro el 19 de agosto de 2008.
- DNI del reclamante.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de enero de 2009, el órgano instructor solicita a la Dirección General de Carreteras informe sobre los hechos relatados y las circunstancias del accidente. Contesta el centro directivo requerido en los siguientes términos:

“A.- No podemos manifestarnos sobre el particular ya que no obra en nuestros archivos comunicación alguna del citado siniestro, a salvo de lo manifestado por el reclamante en su escrito.

B.- No estimamos existencia de actuación inadecuada del perjudicado de acuerdo con lo manifestado por éste.

No obstante la existencia de una tapa que según se nos manifiesta se encontrada quitada, es decir fuera de su ubicación normal entendemos que es una causa de la ocurrencia del siniestro reclamado.

Esta tapa y el mantenimiento de toda la red de abastecimiento y saneamiento corresponden a la Empresa x. que es la responsable de los hechos denunciados.

C.- No se tiene constancia de éste ni de otros accidentes de idéntica o similar naturaleza en esta Travesía en estos últimos años.

En referencia a lo anterior hay que hacer constar que al no ser de nuestra incumbencia la reposición de estas tapas no recibimos ninguna comunicación en el teléfono del servicio de emergencias establecido al efecto.

Se hace constar igualmente que si se hubiese tenido constancia del siniestro en las labores rutinarias de inspección de la red, se hubiera procedido a avisar a la Empresa concesionaria de dicho servicio para su reparación inmediata y a la señalización por nuestra parte del punto peligroso producido.

D.- No hay constancia de presunta relación de causalidad en esta reclamación que incumba esta Administración.

E.- La imputabilidad manifiesta puede ser derivada, una vez comprobada la constancia del siniestro en el lugar, día y hora reseñados, a la Empresa x.

F.- No se han llevado a cabo actuaciones relacionadas con dicho siniestro.

G.- Esta Calle que se encuentra inmersa en la Travesía de La Alberca y su itinerario es coincidente con la Ctra RM-302 que discurre entre Beniaján y El Palmar en el TM de Murcia, está dotada de señalización, balizamiento, iluminación y semaforización a cargo del Excmo. Ayuntamiento de Murcia.

H.- No entramos a valorar los daños alegados, ni los aspectos técnicos, ni cuestiones de interés aclaratorias de la presente reclamación, por entender que no deben ser objeto de nuestra consideración”.

TERCERO.- Con fecha 2 de abril de 2009 se notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia, del que no consta en el expediente que hiciera uso, al no formular alegaciones ni justificaciones adicionales a las que ya presentó con la solicitud inicial.

CUARTO.- El 15 de mayo se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que concurren en el supuesto los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de mayo de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En el supuesto sometido a consulta, el reclamante declara ostentar la propiedad sobre el vehículo dañado, lo que acredita con el permiso de circulación del vehículo, expedido a su nombre. La condición de perjudicado que ostenta el reclamante es la que genera su legitimación para actuar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que reconoce el derecho a la indemnización a cualquier persona que hubiese sufrido el daño.

2. La titularidad autonómica sobre la carretera, circunstancia acreditada por el informe de la Dirección General de Carreteras, confiere legitimación pasiva a la Administración regional, al funcionamiento de uno de cuyos servicios se imputa el anormal funcionamiento causante del daño por el que se reclama.

3. La reclamación fue interpuesta en el plazo de un año que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que el percance acaeció el 23 de noviembre de 2007 y la reclamación se presentó el 11 de noviembre de 2008.

4. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido en su normativa reguladora. No obstante, dada la titularidad municipal del servicio público de alcantarillado (artículos 25.2, letra 1) y 26.1, letra a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local) que habría causado el accidente según la versión ofrecida por el reclamante, debió darse trámite de audiencia al Ayuntamiento de Murcia, lo que no se hizo. Con ello se vulnera el artículo 11.1 del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), que preceptúa la necesaria puesta de manifiesto a los interesados del procedimiento instruido, en orden a posibilitar la presentación de alegaciones y justificaciones. Y es que, como ya indicamos en nuestro Dictamen 26/1999, emitido a petición de la misma Consejería, cuando se advierta la posible responsabilidad de otra Administración en los hechos objeto del procedimiento debe considerarse a ésta como interesada, pues, en la medida en que pueda ser objeto de una acción de regreso o, incluso, de una directa imputación de corresponsabilidad, ha de entenderse que la resolución podría afectar, mediata o inmediatamente, a sus intereses.

Del mismo modo, la propuesta de resolución, en su Fundamento Jurídico Tercero, *in fine*, alude a “*la existencia de una adjudicataria de la obra que se estaba desarrollando en la vía*”, circunstancia ésta que no tiene reflejo en el expediente remitido al Consejo Jurídico. De existir dicho contratista, también debería habersele dado audiencia en el presente procedimiento, atendida la posible imputación de responsabilidad que de él podría derivarse, conforme a lo establecido en 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.

Procede, en consecuencia, que se proceda a comunicar la existencia de la reclamación al Ayuntamiento de Murcia y, caso de que exista, también a ese contratista de obras a que se refiere la propuesta de resolución, confiriéndoles el oportuno trámite de audiencia.

Si bien esta conclusión bastaría para no entrar en el fondo del asunto debe el Consejo Jurídico señalar que no comparte el sentido estimatorio de la propuesta de resolución, pues de la instrucción hasta ahora practicada no puede considerarse probada la efectiva produc-

ción del accidente, lo que llevaría 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 ni la realidad del percance ni sus circunstancias, sin que exista en el expediente ningún dato (informe o atestado de la Policía Local, testigos, fotografías averdadas, etc.) que permita corroborar las meras manifestaciones de parte realizadas por el interesado.

No obstante, la necesaria retroacción de actuaciones para dar audiencia a los posibles interesados en el procedimiento, conforme se indica en la Consideración Segunda de este Dictamen, podría aportar nuevos datos a la instrucción que apoyaran el relato fáctico del reclamante, por lo que no procede pronunciarse en este momento acerca del sentido estimatorio o desestimatorio de la futura resolución, debiendo esperar a que se formule nueva propuesta una vez practicado el referido trámite de audiencia.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede que por el órgano instructor se complete la instrucción del procedimiento en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen, tras lo cual habrá de formular nueva propuesta de resolución y deberá remitirse de nuevo el expediente al Consejo Jurídico para emisión de Dictamen sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 166/09.- Resolución de contrato de las obras relativas a urbanización del Plan Especial de Reforma Interior Sector Industrial nº 7: La Polvorista, margen derecha de Molina de Segura.

Consultante: Ayuntamiento de Molina de Segura

Fecha: 28/09/09

Extracto de Doctrina

La doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 16 de octubre de 2007 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Molina de Segura adjudicó a “-, S.A.” el contrato administrativo para la ejecución de las obras de urbanización del Plan Especial de Reforma Interior sector industrial nº 7: La

Polvorista, margen derecha de Molina de Segura. El contrato fue formalizado el 7 de noviembre siguiente.

SEGUNDO.- Mediante Acuerdo de 24 de febrero de 2009, y a la vista de los informes emitidos, la reseñada Junta de Gobierno Local decidió iniciar expediente para declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, entre otros extremos.

TERCERO.- El 3 de abril de 2009 la contratista presenta escrito, que califica como de recurso de reposición contra el anterior acuerdo, en el que, en síntesis, muestra su disconformidad con lo establecido en el mismo.

CUARTO.- Previos los oportunos informes, el 15 de junio de 2009 se formula propuesta de resolución del expediente, en la que se pretende declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, entre otros pronunciamientos.

QUINTO.- Mediante Acuerdo de 11 de agosto de 2009, la Junta de Gobierno Local acordó solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al que remitió el expediente con su extracto e índice reglamentarios.

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 la 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 Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Cuestiones formales.

Examinada la documentación remitida a este Consejo Jurídico, se advierte que el expediente no aparece foliado, deficiencia que deberá ser subsanada, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2,c) del reglamento de este Consejo Jurídico.

TERCERA.- Normativa de aplicación Caducidad del procedimiento.

I. Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por el reseñado TRLCAP y su reglamento (RD 1098/2001, de 12 de octubre), en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

II. A la vista del tiempo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento, aún sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por las consecuencias que ello acarrearía si estuviera incurso en caducidad.

La legislación contractual aplicable a la resolución del presente contrato no establece plazos específicos de duración de esta clase de procedimientos, ni previsiones relativas al silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la LPAC. Así, la Disposición adicional séptima del TRLCAP establece que *“los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

En este punto, y respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejerce facultades de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, debe señalarse que, de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC, resulta que el vencimiento del plazo establecido (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC.

La aplicación supletoria de los indicados preceptos de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación, como más adelante se expondrá.

Por el contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 78/2003) ha mantenido, con carácter general, la inaplicación del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC a los procedimientos de resolución contractual, por las razones indicadas en nuestro Dictamen 59/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente, este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y procedimental, que se concreta, en términos generales, en que son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de que se esté ante una resolución contractual por causa imputable al contratista, pues el procedimiento incoado por la Administración es de los llamados de intervención y susceptible de producir efectos desfavorables a los interesados, esto es, es uno de los previstos en el artículo 44.2 LPAC, dado que, de prosperar la pretensión administrativa, acarreará la pérdida de la fianza prestada, la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración y concurrirá el presupuesto legal para, en su caso, declarar la prohibición del contratista de contratar con aquélla.

Sin embargo, también el Consejo Jurídico, conociendo las peculiaridades inherentes a la contratación administrativa y la especial presencia del interés público que en cada caso la justifica, consideró que esta circunstancia podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad, con base en el artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Si bien ha señalado asimismo que esta excepción debe aplicarse con cautela, sólo a los casos en que el contrato afecte al mantenimiento de un servicio público esencial, pues de entenderse de un modo general, a estos precisos efectos de caducidad, que el interés público concurre en toda contratación administrativa, no sería nunca operativa la aplicación de este instituto, siendo como es una garantía que se ofrece al afectado para evitar una excesiva pendencia del procedimiento. Así se consideró esta excepción en nuestro Dictamen 103/2003.

En fechas recientes, la doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

Así, en la primera de las sentencias citadas se señala (F.D. Cuarto):

“...al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución de contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido en su norma reguladora, la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el artículo 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dió la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades (...) de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo del expediente, con los efectos previstos en el artículo 92”.

Como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía (...).”

En la segunda sentencia citada (F.D. Tercero, B), se responde a las posturas que sostienen la incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la contratación administrativa, señalando el Alto Tribunal que dicha incompatibilidad *“no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos, y menos aún en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación a la contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad de un procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica, que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución (...).*

La anterior doctrina sobre la aplicación de la caducidad a este tipo de procedimientos ha sido ya incorporada en diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 2008; en el mismo sentido, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunitat Valenciana (sentencia de 10 de marzo de 2008), del País Vasco (sentencia de 23 de mayo de 2005) y de Extremadura (sentencia de 18 de abril de 2008). También las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de noviembre de 2007 y 7 de octubre de 2008.

Dicha doctrina jurisprudencial ha sido seguida por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 59, 88 y 90 de 2009, entre otros.

Aplicado todo ello al caso que nos ocupa, y sin que en el mismo se adviertan razones de excepcional interés público que, en hipótesis, pudieran justificar la inaplicación del instituto de la caducidad, resulta que el procedimiento de referencia se inició el 24 de febrero de 2009, por lo que ha transcurrido el plazo de tres meses establecido al efecto, procediendo, en consecuencia, declarar su caducidad, sin perjuicio de incoar uno nuevo con el mismo objeto, al no haber prescrito la correspondiente potestad de la Administración.

CUARTA.- Actuaciones posteriores.

Una vez sea declarada la caducidad del presente procedimiento y notificado a los interesados, procedería incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, al que, por razones de economía procesal, se deberían incorporar las actuaciones seguidas en el caducado, con nueva audiencia a los interesados y posterior formulación de una nueva propuesta de resolución, con posterior solicitud de Dictamen preceptivo a este Consejo Jurídico; solicitud que debería realizarse con la antelación necesaria para que aquél fuera emitido sin prisas y pudiera adoptarse después, dentro del plazo establecido, la oportuna resolución del procedimiento y su notificación a los interesados.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento de referencia y la posterior incoación y tramitación de uno nuevo con el mismo objeto, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 167/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 28/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 151.

DICTAMEN 168/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 28/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 151.

DICTAMEN 169/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 28/09/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 170/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 05/10/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.

DICTAMEN 171/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 05/10/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.

DICTAMEN 172/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro hospitalario.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 05/10/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4

DICTAMEN 173/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo asegurado.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 05/10/09

Extracto de Doctrina

La STS, Sala 3ª, de 14 de junio de 2005, se hace eco de la doctrina de la Audiencia Nacional que niega eficacia interruptiva a escritos que carecen “de los mínimos requisitos necesarios para considerarlos como una verdadera reclamación”. Y la pretensión de resarcimiento, aun deducida de forma implícita, pero concluyente, es el primer y esencial requisito a estos efectos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 26 de octubre de 2006, x., en representación de “-, SA”, presenta un escrito dirigido a la Dirección General de Carreteras en el que expone que, el 29

de octubre de 2005, el vehículo matrícula 2511-CBT, propiedad de su asegurado x., chocó contra un jabalí cuando circulaba por la carretera C-3211, km. 37.900, en el término municipal de Lorca, según atestado levantado por la Guardia Civil, produciéndose desperfectos en dicho vehículo por importe de 4.025 euros, que fueron abonados por la compañía al asegurado.

En dicho escrito, la citada mercantil solicita que se le expida certificación de los titulares y posibles arrendatarios de los cotos de caza colindantes o próximos a la citada carretera en el señalado punto kilométrico, especificando si aquéllos son de caza mayor o menor. Asimismo, manifiesta que *“sirva igualmente la presente para interrumpir prescripción en caso de responsabilidad de este organismo”*.

Adjunta a dicho escrito copias de: atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico, póliza de seguro del automóvil, factura de reparación del vehículo, recibo de finiquito de indemnización suscrito por el asegurado, certificado de transferencia bancaria a éste y del DNI del mismo.

SEGUNDO.- Mediante oficio de 10 de enero de 2007, la citada Dirección General comunica al interesado que se procede a la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, a cuyo efecto le requiere para que acredite su representación, presente copias compulsadas de los documentos aportados y de otros, así como que especifique determinados extremos relativos al caso.

TERCERO.- En la misma fecha se solicita informe del servicio competente de la Dirección General de Carreteras sobre la vía en cuestión, así como al Parque de Maquinaria.

CUARTO.- Con fecha 11 de enero de 2007 se solicita informe a la Consejería de Industria y Medio Ambiente sobre los titulares y posibles arrendatarios de los cotos de caza colindantes o próximos al lugar de los hechos.

QUINTO.- El 18 de enero de 2007 el interesado presenta escrito adjuntando fotocopias compulsadas de diversa documentación, para subsanar los defectos advertidos en el previo requerimiento.

SEXTO.- El 29 de enero de 2007, la Jefa de la Oficina Regional de Caza y Pesca emite informe en el que expresa que en el lugar de los hechos se localiza el terreno cinegético MU-10.097CP, denominado *“El Estrecho”*, con una superficie de 775 hectáreas, siendo su aprovechamiento principal de caza menor y cuya titularidad cinegética pertenece a x. También indica que dicha información ya le fue suministrada al mismo interesado el 13 de septiembre de 2006, previa solicitud de certificación presentada por éste.

SÉPTIMO.- Con fecha 5 de febrero de 2007 emite informe el servicio competente de la Dirección General de Carreteras, en el que, entre otros extremos, manifiesta lo siguiente:

“La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.

A) No se tiene conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación patrimonial, por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del evento lesivo. (...)

C) No existe constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar. (...)

G) El tramo de carretera, con buena visibilidad, no tiene ninguna señalización que merezca significar en relación con el evento lesivo. (...)

J) El tramo de la carretera C-3221 en el que ocurrió el supuesto accidente es una carretera convencional, por lo que no es preceptivo el control regulado de accesos ni vallas metálicas de cerramiento. No obstante, según se ha comprobado, los terrenos colindantes forman parte del coto de caza designado en las tablillas situadas en los pp.kk. 37+965 y 37+300 con el número 10.097, por lo que la existencia del animal suelto que provocó el accidente se podría imputar al titular de dicho coto en el caso de pertenecer al mismo, dado que no existe ninguna valla por parte del titular del coto que impida el acceso de animales sueltos a la carretera.”

OCTAVO.- El 5 de marzo de 2007 el Parque de Maquinaria señala que, para poder informar sobre las cuestiones planteadas, debe remitírsele determinada documentación del vehículo accidentado.

NOVENO.- Mediante oficio de 29 de abril de 2008 se otorga trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones el interesado el 16 de mayo siguiente, en las que, en síntesis, expresa que, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Novena de la Ley 17/2005, de 19 de julio, referente a la responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, en la que se establece la responsabilidad de la Administración titular de la vía en la que se produzca el accidente a consecuencia de su estado de conservación o señalización, en el presente caso existe responsabilidad de la Administración regional, pues, según los informes emitidos, consta que en el lugar de los hechos existía un coto de caza colindante, sin que aquélla hubiera colocado ninguna señalización que advirtiese del peligro de animales en la zona. Asimismo, y ante la eventual existencia de responsabilidad del titular del referido coto, solicita que se le facilite su domicilio para que pueda ejercer, en su caso, las acciones oportunas.

DÉCIMO.- Mediante oficios de 31 de octubre de 2008 se requiere al interesado para que aporte determinada documentación del vehículo accidentado, y al Instituto Nacional de Industria para que facilite el domicilio del titular del coto de caza, al ser interesada en el procedimiento. El primero cumplimenta lo requerido mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 2008; el segundo lo hace mediante oficio de 27 de noviembre de ese año.

UNDÉCIMO.- El 24 de abril de 2009 se otorga a los interesados un trámite de audiencia y vista del expediente, no constando su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

DUODÉCIMO.- El 14 de mayo de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la presencia incontrolada de animales en las carreteras 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, pues el acceso de aquéllos a la vía puede resultar inevitable, atendiendo las diferentes formas por las que pueden acceder a la calzada. Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen, constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.

I. La entidad de seguros reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto subrogada en los derechos del titular del vehículo por el que se reclama indemnización, por haber abonado a éste el importe de los daños reclamados, a virtud del contrato de seguro cuya copia, así como las de los correspondientes documentos acreditativos del pago, constan en el expediente

Los daños se imputan a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de señalización de una vía pública de su titularidad, por lo que aquella está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Por lo que se refiere a si la reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), deben realizarse las siguientes observaciones.

En primer lugar, debe advertirse que el escrito inicial no contenía ninguna pretensión resarcitoria. Como se expuso en el Antecedente Primero, incluía, de un lado, una solicitud de expedición de una certificación sobre la existencia y titularidad de cotos de caza en el lugar del accidente; de otro, la manifestación del interesado de que la presentación de dicho escrito (en el que, además, se exponía el acaecimiento del accidente, sus circunstancias y los daños producidos por el mismo, pero nada más) servía para interrumpir el plazo de prescripción en caso de responsabilidad de la Dirección General de Carreteras (de la Administración regional en general, hay que entender). A la vista de ello, dicha Dirección General, al no ostentar competencias en materia de caza, debió haber remitido el escrito a la Dirección General del Medio Natural, en cuanto organismo competente para atender lo solicitado (como así había hecho ya esta última Dirección, por cierto, en respuesta a una solicitud que el mismo interesado le había dirigido previamente), comunicando a éste la remisión de actuaciones. Y ello independientemente de lo que, ante una eventual y posterior reclamación de responsabilidad patrimonial, se pudiera decidir en orden a la eficacia interruptiva o no de la presentación de tal escrito respecto del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria.

Sin embargo, la Dirección General de Carreteras calificó el referido escrito como de reclamación de responsabilidad patrimonial y, a tal efecto, el 10 de enero de 2007 incoó procedimiento para decidir sobre dicha responsabilidad, requiriendo, además, al interesado para que presentase determinados documentos. En contestación al correspondiente oficio, aquél aporta los documentos requeridos, acto que, entonces sí, supone una implícita reclamación (continuada después, en el mismo sentido y ya expresamente, en el escrito final de alegaciones). Dado que tanto el referido oficio de incoación del procedimiento y requerimiento de documentación como el posterior escrito del interesado cumplimentándolo son de fecha posterior a un año desde el acaecimiento del accidente, sólo cabe plantearse la

virtualidad interruptiva que de dicho plazo pudiera tener la presentación del referido escrito inicial.

A este respecto, en nuestro Dictamen 10/09, y en relación con un caso similar, indicamos lo siguiente:

“No resulta correcta la calificación como reclamación de responsabilidad patrimonial dada al escrito presentado por la interesada ante el SMS en diciembre de 2003. Si se examina el tenor de dicho escrito se advierte que, en realidad, no contiene una auténtica voluntad de que, en virtud del mismo, se tramite y resuelva un procedimiento administrativo en el que se satisfaga una pretensión indemnizatoria, es decir, no es un escrito de iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. Ello es así porque la pretendida reclamación se realiza “a los solos efectos de interrumpir la prescripción de la acción”, lo que significa que, más que una pretensión resarcitoria, lo querido con tal escrito es comunicar a la Administración su futura intención de reclamar, entendiendo la interesada que con tal actuación se producía el efecto jurídico de interrumpir el plazo prescriptivo de su acción. Esto último, por lo demás, no puede aceptarse, pues el artículo 1973 del Código Civil sólo anuda dicho efecto a que la acción se ejercite judicialmente o se formule una auténtica “reclamación” extrajudicial. Como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de junio de 2006, citando uno anterior, “el plazo es de orden público y no es susceptible de ser interrumpido a voluntad por el propio interesado ni de mantenerse suspendido o abierto”. Consecuencia de lo anterior es que en su Dictamen de 19 de octubre de 2006 exprese que “sólo podrá interrumpir el plazo de prescripción (refiriéndose a un telegrama), cuando éste tiene un contenido identificable como de ejercicio de una reclamación, pero no lo es cuando responde a un mero propósito de instar que se tenga por interrumpida la prescripción”, considerando en aquel caso que “los telegramas girados a la Administración no incorporan una pretensión indemnizatoria en sí misma, sino tan sólo un deseo de que se entendiera interrumpido el plazo de prescripción. Por su parte, la STS, Sala 3ª, de 14 de junio de 2005, se hace eco de la doctrina de la Audiencia Nacional que niega eficacia interruptiva a escritos que carecen “de los mínimos requisitos necesarios para considerarlos como una verdadera reclamación”. Y la pretensión de resarcimiento, aun deducida de forma implícita, pero concluyente, es el primer y esencial requisito a estos efectos.

Dicha doctrina ha de ser aplicada al presente caso, añadiendo, además, que, según se desprende de lo expuesto en el Antecedente Sexto, en la fecha de presentación del comentado escrito el interesado conocía la existencia del coto de caza colindante con la carretera, a virtud de la información previamente suministrada por la Dirección General del Medio Natural, por lo que ningún obstáculo tenía entonces para deducir una reclamación de responsabilidad contra la Administración regional, y no limitarse a solicitar una certificación (que ya tenía) y a manifestar que interrumpía el plazo de prescripción de la acción de indemnización contra aquélla.

En consecuencia, negada eficacia interruptiva del plazo prescriptivo al escrito presentado el 26 de octubre de 2006, la acción resarcitoria estaba prescrita cuando el 10 de enero de 2007 la Dirección General de Carreteras incoa el presente procedimiento, por lo que dicho acto tampoco puede enervar el indicado efecto jurídico, procediendo desestimar por la expresada causa la reclamación posteriormente deducida. Todo ello sin perjuicio de lo que se expondrá en la siguiente Consideración sobre el fondo del asunto, que abunda en las razones de su desestimación.

III. En cuanto a otros aspectos del procedimiento, se advierte que no se dictó resolución expresa de admisión a trámite de la reclamación. Tampoco se solicitó de la Guardia Civil de Tráfico que remitiese copia del atestado y demás diligencias que pudiera tener sobre los hechos en cuestión, actuación que siempre es necesaria para ratificar la autenticidad de los documentos que sobre este punto pudiera presentar el interesado y, en todo caso, para una más completa y adecuada instrucción.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto considera que ésta debía haber instalado la correspondiente señalización de advertencia de peligro de animales en la calzada, dado que en el lugar del accidente existía un coto de caza colindante con la carretera.

El Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversos y recientes dictámenes sobre cuestiones similares a la presente, concluyendo que la mera existencia de un coto de caza próximo a una carretera no es circunstancia suficiente para que en todo caso deba colocarse la señal P-24, establecida en la reglamentación de tráfico para indicar la posible existencia de animales sueltos con peligro para la circulación.

Así, en el Dictamen 1619/08, de 13 de noviembre, expresa que “*tampoco concurre la circunstancia contemplada por la disposición adicional 9ª de la Ley de Seguridad Vial en la redacción dada por la Ley 17/2005, de 19 de julio, puesto que no se aprecia una posible responsabilidad de la Administración ni en el estado de conservación de la vía ni en su señalización. En efecto, aunque la propuesta de resolución entiende que es responsable la Administración del Estado por razón de la falta de señalización (la señal P-24 que debe advertir de la presencia de animales sueltos), ello no es así. No se trata de un tramo de vía donde habitualmente tenga lugar este tipo de sucesos ni por tanto quepa prever la presencia de animales sueltos. La existencia de un coto de caza en los alrededores no significa que necesariamente haya de presumirse la falta del debido cuidado para sus terrenos, de suerte que sea previsible la presencia de animales sueltos y deba señalizarse este hecho. Cuando en algún caso se ha apreciado la procedencia de indemnización no ha sido por la falta de la posible señalización, sino por otras circunstancias relacionadas con la conservación y vigilancia de la vía, que aquí no concurren*”. En el mismo sentido, dictámenes 837, 1865 y 2218/08, y 24 y 309/09.

Aunque en dichos dictámenes no se expresa la “*ratio*” última de lo expresado, es razonable inferir que estriba en el hecho de que, ante el elevado número de cotos de caza existentes en el territorio, la colocación en todos los casos de estas señales podría producir un efecto contrario al pretendido, ya que su elevado número en las carreteras las convertiría en

rutinarias para los conductores, en detrimento de los casos en que la advertencia del peligro de animales sueltos hubiera de ser más necesaria y relevante para la seguridad del tráfico.

En parecida línea, la SJCA de Asturias de 21 de enero de 2008 resuelve un supuesto, similar al presente, en el que la carretera en donde acaece el accidente transcurre por un coto de caza y zona boscosa; establece dicha sentencia que *“la necesidad de existencia de señalización P-24 de paso frecuente de animales conforme al art. 149.5 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el 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 el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, no se ve cumplida por el dato de que transcurra dicha carretera por zona boscosa (algo por lo demás predicable de muchas carreteras en nuestra región), sino por el dato específico de que exista un paso frecuente de animales, extremo éste cuya acreditación pasaría por ejemplo por la existencia de otros accidentes en ese mismo lugar o zona por la irrupción de animales en la calzada, extremo éste (que) no consta acreditado o intentado acreditar en autos”*.

Por todo ello, debe considerarse que la referida señalización está indicada cuando conste un avistamiento o paso frecuente de animales en la calzada o la existencia de accidentes por esta causa, siendo así que el informe de la Dirección General de Carreteras reseñado en el Antecedente Séptimo expresa que no consta tal circunstancia en el tramo de carretera de que se trata.

Descartadas las imputadas deficiencias en la señalización viaria, a lo anterior debe añadirse lo expresado por dicho órgano consultivo y este mismo Consejo Jurídico en el sentido de 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”*. (Dictamen 199/08). A su vez, y siguiendo la línea de razonamiento de dicho Dictamen, resulta aún más aplicable tal doctrina a un supuesto como el presente, en que se trata de una carretera convencional, en la que ni siquiera es exigible una limitación de accesos a las propiedades colindantes con la misma.

En consecuencia, no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación y mantenimiento de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La acción de reclamación de responsabilidad patrimonial ha de considerarse prescrita, por las razones expresadas en la Consideración Segunda, II del presente Dictamen.

SEGUNDA.- No existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

TERCERA.- En consecuencia, la propuesta de resolución se dictamina favorablemente en cuanto a su parte dispositiva, desestimatoria de la reclamación, debiendo acomodarse su fundamentación, siquiera en síntesis, a lo expresado en las Consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 174/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 14/10/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 175/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 14/10/09

Extracto de Doctrina

En los supuestos de daños personales sufridos por los profesores por acciones del alumnado, este Consejo Jurídico ha dictaminado de forma favorable la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial en los casos de daños que se producen durante el transcurso de las actividades docentes (por tanto, derivaban del funcionamiento del servicio público docente sea normal o anormal), ocasionados por alumnos que se encontraban bajo la vigilancia del centro escolar y que el empleado público no tenía el deber jurídico de soportar, pues en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligado a realizar sacrificios patrimoniales, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de febrero de 2009, x. presenta escrito de reclamación ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por los daños sufridos el 21 de enero anterior en el Instituto de Enseñanza Secundaria “J. Martínez Ruiz Azorín” de Yecla, cuando impartía clases de educación física en el curso de 3ºB de Enseñanza Secundaria Obligatoria (E.S.O)

En dicha reclamación se describe lo ocurrido del siguiente modo:

“El día 21 del mes de enero, a las 10.30 horas de la mañana, encontrándome en las pistas polideportivas impartiendo clase al curso 3ºB de E.S.O. en el I.E.S J. Martínez Ruiz Azorín de Yecla y de manera fortuita recibí un balonazo en el ojo derecho produciéndome la rotura de las gafas y una contusión en el ojo con un corte que me revisó el médico y no necesitó puntos de sutura. Se adjunta factura e informe de la dirección. Consideramos que ha sido un accidente laboral.”

Solicita, en concepto de daño patrimonial, la reposición de las gafas que llevaba en ese momento, cuyo importe asciende a la cantidad de 629,01 euros, acompañando la factura de una óptica de la localidad.

Por último, también acompaña el informe del Director del IES, de 2 de febrero de 2009, que expresa lo siguiente:

“El día 21 de enero, en clase de Educación Física, con el grupo 3ºB, se tuvo conocimiento por parte de esta Dirección del accidente ocurrido a la profesora de este centro x. Dicho accidente se produjo, de forma involuntaria, como consecuencia de un balón que golpeó en la cara de la profesora y que le ocasionó la rotura de sus lentes, así como una ligera contusión y una herida que le produjeron las gafas al impactar contra su rostro. Esta Dirección comprobó el estado del deterioro total en que quedaron las gafas de la profesora como consecuencia del citado accidente”.

SEGUNDO.- Con fecha de 19 de febrero de 2009, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación presentada, encauzándola como un supuesto de responsabilidad patrimonial, designando instructora del procedimiento; el 26 siguiente se notifica dicha resolución (folio 6).

TERCERO.- A requerimiento de la instructora, según oficio de 19 de febrero de 2009, el Director del IES emite informe el 27 del mismo mes, en el que expresa:

“— Relato pormenorizado de los hechos:

El grupo de alumnos de 3º B de E.S.O., junto con su profesora x., se encontraban en clase de Educación Física el miércoles, día 21 de enero, a las 10:30 horas, desarrollando una actividad programada de Fútbol Sala. Los alumnos, que estaban colocados en dos filas paralelas, debían pasarse el balón de una fila a otra, mientras que la profesora, situada entre ambas, controlaba el desarrollo del ejercicio. En un momento de la actividad el balón, impulsado por un alumno, se fue lejos del lugar del ejercicio. El alumno que fue a recogerlo, en lugar de cogerlo con la mano y devolverlo, chutó hacia las filas, con la mala fortuna de propinar un balonazo que impactó en el rostro de la profesora, rompiéndole las gafas y produciéndole un corte en la ceja que le provocó una hemorragia que finalmente no necesitó puntos de sutura.

Un alumno del grupo llamó al profesor de guardia x. que asistió a la profesora y la sustituyó, permaneciendo con los alumnos en las pistas deportivas hasta el final de la clase.

La profesora x., en el botiquín del centro, aplicó los primeros auxilios para evitar la inflamación y cortar la hemorragia. A continuación, el Jefe de Estudios, x., tras comprobar el estado de la profesora, la autorizó a ir al servicio de urgencias para que se valorara el alcance de la lesión.

— El incidente no fue presenciado por ningún otro profesor, aunque sí las consecuencias del mismo.

— El incidente se produjo en horario escolar, tal como aparece en el relato de los hechos.

— La persona que propinó el balonazo es alumno del centro, se lo propinó durante el desarrollo de la actividad escolar, y concretamente en la clase de Educación Física que estaba impartiendo x.

— El incidente puede calificarse como fortuito.”

CUARTO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante el 12 de marzo de 2009 (notificado el 23 siguiente) para que pudiera tomar vista del expediente, entregar documentación o realizar las alegaciones que considerara convenientes, no consta que hiciera uso de ese derecho.

QUINTO.- La propuesta de resolución, de 7 de mayo de 2009, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al entender que existe relación de causalidad entre el daño sufrido y la prestación del servicio público, puesto que el desempeño o ejecución de funciones propias del puesto de trabajo no pueden originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcionarial, siempre que no haya mediado culpa o negligencia por su parte. Sustenta tal propuesta en el Dictamen 247/2002 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEXTO.- Con fecha 15 de mayo de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo de este 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 ha recabado con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello, remitiéndonos en este punto a la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 75/1999 y 145/2006), acogiendo la del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sostienen que no es admisible excluir del concepto de “particulares”, a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de 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.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el 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 ocurrió el accidente.

2. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que se ha cumplido con lo establecido en la LPAC.

TERCERA.- Los daños al profesorado en el ejercicio de la actividad docente.

Reconocida la legitimación activa de los profesores para reclamar al amparo de lo previsto en el artículo 139 y ss. LPAC, al margen de la relación funcional o laboral, interesa profundizar en la doctrina de este Consejo Jurídico para determinar en qué supuestos ha dictaminado la pertinencia de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los daños ocasionados al profesorado, de otros en los que ha entendido que no era de aplicación, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

1. La responsabilidad patrimonial como vía de resarcimiento para los empleados públicos, cuando no existe una regulación específica.

Punto de partida ha de considerarse que este Consejo Jurídico, incorporando la doctrina del Consejo de Estado, ha señalado que la utilización del instituto de la responsabilidad patrimonial por los empleados públicos, al amparo de lo previsto en el artículo 139 y ss., sólo es posible cuando no exista una regulación específica o cuando, aun existiendo, su aplicación no repare los daños causados, siempre, claro está, que concurren los restantes requisitos para su estimación (Dictámenes 75 y 76 de año 1999).

En nuestro Dictamen 75/1999 se decía a este respecto:

“se pretende una indemnización de daños y perjuicios que no encuentra en el régimen de la relación de empleo o de la prestación del servicio una respuesta específica; por lo tanto, podrían operar las previsiones de la responsabilidad extracontractual, con fundamento en el principio de indemnidad (...)”.

En suma, bien cuando se ha ejercitado la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial por los docentes, bien cuando por la Consejería competente se ha encauzado por esta vía de resarcimiento la petición en ausencia de otra vía específica de compensación, ha de determinarse en cada caso si concurren los requisitos determinantes de la citada responsabilidad: relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y el daño alegado (artículo 139.1 LPAC) y la antijuridicidad del daño sufrido, es decir, que se trate de daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley (artículo 141.1 LPAC).

Es importante destacar, para que pueda imputarse el daño al funcionamiento del servicio público en los accidentes ocurridos en centros escolares, que sean atribuibles los daños como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de julio de 2002).

De lo contrario, cabe recordar la consideración tantas veces reiterada en nuestros Dictámenes, como destaca la Memoria de este Consejo correspondiente al año 2008 (folio 47), 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.

2. Los daños sufridos “con ocasión o como consecuencia del servicio público docente”.

Un aspecto destacado por este Consejo Jurídico en muchos de sus Dictámenes sobre este tipo de daños, es la distinción entre los daños sufridos con ocasión del cumplimiento del servicio, y los padecidos como consecuencia del funcionamiento del propio servicio, que podrán ser jurídicamente atribuidos a la Administración como persona jurídica. Tal distinción, recogida por el Consejo de Estado en su Dictamen 936/1997, aplicada a los daños sufridos por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado causados por un tercero, tiene el siguiente fundamento:

“En el desempeño de sus funciones, un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puede sufrir daños y perjuicios que a veces serán causados por un tercero, y otras podrán ser como consecuencia del funcionamiento del propio servicio de la Administración General del Estado. Hay que diferenciar, pues, los daños sufridos con ocasión del cumplimiento de un servicio pero causados por un tercero, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento de la Administración General del Estado. Mientras que los primeros son imputables al tercero que los haya causado (con ocasión del servicio), los segundos podrán ser jurídicamente atribuidos a la Administración General del Estado como persona jurídica (como consecuencia del servicio)”.

Se plasmó la anterior doctrina, entre otros, en el Dictamen 181/2007 de este Consejo Jurídico: *“en supuestos como el que nos ocupa, es decir, daños sufridos por un empleado público en el desempeño de sus funciones, es preciso distinguir entre aquéllos que pueda padecer con ocasión del cumplimiento de tales funciones, causados por un tercero, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio (...). En principio, estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que los primeros lo serían, en su caso, por el régimen de indemnizaciones previsto en la legislación funcionarial antes referida”.*

Si bien, en el caso de los daños sufridos por los docentes por la acción de los alumnos, éstos no pueden ser considerados como terceros ajenos al servicio público, pues se integran en la organización administrativa mientras el servicio esté en funcionamiento, ejercitándose sobre ellos unas facultades de vigilancia, de acuerdo con lo previsto en 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 períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”.

3. Principio de indemnidad de los funcionarios públicos.

En todos nuestros Dictámenes sobre daños producidos a los docentes, aunque se haya dictaminado la desestimación de la acción de reclamación por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, indicándose en tales casos la conveniencia de su resarcimiento por otra vía específica (Dictámenes 145/2006 y 181/2007), se ha sustentado que su compensación se fundamenta en el principio de indemnidad de los empleados públicos. Así, en el último de los citados se señala:

“Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público algún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública.

Así los artículos 14, d) y 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establecen que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72,b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización”.

Precisamente, la falta de una regulación adecuada y completa de la compensación de daños sufridos por los funcionarios con ocasión y a consecuencia del servicio, ha dado lugar a la búsqueda difícil de criterios a tener en cuenta, lo que ha conducido al Consejo de Estado a proponer la vía del artículo 139 LPAC, como se ha indicado con anterioridad, cuando no exista una regulación específica (Memoria del año 1998), recogida en nuestra doctrina (por todos, Dictámenes 75/99 y 76/99, ya citados).

A este respecto, en el ámbito de la Administración Pública regional, sólo se contemplan, como indemnizaciones por razón de servicio a los funcionarios públicos y personal laboral (Decreto 24/1997, de 25 de abril, cuyas cuantías han sido actualizadas por Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 20 de febrero de 2006), las indemnizaciones por uso de automóvil y motocicleta, por alojamiento y manutención, por participar en tribunales de oposición y en otros órganos encargados de selección, por formar parte de tribunales cuya superación sea necesaria para el ejercicio de profesiones o para la realización de determinadas actividades y por la participación en comisiones de valoración, así como en actividades de formación y perfeccionamiento del personal y asistencia a órganos colegiados.

4. Daños personales sufridos por los docentes por acciones del alumnado.

En los supuestos de daños personales sufridos por los profesores por acciones del alumnado, este Consejo Jurídico ha dictaminado de forma favorable la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial en los casos de daños que se producen durante el transcurso de las actividades docentes (por tanto, derivaban del funcionamiento del servicio público docente sea normal o anormal), ocasionados por alumnos que se encontraban bajo la vigilancia del centro escolar y que el empleado público no tenía el deber jurídico de soportar, pues en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligado a realizar sacrificios patrimoniales, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte.

Téngase en cuenta que la responsabilidad extracontractual, como señala la STS, Sala 3ª, de 18 de junio de 1999, supone la existencia de una determinada actividad administrativa que incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de soportar.

Así se dictaminó favorablemente la estimación de la responsabilidad patrimonial respecto a los daños alegados por un docente con motivo del lanzamiento de un balón por parte de un alumno, cuando el profesor desempeñaba sus labores de vigilancia en el recreo (Dictamen 247/2002) con el siguiente razonamiento:

“Las circunstancias que concurren en el presente supuesto determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional desde el momento en que concurren todos los elementos necesarios para ello. Así, ha quedado acreditado en el expediente un daño o perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en el reclamante (...) y que se ha derivado del funcionamiento del servicio público docente, dado que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo.

Asimismo, la antijuridicidad del daño viene determinado por la inexistencia del deber jurídico de soportarlo por parte del reclamante, quien en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligado a realizar sacrificios patrimoniales (...).”

En igual sentido, en el caso de los daños sufridos por una profesora cuando se desplazaba al pabellón de Primaria y sufrió un balonazo por la acción de un alumno, que le rompió las gafas (Dictamen 86/2004).

También se ha reconocido tal vía resarcitoria en los daños sufridos por una profesora cuando, al intentar separar a dos alumnos que discutían, recibió un puñetazo en el lado derecho de la cara (58/2007), o cuando en el desempeño de sus funciones recibió una agresión física por parte de un alumno (Dictamen 188/02).

En consecuencia, la aplicación de la vía resarcitoria del instituto de la responsabilidad patrimonial ha sido dictaminada favorablemente por el Consejo Jurídico (presupuesto el principio de indemnidad de los empleados públicos y que se trata de daños que no tienen el deber jurídico de soportar), por entender acreditado el nexo causal (“como consecuencia del funcionamiento del servicio público”), al resultar atribuible como inherente a alguno de los factores que la componen, como la actividad docente o la vigilancia o custodia de los alumnos, en aquellos casos en que los daños al profesorado se producen durante el ejercicio de sus actividades docentes, derivadas de acciones de alumnos, que se encuentran bajo la vigilancia del centro escolar, siempre y cuando no medie culpa o negligencia del profesor.

Por último, queda fuera de toda duda la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de daños al profesorado por funcionamiento anormal de los

servicios públicos docentes (defectos constructivos y de las instalaciones, etc.), como se contiene, entre otros, en nuestros Dictámenes 92/2002 y 180/2007.

CUARTA. Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.

Las circunstancias que concurren en el supuesto determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional desde el momento en que se cumplen 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 629,01 euros, que ha derivado del funcionamiento del servicio público docente, y que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo.

Además, el alumno causante del daño no puede ser considerado como un tercero, ejerciéndose sobre él unas facultades de vigilancia durante la jornada escolar, por lo que, conforme al artículo 1.903, último párrafo, del Código Civil, los titulares de los centros docentes responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando las actividades escolares.

Para tal reconocimiento de responsabilidad patrimonial es indiferente que el funcionamiento del servicio público docente haya sido normal o anormal, de acuerdo con el enunciado del artículo 139.1 LPAC, sino que basta que exista relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público docente.

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 no puede venir obligada a realizar sacrificios patrimoniales. En efecto, tanto este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 188/2002 y 86/2004, ya citados), 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, 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 con virtualidad suficiente para romper el nexo causal correspondiente.

Del examen del expediente resulta que la reclamante sufrió un daño, consistente en la rotura de sus gafas y un corte en la ceja, al impactar contra ella un balón lanzado por un alumno durante la clase de Educación Física (actividad programada de fútbol sala), sin intencionalidad de dañarla.

Cabe concluir, pues, que la Administración debe reparar el daño sufrido por la reclamante en el ejercicio de su función docente, al igual que este Consejo Jurídico lo estimó en sus Dictámenes 247/2002 y 86/2004, respecto a supuestos similares al presente. También el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 1001/2004), y el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (por todos en su Dictamen 1075/2007), en el que señala:

“Por tanto, concurren todos los requisitos para estimar la solicitud de indemnización formulada por la profesora, puesto que sufrió el percance durante el desarrollo de una clase, mientras impartía docencia en el gimnasio del citado Instituto, cuando un alumno lanzó

una pelota de goma en condiciones y circunstancias tales que la interesada no pudo evitar que la pelota le golpeará en la cara y, al caer, las gafas al suelo se rompiera la montura.

En consecuencia, en la medida en que se ha acreditado la producción de un daño y que concurre la imprescindible relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y aquellos daños, tendrá que reconocerse la reparación que ha solicitado la profesora”.

No habiéndose discutido el importe en el expediente, la cuantía de la indemnización habrá de coincidir con la anteriormente 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 sometida a consulta, sin perjuicio de la actualización de la cuantía indemnizatoria indicada en el Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 176/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 14/10/09

Extracto de Doctrina

Ante esta diversidad de causas resulta evidente que la Administración no debe responder por sí sola del total de los efectos dañosos, sino que se le debe achacar, como consecuencia de su omisión, una participación en el resultado final razonable y proporcionada al conjunto de circunstancias, de las cuales resulta la casi imposibilidad de efectuar un deslinde distinto al reparto por partes iguales entre los causantes del daño. Así, de existir autorización administrativa para la instalación del poste, el propietario del vehículo y la Administración, han de asumir cada uno la responsabilidad correspondiente a la mitad del daño. De no existir la indicada autorización, la mercantil titular del poste telefónico se incorporaría al elenco de responsables, lo que llevaría a dividir el daño a partes iguales y, en consecuencia, a asumir cada uno de los tres agentes del daño un tercio de éste.

Ahora bien, como ya se indicó en Dictamen 50/2005 de este Consejo Jurídico, la posición en la que se situaría al particular reclamante requiere aceptar que la Administración, ante él, debe responder de la parte del daño imputable al propietario del poste, el cual se habría colocado como un tercero en la órbita del servicio público que en nada empece a que el responsable directo por su funcionamiento anormal sea su titular, es decir, la Administración, la cual puede ejercer su correspondiente derecho de repetición.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 30 de enero de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por los daños sufridos en accidente de circulación ocurrido el 3 de noviembre de 2006.

Según el relato de hechos de la reclamación, el interesado chocó contra un poste de tendido telefónico situado junto a la carretera MU-512 (Cieza-Abarán) en el punto kilométrico 1,5 en sentido Cieza, cuando se vio obligado a realizar una maniobra evasiva para eludir el choque frontal con otro vehículo que circulaba en sentido contrario y que había invadido el carril por el que circulaba el reclamante. Dicho vehículo se dio a la fuga tras el accidente.

Considera el interesado que las consecuencias del siniestro se vieron agravadas por la presencia del poste junto a la carretera, que constituye un grave riesgo para la circulación, siendo imputable a la Administración los daños por permitir la existencia de ese elemento peligroso en la zona de dominio público, a menos de 50 cm. del margen de la vía.

Evalúa el daño en 18.136,82 euros, cantidad a la que asciende el coste de reparación del vehículo, acreditado mediante copia de factura, que se aporta junto a la reclamación.

Igualmente se une a la solicitud de indemnización copia del atestado policial, del que destacan los siguientes extremos:

El accidente, consistente en la salida de la vía por el lado derecho, se produce el 3 de noviembre de 2006 sobre las 19,45 horas en el lugar indicado por el interesado. La carretera consta de calzada única con doble sentido, sin arcenes ni aceras. El firme se encontraba mojado, pues estaba lloviendo. El conductor fue sometido a prueba de alcoholemia que fue negativa. El accidente se salda con un herido leve y daños materiales en vehículo (Volkswagen Golf 2.0), en poste telefónico y muro de casa cercana.

El reclamante, conductor del vehículo, contaba a la fecha del accidente con 18 años, con una antigüedad del permiso de conducir de cuatro meses. Junto a él viajaban tres personas más, uno de ellos menor de edad, que resultó herido leve.

A juicio del agente instructor, el accidente se produce cuando el vehículo conducido por el hoy reclamante *“efectúa maniobra evasiva para evitar colisionar con vehículo B que invade carril de sentido contrario, chocando con poste telefónico, lo que le produce un vuelco en su posición final”*.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de abril, el órgano instructor realiza las siguientes actuaciones:

— Efectúa la comunicación exigida por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), notificando al interesado la suspensión del plazo para resolver hasta tanto subsane las deficiencias y aporte los documentos que se le exigen en la misma comunicación.

— Solicita de la Guardia Civil de Cieza copia autenticada de las diligencias practicadas con ocasión del accidente.

— Recaba de la Dirección General de Carreteras su preceptivo informe.

TERCERO.- El 7 de mayo, junto a la documentación requerida, el interesado presenta escrito por el que solicita la apertura de período de prueba, proponiendo las siguientes:

— Que se recabe informe técnico relativo a si el poste telefónico está situado en la zona de dominio público, con indicación de la distancia a la que se encuentra del borde de la vía y las características de ésta, con plano de situación de los postes del tendido telefónico situados junto a la vía, con indicación de su distancia a la misma.

— Que se aporte copia del expediente de autorización a la compañía telefónica para la instalación del tendido telefónico en el margen de la carretera.

— Inspección ocular.

CUARTO.- El 3 de junio el órgano instructor recibe comunicación efectuada por la Guardia Civil en el sentido de que la copia del atestado remitida por la Administración regional coincide con la obrante en los archivos policiales.

QUINTO.- Con fecha 4 de enero de 2008, la Dirección General de Carreteras remite informe técnico y reportaje fotográfico del lugar del accidente.

El informe es del siguiente tenor literal:

“Que efectivamente la carretera MU-512 Cieza-Abarán mencionada, pertenece a la Red Regional dependiente de la Dirección General de Transportes y Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Que a lo largo de su trazado y en su margen derecha existe una línea telefónica instalada anteriormente a las transferencias entre el Ministerio de Obras Públicas ahora de Fomento y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Que en su día y dadas las características orográficas del terreno por el que discurre la carretera no fue posible instalar dicha línea en puntos más alejados del borde de la misma.

Que independientemente de la existencia de cualquier elemento fuera de la calzada con el que se pueda impactar, si el accidente como es el caso, se ha debido a una maniobra no voluntaria pero inadecuada del vehículo dañado la responsabilidad deberá corresponder al vehículo que circulaba en el otro sentido invadiendo el carril contrario indebidamente.

Por otro lado, la Guardia Civil de Tráfico en su atestado respecto al poste supuestamente impactado, hace referencia a una línea eléctrica y a una línea telefónica, que por las fotografías adjuntas se observa que el poste al que aluden no presenta daño alguno y la placa que posee es de fecha muy anterior al año 2006.

De todo lo anterior se desprende y así lo consideramos que no procede hacerse cargo del coste de los daños reclamados porque la carretera y sus márgenes no fueron los causantes del accidente, que por otro lado habría que comprobar a qué velocidad circulaba el vehículo dañado, dato que no aparece en el atestado de la Guardia Civil de Tráfico y que es importante, puesto que el firme estaba mojado”.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante, presenta escrito de alegaciones para ratificar las de la solicitud inicial y reiterar la petición formulada en período probatorio, de aportación al procedimiento del expediente seguido en su día para la autorización concedida a la compañía telefónica para la instalación del poste.

Asimismo aporta nueva documentación consistente en reportaje fotográfico del estado en que quedaron el coche y el poste tras el accidente, factura de reparación del poste girada por “x” al reclamante por importe de 461,02 euros, informe de la aseguradora de aquél y copia del permiso de circulación del vehículo.

SÉPTIMO.- Con fecha 24 de julio de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, al considerar que concurren en el supuesto todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial. Concluye proponiendo el abono de una indemnización equivalente al 75% del coste de reparación de los daños sufridos, al apreciar que la intervención del reclamante en el origen del daño debe minorar la indemnización en un 25%.

OCTAVO.- Sometida la propuesta a la preceptiva fiscalización previa, la Intervención General la repara, con fecha 31 de octubre, en relación al cálculo del importe de la indemnización, al considerar que la concurrencia de causas en la generación del daño debe llevar a atribuir a cada una de ellas la misma relevancia en la producción de éste, lo que se traduce en una minoración de un 50% en la indemnización que proceda.

NOVENO.- Con fecha 21 de mayo de 2009, se formula nueva propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación y se ajusta, en el cálculo de la indemnización, al reparo de la Intervención, proponiendo el abono al reclamante de 9.068,41 euros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 28 de mayo de 2009.

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.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo (RRP), pues está acreditada en el expediente la titularidad del hoy reclamante respecto del automóvil accidentado, según se desprende de la copia compulsada del permiso de circulación del automóvil y de la factura del taller mecánico por los gastos de reparación del coche, ambos documentos expedidos a su nombre.

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 seguridad se imputa el daño. La titularidad de la carretera es afirmada de manera expresa en la propuesta de resolución y en el informe de la Dirección General de Carreteras.

2. La reclamación se interpone el 30 de enero de 2007, antes del transcurso del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, pues los daños se producen el 3 de noviembre de 2006.

3. El procedimiento ha seguido los trámites esenciales establecidos por las normas reguladoras de los procedimientos para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, constando la audiencia al interesado y la práctica de las pruebas propuestas por aquél. El rechazo de una de estas últimas, consistente en la unión al procedimiento del expediente tramitado para conceder la autorización de instalación del poste telefónico, se motiva por la instrucción, en la propuesta de resolución, calificándola como innecesaria.

No se ha respetado, no obstante, el plazo máximo de seis meses que el artículo 13 RRP establece para la tramitación de este tipo de procedimientos.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. La relación causal.

1. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación de que se trata imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, al permitir la presencia junto al borde de la calzada de una instalación peligrosa para la seguridad del tráfico, como es el poste telefónico contra el que colisionó el vehículo del actor.

Debe recordarse que, según el artículo 22.1 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia (LCRM), vigente en el momento de producirse los hechos por los que se reclama, el poste contra el que se produce la colisión —como reconoce el informe de la Dirección General— se encuentra dentro del área de dominio público colindante con la carretera (3 metros). En esta zona de protección, de conformidad con el artículo 22.2 de la indicada Ley, sólo podrán realizarse obras e instalaciones previa autorización de la Consejería competente, cuando la prestación de un servicio público de interés general lo exija.

Ciertamente, la calificación como servicio público de interés general del servicio de telefonía al que el poste en cuestión da soporte, no parece dudosa a la luz del artículo 2, en relación con el 22 y siguientes de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre. No obstante, debe atenderse a las limitaciones que, respecto de obras e instalaciones en la zona de dominio público en general y de la instalación de líneas aéreas de suministro en los márgenes de las carreteras en particular, establece el Reglamento General de Carreteras, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre. Entre las primeras, su artículo 76.2 dispone que en ningún caso se autorizarán obras o instalaciones que puedan afectar a la seguridad de la circulación vial; entre las segundas, según el artículo 94, c), los tendidos aéreos se autorizarán preferentemente detrás de la línea límite de edificación, estableciendo como límite infranqueable que, en todo caso, la distancia de los apoyos a la arista exterior de la calzada no será inferior a vez y media su altura.

Comoquiera que el poste en cuestión tenía una altura de 9 metros, según consta en la factura de reparación del mismo, girada por la empresa titular —“x”— al reclamante (folio 79 del expediente), el soporte no debería haber estado colocado a menos de 13,5 metros ($9 + 9/2$) de la arista exterior de la calzada. De las fotografías aportadas al expediente, tanto las extraídas del atestado policial como del reportaje unido al informe de la Dirección General de Carreteras, se desprende que la distancia era mucho menor (alrededor de 1-1,5 metros).

Las restricciones a la instalación de soportes de líneas y tendidos aéreos de suministro eléctrico, telefónico y telegráfico, estaba regulada en similares términos en el hoy derogado Reglamento General de Carreteras de 1977, artículo 86.1, letra b).

La presencia de dicho elemento extraño a la funcionalidad de la carretera, prohibida por la normativa citada, que al mismo tiempo encarga a la Administración evitar su colocación por terceros (art. 20, LCRM), implica un funcionamiento anormal del servicio, por omisión, juicio reforzado por la peligrosa cercanía a la zona de rodadura, dada la ausencia de arcén y a tan escasa distancia de la carretera, manifestándose por sí como un riesgo extraño, con independencia de la situación jurídica en que consiste su autorización o no, pues, en cualquier caso, su presencia ha sido consentida por la Consejería consultante en cuanto gestora de la red de carreteras regionales.

La violación de la norma administrativa de que se trata ha constituido efectivamente causa del daño y de su agravación, teniendo en cuenta especialmente que se trata de una norma encaminada a reforzar la seguridad de las personas o bienes que intervienen en el tráfico de vehículos a motor, cuya finalidad protectora trata de prevenir efectos dañosos como los producidos.

2. El daño trae causa del funcionamiento anormal del servicio público, generando una lesión porque el particular no está obligado a soportarlo, al menos en su integridad, afirmación ésta que resulta concluyente a la vista de los diversos factores que intervienen concurrentemente para originar el perjuicio.

Así, resulta del expediente que la primera causa del detrimento patrimonial es la propia conducta del perjudicado, aspecto por él reconocido al manifestar que el único motivo determinante de la accidentada salida de la carretera fue la maniobra evasiva efectuada para evitar la colisión frontal con un vehículo que, circulando en sentido contrario, invadió su carril. Esta circunstancia, considerada como verosímil para los agentes de la Guardia Civil, no ha sido sin embargo probada en el expediente, aun cuando no habría sido en absoluto difícil acreditar su realidad, mediante el testimonio de quienes ocupaban el automóvil accidentado. En cualquier caso, existiera o no ese supuesto vehículo, y ya se debiera la salida de la vía a la aludida maniobra evasiva o a la inadecuación de la velocidad de circulación a las difíciles circunstancias que se presentaban (de noche, con lluvia, conductor inexperto) lo cierto es que el abandono de la carretera no sería imputable a la Administración.

Junto al reclamante, interviene también en la producción del daño la Administración regional, en la medida en que, como se ha dicho, deja de ejercer las funciones que se le imponen en el mantenimiento de la seguridad de las carreteras de las que es titular. Y ello aunque el informe de la Dirección General de Carreteras parece apuntar que la ubicación de la línea telefónica junto a la carretera era conocida por la Administración, y que ya se encontraba en aquel lugar cuando la Comunidad Autónoma asumió la titularidad y, en consecuencia, la gestión de la vía. Se indica, asimismo, que las características orográficas del terreno impidieron instalar la línea en puntos más alejados del borde de la carretera.

Estas consideraciones, sin embargo, no excluyen la intervención de la Administración en la producción del daño. En primer lugar, de las fotografías obrantes en el expediente se advierte que sí parece posible alejar el poste telefónico del borde de la carretera. Por otra parte, la existencia de la línea con anterioridad al traspaso de la gestión de la carretera no exime a la Administración regional de perseguir la adecuación de las vías de su titularidad al ordenamiento jurídico, como de forma patente establece el vigente Reglamento General de Carreteras en su Disposición transitoria cuarta, al fijar un plazo (que finalizó el 11 de enero de 2008) para que la Administración proceda “a revisar todas las autorizaciones y accesos construidos que sean contrarios a las reglas establecidas en la Ley de Carreteras y en el presente Reglamento, sustituyéndolos por otros que sean conformes con la seguridad de la circulación vial”.

Del mismo modo, también participa en la producción del daño quien colocó el poste en aquel lugar, constituyéndose finalmente en agente causante de unos perjuicios que hubiesen sido distintos y menores, posiblemente, de no estar allí situado. No obstante, de contar con la preceptiva autorización para el uso especial del dominio público viario, la parte de responsabilidad que pudiera corresponder al titular de la instalación debería trasladarse al ente autorizador. Este reparto se vería alterado si la empresa propietaria del poste no contara con autorización en vigor para su colocación junto al borde de la carretera, extremo que no se ha acreditado en el expediente a pesar del requerimiento en tal sentido efectuado por el actor. La ocupación por vía de hecho del dominio público viario determinaría que este agente causante del daño, sin el amparo de la autorización administrativa, habría contribuido a la producción del perjuicio en igual medida que la Administración y el reclamante, lo que obligaría a efectuar un reparto proporcional y a partes iguales del daño y de su resarcimiento, lo que equivaldría a fijar la responsabilidad imputable a cada agente en un tercio.

Ante esta diversidad de causas resulta evidente que la Administración no debe responder por sí sola del total de los efectos dañosos, sino que se le debe achacar, como consecuencia de su omisión, una participación en el resultado final razonable y proporcionada al conjunto de circunstancias, de las cuales resulta la casi imposibilidad de efectuar un deslinde distinto al reparto por partes iguales entre los causantes del daño. Así, de existir autorización administrativa para la instalación del poste, el propietario del vehículo y la Administración, han de asumir cada uno la responsabilidad correspondiente a la mitad del daño. De no existir la indicada autorización, la mercantil titular del poste telefónico se incorporaría al elenco de responsables, lo que llevaría a dividir el daño a partes iguales y, en consecuencia, a asumir cada uno de los tres agentes del daño un tercio de éste.

Ahora bien, como ya se indicó en Dictamen 50/2005 de este Consejo Jurídico, la posición en la que se situaría al particular reclamante requiere aceptar que la Administración, ante él, debe responder de la parte del daño imputable al propietario del poste, el cual se habría colocado como un tercero en la órbita del servicio público que en nada empece a que el responsable directo por su funcionamiento anormal sea su titular, es decir, la Administración, la cual puede ejercer su correspondiente derecho de repetición.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

No se ha discutido en el procedimiento la valoración del daño efectuada por el reclamante, acreditado por lo demás mediante la aportación de copia de la factura del taller mecánico que efectuó la reparación y cuyo importe asciende a 18.136,82 euros, sin que el Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras haya llegado a emitir informe acerca de dicha valoración, a pesar del requerimiento efectuado por el órgano instructor.

Procede, en consecuencia, estimar como daño indemnizable el importe acreditado de reparación del vehículo, sobre el cual habrán de aplicarse los porcentajes derivados de la concurrencia de causas del daño, en los términos expresados en la Consideración anterior. Así:

a) De existir autorización administrativa en vigor para la instalación del poste de tendido telefónico en la zona de dominio público viario, la Administración regional debe abonar al reclamante la cantidad resultante de aplicar una reducción del 50% sobre 18.136,82 euros, es decir, 9.068,41 euros, cantidad coincidente con la consignada en la propuesta de resolución.

b) De no existir dicha autorización administrativa, la Administración regional debe abonar al reclamante la cantidad correspondiente a dos tercios de 18.136,82 euros, es decir, 12.091,21 euros.

Dichas cantidades habrán de ser actualizadas conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que concurren los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda su nacimiento.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización habrá de calcularse conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 177/09.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre vestuarios en campo de fútbol de El Raal (Murcia).

Consultante: Ayuntamiento de Murcia

Fecha: 14/10/09

Extracto de Doctrina

No constituye impedimento para declarar la caducidad que la Administración consultante ya dejara caducar un primer procedimiento de resolución contractual. Y no existe obstáculo para la incoación de un nuevo procedimiento resolutorio porque la o las sucesivas declaraciones de caducidad, aun siendo reflejo de una actuación administrativa ciertamente alejada de los principios de celeridad y eficacia que deben regir aquélla, no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración (art. 92.3 LPAC), es decir, la caducidad no conlleva el desamparamiento de la Administración contratante para ejercer las potestades que la Ley le confiere en defensa del interés público, a cuya satisfacción se dirige el contrato.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia, de 4 de abril de 2007, se adjudica mediante subasta a la mercantil “--, S.L.” —única empresa que concurre a la licitación— la ejecución del proyecto de obras de “Vestuarios en campo de fútbol de El Raal (Murcia)”, aprobado por acuerdo del mismo órgano de gobierno municipal, de fecha 7 de febrero.

Las obras son adjudicadas por importe de 225.000 euros, fijándose la garantía definitiva en 9.000 euros.

Del Pliego de Condiciones Jurídicas y Económico-Administrativas (PCAP), destacan los siguientes extremos:

- El tipo de licitación se establece en 235.082,61 euros, presupuesto del proyecto a ejecutar.
- La garantía definitiva se fija en el 4% del importe de adjudicación.
- El plazo de ejecución del proyecto se fija en ocho meses, computados a partir del día siguiente a la formalización del acta de replanteo. Además, la adjudicataria debe cumplir los plazos parciales que le serán señalados por la Dirección Técnica Municipal y presentar un programa de trabajo.
- Del resultado del replanteo y de las modificaciones que, en su caso, puedan introducirse en el calendario de obras presentado por el contratista se levantará Acta. El calendario de obras resultante de esta actuación, que, en ningún caso, podrá superar el plazo previsto en el pliego para la ejecución total de las obras, tendrá que ser estrictamente cumplido por el adjudicatario.
- El incumplimiento del plazo de ejecución del contrato dará lugar a la resolución del contrato con pérdida de la garantía, a no ser que la Administración crea conveniente conceder un nuevo plazo, que será improrrogable sin perjuicio de las sanciones correspondientes.

SEGUNDO.- El 8 de mayo se formaliza el contrato de obras, cuyo precio se fija en 225.000 euros, pagadero mensualmente mediante certificaciones de obra ejecutada. El plazo de ejecución de las obras es de ocho meses a contar desde el día siguiente al acta de comprobación del replanteo, que se expedirá dentro de los diez días siguientes a la formalización del contrato.

TERCERO.- La comprobación del replanteo se retrasa hasta el 20 de julio, debido al incumplimiento por el contratista de su obligación de presentar en plazo (15 días desde la formalización del contrato) el Plan de Seguridad y Salud, a pesar de los requerimientos efectuados por la Administración.

CUARTO.- El 14 de agosto, el Arquitecto Municipal Director de las Obras informa que el acto de comprobación del replanteo no pudo formalizarse al no acudir el Coordinador de Seguridad, pese a estar convocado. En su virtud, se requiere, con fecha 30 de agosto, a la empresa para que formalice el acta de comprobación del replanteo.

Al folio 92 del expediente obra el Acta de comprobación del replanteo, sin que conste en ella observación o reparo alguno, por parte del contratista.

QUINTO.- El 15 de octubre, el Director de las Obras informa que éstas no se han iniciado pese a las órdenes dadas para ello, sin que la contratista haya realizado operación alguna al respecto, “*ni siquiera los trabajos iniciales de establecimiento (caseta y vallado)*”.

Con fecha 25 de octubre, se notifica a la adjudicataria de las obras que, si en el plazo de dos días no comienza la ejecución, se procederá a la resolución del contrato con incautación de la garantía, confiriéndole trámite de audiencia por diez días.

Asimismo, se comunica al avalista la situación en la que se encuentra la ejecución de las obras y la posibilidad de que se resuelva el contrato con incautación de la garantía constituida mediante aval, confiriéndole trámite de audiencia por plazo de diez días.

SEXTO.- Contesta la empresa el 27 de octubre, mediante burofax, que comenzará las obras en el plazo de dos días concedido por el Ayuntamiento.

SÉPTIMO.- El 30 de enero de 2008 el Arquitecto Municipal informa que las obras siguen sin iniciarse.

OCTAVO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 6 de febrero de 2008, se ordena iniciar expediente de resolución contractual por incumplimiento del contratista, con incautación de la garantía definitiva.

El acuerdo fue notificado a la contratista el 19 de febrero de 2008 y a la entidad avalista el 15 del mismo mes.

NOVENO.- En comunicación interior dirigida por el Jefe de Servicio de la Oficina Técnica de Arquitectura al de Contratación, Suministros y Patrimonio, tras visita de inspección, se hace constar que, a fecha 22 de febrero de 2008, las obras se estaban ejecutando.

DÉCIMO.- El 27 de febrero la empresa remite escrito de alegaciones al Ayuntamiento, en el que señala las circunstancias que impidieron el comienzo de las obras, aludiendo a problemas logísticos y de personal de la empresa y con las subcontratas que, ante la imposibilidad de comenzar las obras con medios propios, pretendían utilizar para iniciarlas. Posteriormente surgieron incidencias con los planos necesarios para acometer las obras y con diversas modificaciones sobre el Proyecto, propuestas por la Dirección Facultativa.

En el expediente remitido al Consejo Jurídico falta la página 4 del escrito de alegaciones. Éste finaliza con la petición de la contratista de un acuerdo para solucionar la situación.

UNDÉCIMO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno, de 27 de febrero, se acuerda dejar sin efecto el de 6 de febrero, por el que se iniciaba el procedimiento de resolución del contrato, y ello en atención a que, de conformidad con la visita de inspección girada por el Jefe de Servicio de la Oficina Técnica de Arquitectura, las obras se estaban ejecutando.

DUODÉCIMO.- En comunicación dirigida por el Arquitecto Técnico Municipal al Jefe de Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros, se manifiesta que las obras, que debían haber finalizado el 20 de marzo, a fecha 9 de abril están de nuevo paralizadas y suponen un riesgo para estructuras colindantes (una grada) y para los alumnos de un centro escolar próximo.

El 10 de abril, el Director de la Oficina de Gobierno Municipal requiere a la contratista para que, en un plazo de 24 horas, reanude la ejecución de las obras y adopte las medidas de seguridad adecuadas que eviten el grave peligro que la excavación realizada en el lugar de las obras supone para los alumnos de un centro escolar colindante.

Dicho requerimiento se notifica el 16 de abril.

DECIMOTERCERO.- Contesta la contratista negando que las obras se encuentren paralizadas. Antes al contrario, se habrían interrumpido para que la Dirección de Obra pudiera evaluar el impacto de las aguas de procedencia indeterminada que han aparecido durante la excavación y tomar las medidas de seguridad y salubridad oportunas, por lo que solicita poder continuar con la ejecución de la obra, para lo que pide una reunión que permita solventar el problema derivado del agua.

Asimismo, afirma que el vallado de seguridad se ajusta al Proyecto, no obstante lo cual solicita de la Dirección de Obra que redacte las especificaciones del vallado y aporte o requiera el modificado correspondiente, manifestando su disposición a aceptarlas.

Pide, finalmente, que se le facilite copia tanto del estudio geotécnico de la obra, porque no consta en sus archivos, como del Acta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud, que no le ha sido notificada.

DECIMOCUARTO.- Las alegaciones de la empresa son valoradas por la Oficina Técnica de Arquitectura, señalando que la posibilidad de instalar un vallado más sólido fue propuesto en su día por el Director de las Obras, pero esa posibilidad se desestimó ya en diciembre de 2007, a la vista del presupuesto presentado por la empresa. En cualquier caso, ello no tiene por qué incidir en el curso de las obras.

Se afirma, también, que en ningún momento se indicó a la contratista que se interrumpieran los trabajos para evaluar el impacto del agua aparecida.

En relación con los cambios del personal asignado a las obras por la contratista, se recuerda la obligación de la empresa de comunicar cualquier variación que en este aspecto se produzca, facilitando los datos del nuevo personal de manera inmediata y no esperar durante meses a ser requerida por la Administración.

Finalmente, se afirma que no es obligación de la propiedad entregar a la contratista el estudio geotécnico y que no se advierte obstáculo en facilitarle una copia del Acta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud, de julio de 2007.

A 7 de mayo de 2008, las obras siguen en el mismo estado que cuando se iniciaron los trámites para la resolución contractual.

DECIMOQUINTO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 14 de mayo se requiere a la empresa para que reanude la ejecución de las obras, concediéndole un plazo de tres días para ponerse en contacto con la Dirección Técnica, con advertencia de continuar el procedimiento de resolución contractual, caso de desatender el citado requerimiento.

Se acuerda igualmente conferir trámite de audiencia a la contratista y a su avalista.

El Acuerdo se notifica a ambos interesados el 27 de mayo.

DECIMOSEXTO.- El 2 de junio la contratista presenta alegaciones para señalar su oposición a la resolución del contrato, dado que en sus anteriores escritos se solicitaba la suspensión del cómputo de los plazos de ejecución de la obra hasta que por la Dirección de Obra se tomara una decisión acerca del agua aparecida en la excavación, siendo su voluntad continuar las obras hasta su total ejecución, manifestando que las obras no están paralizadas, en acreditación de lo cual se aporta fotografía.

DECIMOSÉPTIMO.- El 19 de septiembre se aprueba la certificación de obra nº 1, por importe de 48.206,72 euros, correspondiente al mes de julio de 2008.

DECIMOCTAVO.- El 29 de octubre el Arquitecto Técnico Municipal informa de una nueva paralización de las obras. Recoge las manifestaciones del encargado, quien afirma que *“el motivo de la demora es que aún no han encontrado empresa que termine las obras”*.

DECIMONOVENO.- El 20 de noviembre y tras “reiterar” el Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros la propuesta de resolución del contrato, se informa por el Arquitecto Técnico Municipal que a dicha fecha hay dos operarios trabajando en la obra, con la promesa de incrementar su número a cuatro, por lo que propone esperar unos días en orden a valorar si los trabajos se han reanudado o no correctamente.

VIGÉSIMO.- El 6 de febrero de 2009 se informa que las obras están abandonadas.

VIGESIMOPRIMERO.- El 2 de marzo se realiza relación valorada de las obras ejecutadas, que concluye como sigue:

“El importe total de lo ejecutado por --, S.L. asciende a la cantidad de 48.638,37 euros de ejecución material, restan por tanto por ejecutar un total de 112.999,56 euros también de ejecución material. Una vez aplicados los porcentajes correspondientes, la baja y el IVA, la cantidad ejecutada desde el inicio de las obras es de 64.800,78 euros y faltan por ejecutar un total de 160.199,22 euros.

A esta cantidad que resta por ejecutar, habría que añadir el coste que supone tener que excavar de nuevo en el perímetro del vestuario, ya que, a pesar de haberles indicado en repetidas ocasiones que debían retirar el escombros con que han rellenado la excavación, hasta la fecha no lo han hecho y esta unidad tiene un coste de 3.000 euros (retirada y relleno de zanjas), este importe podría deducirse de la fianza depositada en su día por --, S.L.”

VIGESIMOSEGUNDO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de junio de 2009, se procede a:

- a) Declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado por Acuerdo del mismo órgano de 14 de mayo de 2008.
- b) Incoar nuevo procedimiento resolutorio por demora imputable al contratista, con incautación de la garantía definitiva.
- c) Conceder trámite de audiencia al contratista y su avalista.
- d) Valorar las obras ejecutadas en 63.127,56 euros, una vez aplicados los porcentajes a la baja y el IVA, por lo que resta por ejecutar obras por importe de 161.872,44 euros. El saldo de la liquidación es de 0 euros.

VIGESIMOTERCERO.- Notificado el anterior Acuerdo a la contratista y su avalista, la primera formula las siguientes alegaciones:

- a) Que en su día se adjuntaron unos modificados debidos a la aparición del nivel freático que no han sido aprobados hasta el momento.
- b) Que la empresa está pasando por serias dificultades técnicas y económicas que achaca a la situación de crisis generalizada en el sector, que han incidido de forma

decisiva en la merma de medios, tanto propios como subcontratados, para la ejecución de las obras. La situación económica del sector constituye un supuesto de fuerza mayor, por lo que no es imputable a la empresa su incumplimiento contractual, motivado en buena medida por la falta de abono de otras obras por parte de otros organismos públicos, también en situación crítica. Estas circunstancias *“hacen materialmente imposible la prosecución de las obras que mantenemos en la actualidad y llevándonos a una situación cercana a la insolvencia (...) entendemos que va a ser muy difícil finalizar las obras en plazo, ni tan siquiera en plazo razonable”*.

- c) Que atendiendo a la buena fe con la que ha actuado la empresa y dado que el incumplimiento de los plazos de ejecución no le sería imputable, propone la resolución por mutuo acuerdo del contrato, con devolución de la garantía constituida.
- d) Presenta una liquidación de las obras ejecutadas en junio de 2009, que asciende a 15.624,20 euros.

VIGESIMOCUARTO.- Vistas las alegaciones de la contratista, el 20 de julio, el Arquitecto Técnico Municipal se ratifica en los informes anteriores, expresando su desacuerdo con la liquidación de obras presentada por la empresa. Manifiesta, además, que ha contactado con cinco empresas que ya han realizado trabajos para el Ayuntamiento y que estarían interesadas en terminar las obras.

VIGESIMOQUINTO.- Con fecha 24 de julio se eleva a la Junta de Gobierno la propuesta de remisión al Consejo Jurídico del expediente de resolución contractual para emisión del preceptivo Dictamen.

VIGESIMOSEXTO.- Con fecha 22 de septiembre de 2009, la Jefa del Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros formula propuesta de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva y, con desestimación de la liquidación efectuada por el contratista, declara que el saldo de la liquidación es de 0 euros.

Con la misma fecha, el Teniente de Alcalde de la Presidencia ordena su elevación a la Junta de Gobierno Local para su aprobación.

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 25 de septiembre de 2009.

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 la 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 Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Cuestiones formales.

Examinada la documentación remitida a este Consejo Jurídico, se advierte que el expediente no incorpora un extracto de secretaría, deficiencia que deberá ser subsanada, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2,b) del Reglamento de este Consejo Jurídico.

Del mismo modo, debe completarse el expediente con la incorporación de la página 4 del escrito de alegaciones formulado por el contratista el 25 de febrero de 2008, folios 127 al 130, que ha sido omitida en la documentación remitida al Consejo Jurídico.

TERCERA.- Normativa aplicable. Caducidad del procedimiento.

I. Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por el reseñado TRLCAP y su reglamento (RD 1098/2001, de 12 de octubre), en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

II. A la vista del tiempo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento, aún sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por las consecuencias que ello acarrearía si estuviera incurso en caducidad.

La legislación contractual aplicable a la resolución del presente contrato no establece plazos específicos de duración de esta clase de procedimientos, ni previsiones relativas al silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la LPAC. Así, la Disposición adicional séptima del TRLCAP establece que *“los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

En este punto, y respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejerce facultades de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, debe señalarse que, de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC, resulta que el vencimiento del plazo establecido (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC.

La aplicación supletoria de los indicados preceptos de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación, como más adelante se expondrá.

Por el contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 78/2003) ha mantenido, con carácter general, la inaplicación del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC a los procedimientos de resolución contractual, por las razones indicadas en nuestro Dictamen 59/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente, este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y procedimental, que se concreta, en

términos generales, en que son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de que se esté ante una resolución contractual por causa imputable al contratista, pues el procedimiento incoado por la Administración es de los llamados de intervención y susceptible de producir efectos desfavorables a los interesados, esto es, es uno de los previstos en el artículo 44.2 LPAC, dado que, de prosperar la pretensión administrativa, acarreará la pérdida de la fianza prestada, la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración y concurrirá el presupuesto legal para, en su caso, declarar la prohibición del contratista de contratar con aquélla.

Sin embargo, también el Consejo Jurídico, conociendo las peculiaridades inherentes a la contratación administrativa y la especial presencia del interés público que en cada caso la justifica, consideró que esta circunstancia podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad, con base en el artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Si bien ha señalado asimismo que esta excepción debe aplicarse con cautela, sólo a los casos en que el contrato afecte al mantenimiento de un servicio público esencial, pues de entenderse de un modo general, a estos precisos efectos de caducidad, que el interés público concurre en toda contratación administrativa, no sería nunca operativa la aplicación de este instituto, siendo como es una garantía que se ofrece al afectado para evitar una excesiva pendencia del procedimiento. Así se consideró esta excepción en nuestro Dictamen 103/2003.

En fechas recientes, la doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

Así, en la primera de las sentencias citadas se señala (F.D. Cuarto):

“...al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución de contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido en su norma reguladora, la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el artículo 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades (...) de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo del expediente, con los efectos previstos en el artículo 92”.

Como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía (...).”.

En la segunda sentencia citada (F.D. Tercero, B), se responde a las posturas que sostienen la incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la contratación administrativa, señalando el Alto Tribunal que dicha incompatibilidad “*no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos, y menos aún en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación a la contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad de un procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica, que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquella, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución (...).*”

La anterior doctrina sobre la aplicación de la caducidad a este tipo de procedimientos ha sido ya incorporada en diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 2008; en el mismo sentido, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunitat Valenciana (sentencia de 10 de marzo de 2008), del País Vasco (sentencia de 23 de mayo de 2005) y de Extremadura (sentencia de 18 de abril de 2008). También las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de noviembre de 2007 y 7 de octubre de 2008.

Dicha doctrina jurisprudencial ha sido seguida por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 59, 88, 90 y 166 de 2009, entre otros.

Aplicado todo ello al caso que nos ocupa, y sin que en el mismo se adviertan razones de excepcional interés público que, en hipótesis, pudieran justificar la inaplicación del instituto de la caducidad, resulta que el procedimiento de referencia se inició el 10 de junio de 2009, por lo que en el momento de su remisión al Consejo Jurídico el pasado 25 de septiembre, ya había transcurrido el plazo de tres meses establecido al efecto, procediendo, en consecuencia, declarar su caducidad, sin perjuicio de incoar uno nuevo con el mismo objeto, al no haber prescrito la correspondiente potestad de la Administración.

III. No constituye impedimento para esta actuación que la Corporación consultante ya dejara caducar, y así lo declarara por Acuerdo de su Junta de Gobierno Local de 10 de junio de 2009, un primer procedimiento de resolución contractual, cuyo desenvolvimiento estuvo salpicado de numerosas incidencias tendentes a posibilitar la ejecución de las obras por el adjudicatario de las mismas.

Y no existe obstáculo para la incoación de un nuevo procedimiento resolutorio porque la o las sucesivas declaraciones de caducidad, aun siendo reflejo de una actuación administrativa ciertamente alejada de los principios de celeridad y eficacia que deben regir aquella, no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración (art. 92.3 LPAC), es decir, la caducidad no conlleva el desapoderamiento de la Administración contratante para ejercer las potestades que la Ley le confiere en defensa del interés público, a cuya satisfacción se dirige el contrato. De modo similar, la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en el ámbito del procedimiento sancionador (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 de junio de 2003, dictada con ocasión de un recurso

de casación en interés de ley), según la cual, “*La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejerce potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/92 , no extingue la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley*”.

Importa destacar, asimismo, que la Administración consultante advirtió la caducidad del primero de los procedimientos de resolución contractual incoados y así lo declaró expresamente en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de junio, por el que ordenaba la incoación del actual, en el que se inserta el presente Dictamen. Sin embargo, aun cuando la propuesta de resolución data de una fecha posterior al 10 de septiembre, *dies ad quem* del plazo para la tramitación del procedimiento extintivo del contrato, omite aquella una mínima motivación que justifique la tácita inaplicación del instituto de la caducidad al supuesto sometido a consulta. Como ya se dijo en este Dictamen, sólo la presencia del interés público dotado de una especial intensidad podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad, con base en el artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Del mismo modo advertíamos que esta excepción debe aplicarse con extrema cautela para no desnaturalizar la institución, añadiendo ahora que, para poder interpretar que concurre en cada caso concreto, es preciso que la Administración lo motive de forma suficiente, lo que en el presente supuesto no hace, impidiendo así su apreciación y siendo obligado, en consecuencia, declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual sometido a consulta.

CUARTA.- Actuaciones posteriores.

Una vez sea declarada la caducidad del presente procedimiento y notificado a los interesados, procedería incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, al que, por razones de economía procesal, se deberían incorporar las actuaciones seguidas en el caducado, con nueva audiencia a los interesados y posterior formulación de una nueva propuesta de resolución, con posterior solicitud de Dictamen preceptivo a este Consejo Jurídico; solicitud que debería realizarse con la antelación necesaria para que aquél fuera emitido sin prisas y pudiera adoptarse después, dentro del plazo establecido, la oportuna resolución del procedimiento y su notificación a los interesados.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento de referencia y la posterior incoación y tramitación de uno nuevo con el mismo objeto, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 178/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en su nombre y en representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 15/10/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 12.

DICTAMEN 179/09.- Revisión de oficio de la Orden dictada en expediente sancionador correspondiente al acta de infracción interpuesta contra la responsable solidaria x.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 15/10/09

Extracto de Doctrina

El artículo 112.2 LPAC, aplicable supletoriamente al procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, establece que cuando hubiera otros interesados se les dará “en todo caso” traslado del recurso (aquí, de la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho) para que aleguen cuanto estimen procedente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo de 6 de agosto de 2008, y previa la tramitación del oportuno procedimiento, se impuso a “--, S.L.” y “--, S.L.” (esta última como responsable solidaria con la primera) una sanción de 12.000 euros por la comisión de una infracción a la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales.

SEGUNDO.- Dicha Resolución fue notificada a “--, S.L.” en su domicilio. Por lo que se refiere a “--, S.L.”, el servicio de correos intentó su notificación por dos veces en el domicilio indicado por ésta en los escritos de alegaciones que presentó en el procedimiento. Al resultar infructuosos tales intentos, se procedió a la notificación mediante edictos en el tablón de anuncios del correspondiente Ayuntamiento y en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM).

TERCERO.- Interpuesto recurso de alzada contra la citada Resolución por “--, S.L.”, fue estimado parcialmente por Orden del Consejero de Educación, Formación y Empleo de 28 de octubre de 2008, reduciendo la sanción a 6.010,13 euros. Dicha Orden fue notificada domiciliariamente a las dos empresas responsables, siendo efectuado ello el 2 de diciembre

de 2008 a “-, S.L.” en el mismo domicilio antes reseñado, es decir, el expresado por la empresa en los referidos escritos de alegaciones.

CUARTO.- El 16 de diciembre de 2008, el representante de esta última empresa comparece personalmente en las dependencias de la Dirección General de Trabajo y obtiene copia de la Resolución sancionadora de 6 de agosto de 2008.

QUINTO.- El 13 de enero de 2009, “-, S.L.” presenta un escrito en el que solicita la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de los dos intentos de notificación domiciliaria de la citada Resolución realizados por el servicio de correos a dicha empresa, por no cumplir con las exigencias legales, y de la posterior notificación por edictos de tal resolución; asimismo, pide la declaración de nulidad de la Orden resolutoria del recurso de alzada. Igualmente solicita que, una vez declarada la nulidad que se insta, se anule la Resolución de referencia, a virtud del recurso de alzada que contra la misma también se formula en tal escrito, por los motivos que allí se exponen.

SEXTO.- El 14 de enero de 2009, la referida empresa presenta escrito en el que vuelve a instar la revisión y declaración de nulidad de pleno derecho de los referidos actos, sustancialmente con los mismos argumentos expresados en su escrito anterior; asimismo, solicita que se deje en suspenso el plazo de dos meses otorgado para interponer recurso contencioso-administrativo contra la citada Orden.

SÉPTIMO.- El 17 de marzo de 2009 se formula informe-propuesta de resolución por parte de la Dirección General de Trabajo, para elevar, en su caso, al Consejo de Gobierno, en la que se propone desestimar la solicitud de revisión de oficio, dada la corrección jurídica de los intentos de notificación que se cuestionan y, por ende, también la de la Orden de referencia; asimismo considera que, como consecuencia de lo anterior, el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución sancionadora de 6 de agosto de 2008 debería declararse extemporáneo, dada la fecha de su presentación y la de su notificación.

OCTAVO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 7 de mayo de 2009, en el que se concluye que procede desestimar la solicitud de revisión de oficio de que se trata, por motivos sustancialmente iguales a los expresados en el previo informe-propuesta de resolución. Dicha propuesta fue remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen, y constituye el objeto del presente.

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 a los efectos previstos en 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), conforme establece asimismo el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Actos administrativos objeto del procedimiento de revisión de oficio, competencia y procedimiento.

I. En el procedimiento administrativo de revisión de oficio instado por “--, S.L.” se pretende la declaración de nulidad de diversos actos. De un lado, de los dos intentos de notificación domiciliaria a dicha empresa de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 6 de agosto de 2008, y de su posterior notificación por edictos; de otro, de la Orden de 28 de octubre de 2008, resolutoria del recurso de alzada interpuesto contra aquella por la otra empresa sancionada. Respecto de los primeros actos, no cabe duda de que les alcanza la pretensión de revisión de oficio que se deduce en este procedimiento, pues aun cuando aquella no se consigna expresamente en el “*suplico*” del segundo de los escritos presentados por el interesado, se deduce claramente del último párrafo de su consideración segunda, en donde se pretende la declaración de nulidad “*tanto de la citada Orden como de los supuestos intentos de notificación y publicación en el BORM de la referida Resolución del Director General de Trabajo*”.

Sin embargo, la parte resolutoria de la propuesta de resolución que se dictamina no contiene pronunciamiento alguno sobre la nulidad instada para tales actos, lo que deberá ser subsanado.

II. Compete al Consejo de Gobierno resolver el procedimiento de revisión de oficio en lo que respecta a la reseñada Orden, por tratarse de un acto de un Consejero, de conformidad con lo previsto en el artículo 33.1.a) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Y aunque, en principio, el competente para resolver la revisión de oficio instada sobre los demás actos sería el Consejero consultante, al tratarse de actos de órganos de su Consejería (art. 33.1, b) de dicha Ley), parece lógico que, por la íntima conexión de unos y otros actos a los efectos pretendidos, el Consejo de Gobierno avoque en este caso dicha competencia (art. 14 LPAC) y resuelva conjuntamente las pretensiones de nulidad sobre todos los actos en cuestión. Dicha avocación deberá ser acordada en su momento por el Consejo de Gobierno en acto separado, y ser notificado al interesado, de conformidad con lo establecido en el citado precepto legal.

III. En lo que respecta al procedimiento de revisión de oficio tramitado, se advierte que en el mismo no se dio audiencia al otro interesado, la mercantil “--, S.L.”. No puede darse de tal condición en tanto una eventual declaración de nulidad de la Orden resolutoria del recurso de alzada interpuesto por dicha sociedad afectaría a sus derechos (art. 31.1, b) LPAC), pues tal Orden acordó reducir la sanción inicialmente impuesta por la Resolución de la Dirección General de Trabajo.

El artículo 112.2 LPAC, aplicable supletoriamente al procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, establece que cuando hubiera otros interesados se les dará “*en todo caso*” traslado del recurso (aquí, de la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho) para que aleguen cuanto estimen procedente.

Ello ya justificaría la procedencia del trámite de audiencia de que se trata, a lo que debe añadirse que la eventual estimación de la nulidad pretendida en este procedimiento dejaría sin efecto la referida Orden del Consejero y plantearía, al menos, la posibilidad (remota, si se quiere, pues las alegaciones de la otra empresa se dirigen a la anulación total de la Resolución sancionadora, pero que existe) de que la nueva Orden resolutoria de los recursos de alzada interpuestos por las empresas fuera menos favorable para los derechos de dicha interesada que la primera Orden dictada, circunstancia que resulta suficiente para justificar asimismo que dicha empresa deba ser oída previamente a la resolución del presente procedimiento revisorio.

En consecuencia, procede acordar la retroacción del procedimiento para que se dé traslado a “-, S.L.” de la solicitud de revisión de oficio y pueda formular las alegaciones que estime oportunas, tras lo cual deberá formularse una nueva propuesta de resolución, que será remitida a este Consejo Jurídico, junto con lo nuevamente actuado, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede acordar la retroacción del procedimiento para que se dé traslado a “-, S.L.” de la solicitud de revisión de oficio y pueda formular las alegaciones que estime oportunas, tras lo cual deberá formularse una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida a este Consejo Jurídico, junto con lo nuevamente actuado, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, III, de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 180/09.- Proyecto de Decreto por el que se regula la acreditación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y se crea la Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 15/10/09

Extracto de Doctrina

1. Desde el punto de vista de la competencia funcional sobre sanidad, la Constitución Española reserva al Estado sus “bases y coordinación general”, debiendo significar que el Tribunal Constitucional viene entendiendo que el concepto de “bases” es más amplio que el de “legislación básica”, ya que este último lo que incluye son potestades ordinariamente normativas, mientras que en el primero (que es el aquí aplicable) pueden estar incluidas normalmente potestades ejecutivas (cfr. SSTC de 28 de enero de 1982, 7 y 28 de abril de 1983, 20 de mayo de 1983 y 28 de junio de 1983).

En todo lo demás, la competencia sobre sanidad se atribuye ampliamente a las Comunidades Autónomas (art. 2.2 LGS), y en dicho sector material se ubican sin dificultad los contenidos regulados por el Proyecto, porque la plasmación normativa de un modelo de acreditación de la calidad de los centros, establecimientos y servicios sanitarios como forma de garantía de los derechos de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, excede del concepto de bases y de la coordinación general reservada al Estado, como ya señaló la STC 42/1983, en relación a la acreditación de los centros de trasplante de órganos.

2. La potestad reglamentaria propia, no derivada, de los Consejeros alcanza, pues, únicamente a la regulación de las cuestiones puramente organizativas de su Departamento, a las que se suma la regulación de las relaciones de especial sujeción. Es el ámbito de los llamados reglamentos independientes de ámbito organizativo, en los que, por contraposición a los denominados como reglamentos ejecutivos, no se procede a desarrollar las previsiones de otra norma superior. Así pues, los Consejeros únicamente pueden dictar reglamentos ejecutivos o de desarrollo de otra norma, previa habilitación.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias elabora un Anteproyecto de Decreto por el que se regula la acreditación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El indicado Anteproyecto se eleva a la Consejera de Sanidad, para su tramitación como Decreto, acompañado de la siguiente documentación:

— Propuesta del referido órgano directivo a la Consejera.

— Memoria justificativa de la legalidad, acierto y oportunidad de la iniciativa normativa, según la cual, se persigue el desarrollo de las prescripciones contenidas en la legislación básica estatal en materia de calidad y seguridad sanitarias, mediante la regulación del procedimiento formal de acreditación de centros, establecimientos y servicios sanitarios, como instrumento de garantía a los ciudadanos de la calidad y seguridad en la prestación de los servicios sanitarios. Además, se crea la Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios, como órgano técnico colegiado, con funciones de asesoramiento, informe y propuesta en la materia.

La memoria, asimismo, ofrece justificación sobre algunas de las opciones normativas adoptadas y afirma que la entrada en vigor del futuro Decreto no llevará consigo la derogación de norma alguna, si bien, sí afecta al régimen del Registro de Recursos Sanitarios Regionales, establecido por el Decreto 73/2004, de 2 de julio, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de los centros, establecimientos y servicios sanitarios y el indicado registro, que es modificado en la parte final del Proyecto.

— Memoria económica del coste derivado de la implantación de las medidas previstas en el Proyecto, que se estima en 31.700 euros, lo que no constituye incremento de gasto.

— Informe sobre impacto por razón de género, según el cual la norma proyectada no contiene disposición alguna que implique ningún tipo de discriminación entre el hombre y la mujer.

SEGUNDO.- El 5 de septiembre de 2008 se emite informe favorable al Proyecto por el Servicio Jurídico de la Consejería impulsora, con una sugerencia de suprimir dos disposiciones finales innecesarias (sobre la entrada en vigor de la norma y su desarrollo posterior), que es asumida por los redactores del texto.

TERCERO.- Sometido el Proyecto al Consejo de Salud de la Región de Murcia, es informado favorablemente en la sesión de 27 de noviembre de 2008, según consta en certificado expedido por su Secretario.

CUARTO.- Por la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y en orden a hacer efectivo el trámite de audiencia sobre el Proyecto, se da traslado del mismo a la Consejería de Educación, Empleo y Formación (dada la previsión contenida en una Disposición final del Proyecto de modificar el Decreto 73/2004, que afectaría a las estructuras sanitarias de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales) y a las siguientes empresas, asociaciones y colegios profesionales:

— ASISA, SANITAS, ADESLAS, DKV, FIATC.

— Unión Murciana de Hospitales y Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo.

— Colegios Oficiales de Protésicos Dentales; de Químicos; de Ópticos y Optometristas; de Podólogos; de Psicólogos; de Biólogos; de Diplomados en Enfermería; de Logopedas; de Odontólogos y Estomatólogos; de Fisioterapeutas; de Médicos; y de Farmacéuticos, todos ellos de la Región de Murcia.

Presentan alegaciones los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, Diplomados en Enfermería, Podólogos, y Médicos, que son objeto de valoración por el Servicio de Inspección de Centros y Establecimientos Sanitarios, incorporándose algunas de ellas al texto, para alumbrar un segundo borrador.

QUINTO.- Recabado de nuevo el informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Consumo, se emite en sentido favorable al Proyecto y se solicita el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

SEXTO.- Con fecha 22 de abril de 2009, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe en sentido favorable al Proyecto, si bien formula reparos de legalidad a tres preceptos, relacionados con el limitado alcance de la potestad reglamentaria originaria de los Consejeros y con el sentido del silencio administrativo. Asimismo, el informe contiene otras observaciones y sugerencias que, no obstante, no alcanzan la cualidad de esenciales.

SÉPTIMO.- Valoradas las observaciones de la Dirección de los Servicios Jurídicos en informe del Jefe de Servicio de Inspección de Centros y Servicios, se elabora el texto definitivo del Proyecto que, en copia autorizada consta como documento número 20 del expediente. En éste obra, asimismo, la propuesta de la Consejera de Sanidad y Consumo al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto y la Orden por la que se acuerda recabar el Dictamen del Consejo Jurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 30 de junio de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al ser la norma objeto de consulta desarrollo reglamentario de las Leyes 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS); 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad

del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS); y 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (LSRM).

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

El Proyecto sometido a consulta tiene como objetivo primordial sentar las bases formales del modelo de acreditación de la calidad de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de la Región de Murcia, mediante el procedimiento tendente a certificar dicha acreditación y la determinación de los órganos intervinientes en el mismo. El sistema se basa en la evaluación de los centros a la luz de criterios y estándares de calidad predefinidos y superiores a los requisitos mínimos de calidad y seguridad utilizados como parámetro para el otorgamiento de la autorización de actividad, función de policía administrativa ésta que ya fue objeto de regulación en el Decreto 73/2004, de 2 de julio, sobre autorización administrativa de centros, establecimientos y servicios sanitarios. Este Decreto, asimismo, es objeto de modificación en el Proyecto.

La acreditación, además, se configura como requisito necesario para que los centros de titularidad privada puedan suscribir conciertos para la prestación de servicios sanitarios de cobertura pública.

I. Panorama normativo.

El artículo 43 de la Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud e insta a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

En cumplimiento de este precepto constitucional, se dicta la LGS, cuyo artículo 2.1 le otorga la condición de norma básica (excepto los artículos 31,1, letras b) y c), y 57 a 69), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.16 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad. El artículo 2.2 de la Ley dispone que las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de aquélla, en ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía.

La LGS (artículo 29) somete a autorización administrativa previa la instalación y funcionamiento de los centros y establecimientos sanitarios, precisando que dicha autorización se referirá también a las operaciones de calificación, acreditación y registro del establecimiento.

Por otra parte, se atribuye a las Administraciones sanitarias competentes la determinación de las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a los conciertos, y la necesidad de previa homologación —conforme al protocolo establecido por la Administración competente— de los centros susceptibles de ser concertados (artículo 90 LGS).

También al amparo del artículo 149.1, 16ª CE (y del 149.1, 17ª), se promulga la LCCSNS, cuyo Capítulo I regula la garantía de las prestaciones sanitarias, en lo relativo a la seguridad, calidad, accesibilidad, movilidad y tiempo de acceso a las mismas. Así, en sus artículos 28.1 y 29, dispone que las Comunidades Autónomas garantizarán la calidad de las prestaciones. Dichas garantías serán aplicables tanto a centros públicos como privados, correspondiendo a la Administración sanitaria competente velar por su cumplimiento. Fuera de este Capítulo I, pero en íntima conexión de sentido con él, el artículo 62 establece que se fomentará la evaluación externa y periódica de la calidad y la seguridad, mediante

auditorías por parte de las instituciones públicas o empresas privadas que garanticen una evaluación independiente.

El Proyecto de Decreto sometido a consulta pretende regular la acreditación de la calidad de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Comunidad Autónoma, y en este sentido, supone el desarrollo de las previsiones contenidas en los artículos 28.1 y 29 de la mencionada LCCSNS

De otro lado, comoquiera que el Proyecto también persigue modificar el Decreto 73/2004, cabe recordar que la LCCSNS, en su artículo 27.3, en consonancia con el artículo 29.1 LGS, establece que mediante Real Decreto se determinarán, con carácter básico, las garantías mínimas de seguridad y calidad que deberán ser exigidas para la regulación y autorización por parte de las Comunidades Autónomas en la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. Y, en su artículo 26.2 dispone que el Registro General de centros, establecimientos y servicios sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo será de carácter público y permitirá a los usuarios conocer los centros, establecimientos y servicios, de cualquier titularidad, autorizados por las Comunidades Autónomas.

En desarrollo de estas previsiones se dictó, con carácter de norma básica, el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, regulando, además, la creación del Catálogo y Registro General de los mismos, y estableciendo una clasificación y definición común a todos ellos.

Ya en el ámbito regional, la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar normas en materia sanitaria se la atribuye el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, según el cual, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1, 16ª de la Constitución.

En ejercicio de esta competencia se dicta la LSRM, que tiene por objeto la regulación, con carácter general, de todas las acciones que permitan hacer efectivos el derecho a la protección de la salud, la calidad de vida y la atención al ciudadano, reconocidos en el artículo 43 y concordantes CE y la ordenación de los servicios sanitarios (artículo 1). Entre los principios informadores de la actuación sanitaria destaca el de la mejora continuada de su calidad (artículo 2, apartado e). Su artículo 6 atribuye al titular de la Consejería de Sanidad el otorgamiento de las autorizaciones administrativas de carácter sanitario para la creación, modificación, traslado o cierre de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como la catalogación, acreditación y mantenimiento de los registros establecidos por las disposiciones legales vigentes, habilitando la Disposición final de la mencionada Ley al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones considere necesarias para la ejecución y desarrollo de la misma.

En su desarrollo y en el de la normativa básica antes citada se dicta el Decreto 73/2004, de 2 de julio, sobre autorización administrativa de centros, establecimientos y servicios sanitarios, que sienta las bases mínimas de seguridad y calidad de la atención sanitaria prestada a los ciudadanos, tanto en la esfera pública como privada, al someter el funcionamiento de los centros y establecimientos sanitarios a autorización, previa comprobación del cumplimiento por aquéllos de diversos requisitos mínimos.

También incide en la materia sobre la que versa el Proyecto sometido a consulta la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia (LDDU). En su artículo 36.3 se reconoce el derecho de los usuarios a obtener información particularizada sobre los centros, servicios y establecimientos sanitarios disponibles y sus indicadores de calidad. Asimismo, el artículo 66 califica como “*línea de actuación y protección*” que favorezca la garantía de los derechos contemplados en la Ley, la de “*autorización, registro y, en su caso, acreditación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios*”. Finalmente, el artículo 67.2 dispone que “*la Administración Sanitaria arbitrará e impulsará la acreditación y certificación de centros, servicios y establecimientos sanitarios, mediante aquellos sistemas de reconocimiento que acrediten el grado de adecuación de cada centro a unos criterios y estándares de calidad fijados previamente*”.

2. Distribución competencial.

Como ya señalamos en el Dictamen 198/2008, de conformidad con los artículos 149.1, 16^ª CE y 11.1 EAMU, corresponden al Estado todas las competencias legislativas y reglamentarias sobre sanidad exterior, la competencia legislativa sobre productos farmacéuticos y, en lo que ahora más interesa, la competencia restringida a fijar las bases —es decir, lo fundamental, los aspectos nucleares— del sistema nacional de salud, coordinando la actuación de las Comunidades Autónomas.

Desde el punto de vista de la competencia funcional sobre sanidad, la Constitución Española reserva al Estado sus “*bases y coordinación general*”, debiendo significar que el Tribunal Constitucional viene entendiendo que el concepto de “bases” es más amplio que el de “legislación básica”, ya que este último lo que incluye son potestades ordinariamente normativas, mientras que en el primero (que es el aquí aplicable) pueden estar incluidas normalmente potestades ejecutivas (cfr. SSTC de 28 de enero de 1982, 7 y 28 de abril de 1983, 20 de mayo de 1983 y 28 de junio de 1983).

En todo lo demás, la competencia sobre sanidad se atribuye ampliamente a las Comunidades Autónomas (art. 2.2 LGS), y en dicho sector material se ubican sin dificultad los contenidos regulados por el Proyecto, porque la plasmación normativa de un modelo de acreditación de la calidad de los centros, establecimientos y servicios sanitarios como forma de garantía de los derechos de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, excede del concepto de bases y de la coordinación general reservada al Estado, como ya señaló la STC 42/1983, en relación a la acreditación de los centros de trasplante de órganos.

Asimismo, las leyes estatales dejan a las Comunidades Autónomas, en su condición de garantes de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, la función autorizadora y acreditadora y les encomienda la evaluación de la calidad, habiendo dictado el Estado normas básicas en la materia únicamente en relación con la autorización de los centros, dejando sin reglamentación estatal la acreditación de la calidad de los centros y servicios sanitarios, de forma que, a nivel estatal, no se ha regulado el sistema de acreditación ni se ha definido en qué consiste.

3. Habilitación reglamentaria.

Además de la potestad reglamentaria originaria de la que está investido el Consejo de Gobierno por el artículo 32.1 EAMU, sendas disposiciones finales de la LSRM y LDDU le habilitan para el desarrollo de sus disposiciones.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

— Se ha dado una amplia difusión del Proyecto a las organizaciones y entidades representativas de intereses sociales y profesionales, si bien no consta en el expediente la motivación del procedimiento elegido para dar el trámite de audiencia, como exige el artículo 53.3, letra b) de la Ley 6/2004.

En este sentido, y en la medida en que la futura disposición objeto del presente Dictamen, como se ha indicado más arriba, afecta a los derechos de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia, habría sido oportuno otorgar trámite de audiencia también a las organizaciones representativas de los intereses de consumidores y usuarios, bien directamente, bien a través de las instituciones participativas en las que se integran, como el Consejo Asesor Regional de Consumo, de conformidad con la función de conocer e informar sobre proyectos de disposiciones generales que afecten a consumidores y usuarios, que le atribuye el artículo 2.4 del Decreto 1/1995, de 20 de enero, de creación del indicado órgano.

— Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en la Consideración Séptima de este Dictamen con ocasión del análisis de la Disposición transitoria del Proyecto, el estudio económico de la norma debería haberse extendido también a los mayores costes que para los centros de titularidad pública y concertados puede suponer la necesidad de obtener la acreditación avanzada, según prescribe el artículo 8 de la disposición sometida a consulta.

CUARTA.- Contenido y estructura de la disposición general proyectada.

El Proyecto de Decreto que se somete a consulta consta de una parte expositiva innominada; una dispositiva constituida por veintinueve artículos, y una parte final integrada por tres disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y dos finales.

La parte dispositiva queda estructurada en los siguientes Capítulos: I. Disposiciones Generales; II. Procedimiento de Acreditación; y III. Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios de la Región de Murcia.

QUINTA.- El establecimiento de los criterios y estándares de acreditación por la titular de la Consejería de Sanidad.

El sistema de acreditación de la calidad en que se inserta el Proyecto precisa de la fijación de criterios y estándares que sirvan de base a la evaluación técnica previa que dé sostén a la resolución concediendo o denegando la acreditación.

El artículo 5.1 del Proyecto atribuye la aprobación de tales criterios y estándares a la Consejera de Sanidad y Consumo, a propuesta de la Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios, órgano colegiado técnico encargado de la elaboración de aquellos parámetros técnicos.

Con ocasión del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos se plantea en el expediente la cuestión acerca de la existencia o no de potestad reglamentaria en la titular de la Consejería para la aprobación de los citados criterios y estándares, sobre la base del

limitado alcance que aquélla tiene en la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

La doctrina del Consejo Jurídico en relación con la potestad normativa de los titulares de los Departamentos en que se organiza la Administración regional es sobradamente conocida por la Consejería consultante (por todos, Dictamen 77/2005) y no parece necesario reproducirla aquí, máxime cuando ya el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos que consta en el expediente la expone con amplitud.

Baste ahora recordar que el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que su artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término “organizativo”.

La ley regional, por tanto, restringe ampliamente la potestad reglamentaria de los Consejeros, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos “*ad extra*”, para reglar las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones.

La potestad reglamentaria propia, no derivada, de los Consejeros alcanza, pues, únicamente a la regulación de las cuestiones puramente organizativas de su Departamento, a las que se suma la regulación de las relaciones de especial sujeción. Es el ámbito de los llamados reglamentos independientes de ámbito organizativo, en los que, por contraposición a los denominados como reglamentos ejecutivos, no se procede a desarrollar las previsiones de otra norma superior.

Así pues, los Consejeros únicamente pueden dictar reglamentos ejecutivos o de desarrollo de otra norma, previa habilitación. A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la hoy derogada Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia, tal habilitación sólo puede producirse por disposición de rango legal (artículo 52.1 de la Ley 6/2004). En la actualidad, en el ámbito material a que se refiere el Proyecto de Decreto sometido a consulta, dicha habilitación no existe.

A la luz de esta doctrina resulta necesario efectuar las siguientes consideraciones:

— La regulación que el Proyecto remite a la actividad normativa de la Consejera, según informa el Jefe de Servicio de Inspección de Centros y Servicios Sanitarios, no desarrolla las situaciones jurídicas de derecho o deber contenidas en el Proyecto, sino que se limita a establecer una base técnica en la que apoyar su aplicación. Sería lo que un sector doctrinal da en llamar “ordenamiento de la técnica” por contraposición a la ordenación estrictamente jurídica u “ordenamiento jurídico”.

Esta construcción, nacida en el campo de la calidad y seguridad industriales, y propia de ámbitos cuya regulación ofrece una alta complejidad técnica y para los que la Ley no resulta ser el instrumento normativo más adecuado, dadas las dificultades que su natural falta de agilidad y flexibilidad suponen para su adecuación al estado de la técnica, puede ser útil en el supuesto sometido a consulta para precisar la naturaleza de esa Orden por la que se aprueban los criterios y estándares de acreditación, y que adquiere significación jurídica por la instrumentalización que de ella hace el Proyecto para posibilitar la evaluación técnica previa a la acreditación.

En este sentido, el indicado informe precisa que los criterios y estándares que ha de aprobar la Consejera no son normas reguladoras de la actividad sanitaria que establecen reglas de obligado cumplimiento, sino que supone una metodología científico-técnica que, atendiendo a parámetros técnicos y organizativos, permite determinar el grado o nivel de calidad alcanzado por un centro, establecimiento o servicio sanitario. Los criterios y estándares serían, en gráfica expresión utilizada por el citado Jefe de Servicio, las “*unidades de medida*” del sistema de evaluación de calidad.

Estos criterios, según el mismo informante, constituyen parámetros o especificaciones de calidad no obligatorias, pero imprescindibles para la interpretación de la norma reglamentaria.

El carácter no obligatorio de estas determinaciones ha de ser, no obstante, matizado. Y es que los criterios y estándares no son de obligado cumplimiento, en el sentido de no constituir un requisito para la autorización y funcionamiento del centro o servicio sanitario, pero sí que han de ser observados si se pretende obtener la acreditación. Ésta, a su vez, no es sino una declaración o reconocimiento administrativo del nivel de calidad alcanzado por el centro o establecimiento y cuya obtención no es necesaria para el funcionamiento de éste. Así pues, en el sentido indicado, para los centros y establecimientos de carácter privado, podría afirmarse que la acreditación y, por extensión, el cumplimiento de los criterios y estándares, no tienen un carácter coercitivo u obligatorio, sino voluntario.

No obstante, sí resulta obligatoria la acreditación y, en consecuencia, la observancia de los parámetros técnicos cuya determinación se quiere dejar a la Consejera de Sanidad y Consumo, para los centros y establecimientos de titularidad pública y para aquellos privados ya concertados o que pretendan suscribir un concierto con la Administración regional (art. 8 del Proyecto).

Respecto de estos últimos, por tanto, el cumplimiento de los criterios y estándares de calidad, aun tratándose de una cuestión eminentemente técnica, sí influye en su situación jurídica, en la medida en que les hace hábiles para concertar con la Administración la prestación del servicio público sanitario y, por el contrario, les impide acceder a esta forma de gestión descentralizada de la sanidad en caso de no alcanzar los estándares fijados. Ello, en definitiva, trasmuta la naturaleza de las meras reglas técnicas de calidad en disposiciones referidas al régimen jurídico de los centros concertados, al convertir el cumplimiento de los criterios y estándares de referencia en verdadero requisito necesario para suscribir un concierto sanitario, configurándose la acreditación no ya como una mera declaración administrativa del nivel de calidad alcanzado por un determinado centro, sino también como homologación a los efectos del artículo 90.5 LGS.

Desde esta perspectiva, por tanto, no puede afirmarse, como hace el Servicio de Inspección de Centros y Servicios Sanitarios, que la determinación de los criterios y estándares de acreditación constituya un mero sistema de evaluación interna de la calidad. Sí lo sería respecto de los centros de titularidad pública y concertados, estos últimos unidos a la Administración sanitaria por una relación de especial sujeción en su doble condición de contratistas y gestores de un servicio público esencial como el de la sanidad, y, en consecuencia, su regulación sí tendría cabida en el ámbito de la potestad reglamentaria originaria de la Consejera.

Sin embargo, en relación con la acreditación de los centros estrictamente privados, los efectos de los criterios y estándares de calidad exceden el ámbito doméstico de la Conse-

jería y se proyectan hacia el exterior, incidiendo sobre la situación jurídica de aquéllos, en la medida en que no sólo les permiten obtener una declaración administrativa del nivel de calidad que ostentan, con efectos de prestigio e información a los usuarios, sino que también resultan determinantes de su habilitación para concertar con la Administración. Ha de concluirse, por tanto, que no constituyen meras reglas técnicas de aplicación interna o doméstica, sino un verdadero desarrollo reglamentario de las previsiones del futuro Decreto, lo que determina que la Consejera de Sanidad y Consumo carece de competencia para aprobar, mediante Orden, los criterios y estándares de acreditación a que se refiere el artículo 5 del Proyecto.

En consecuencia, deben eliminarse las habilitaciones contenidas en el articulado al establecimiento de los criterios y estándares por parte de la Consejería, como es el caso de los siguientes preceptos: 1.2; 4.1; y Disposición adicional segunda.

SIXTA.- Observaciones de técnica normativa.

1. El título de la disposición debe ser suficientemente expresivo del contenido de ésta, lo que aconseja hacer constar en él el carácter modificativo de la futura norma respecto del Decreto 73/2004, como aconsejan las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (directrices 7 y 53), máxime porque una parte de la modificación (la que afecta al artículo 4 del citado Decreto) parece responder a una suerte de “oportunismo” normativo, que aprovecha la necesidad de modificar el Régimen del Registro de Recursos Sanitarios Regionales contemplado en dicha norma, para introducir una modificación en el ámbito de aplicación de ésta.

Del mismo modo, debería incluirse en el artículo 1 una referencia a la modificación normativa que se realiza.

2. En la parte final de la norma no debería abandonarse la correcta técnica de epigrafiar o intitular los preceptos, lo que no se hace en el Proyecto respecto de las Disposiciones transitoria y finales.

SÉPTIMA.- Observaciones particulares al texto.

1. A la parte expositiva.

a) Como ya se advierte en la Consideración Segunda de este Dictamen, la LDDU dedica algunos de sus preceptos a la materia que es objeto de regulación por el Proyecto, por lo que debería tener su reflejo en la exposición de motivos.

Del mismo modo, y en la medida que la parte expositiva alude a preceptos concretos de las leyes que cita, debería incorporarse también la del artículo 62 LCCSNS, relativo al fomento de las auditorías de calidad del sistema sanitario, atendida su incidencia en la regulación proyectada.

A su vez, la reseña del artículo 29 LGS debería completarse con el inciso que hace referencia, precisamente, a la acreditación de la calidad.

b) Además de la indicación relativa a la modificación del régimen del Registro de Recursos Sanitarios Regionales, que afecta al artículo 18 del Decreto 73/2004, debería incluirse una justificación de la alteración que se pretende operar sobre el artículo 4 del Decreto 73/2004, en lo tocante a la inclusión en su ámbito de aplicación de las estructuras sanitarias relacionadas con la prevención de riesgos laborales, por la vía indirecta de suprimir su mención en la relación de entes excluidos de la aplicación del indicado Decreto.

c) Al tratar de la Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios, se configura como órgano de asesoramiento y propuesta en relación con los criterios y estándares de referencia, lo que induce a creer que este órgano no interviene en el procedimiento de acreditación, quedando sus atribuciones limitadas a la previa determinación de los criterios y estándares. Sin embargo, su contenido funcional caracteriza a este órgano como esencial en el procedimiento de acreditación, al asumir la función de informe-propuesta técnico en el que se basará de forma determinante la resolución, otorgando o denegando la acreditación.

2. Al articulado.

— Artículo 5. Criterios y estándares de acreditación.

El término “servicio sanitario” utilizado por el apartado 2, definido por el Decreto 73/2004 como algo diferente a centro y establecimiento sanitario, en una interpretación literal del precepto restringiría la aplicación de los programas de acreditación a los “servicios sanitarios”, lo que no parece acorde con la finalidad de la futura norma. Debería sustituirse por la expresión “ente sanitario” o por la enumeración de los tres tipos de ente: “centro, establecimiento o servicio sanitario”.

En cualquier caso, la norma contenida en el precepto objeto de consideración es redundante con la expresada en el artículo 6.1 del Proyecto, lo que aconseja su supresión.

— Artículo 7. Requisitos para la acreditación.

a) En realidad lo que se regula en este artículo son los requisitos que han de cumplir los centros, establecimientos y servicios sanitarios para poder solicitar la acreditación, matización que debería incorporarse al título que encabeza el precepto como a la redacción de éste.

Y es que, como se advierte con claridad de la lectura del Capítulo II del Proyecto, para obtener la acreditación no basta con tener la autorización de funcionamiento y estar inscrito en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales, sino que han de cumplirse otros requisitos (formular solicitud, someterse a auditoría, obtener evaluación favorable, etc.).

Es de resaltar, además, que la norma del artículo 7.1 del Proyecto es reiterativa con la contenida en su artículo 9.3, lo que aconseja eliminar dicha redundancia.

b) En el apartado 7.2, la referencia al artículo “8,d)”, debe corregirse, pues la cita correcta es al artículo 8.1, letra d).

Esta remisión al artículo 8.1, letra d) del Decreto 73/2004, no obstante, sería innecesaria, pues impide obtener la acreditación a los centros, establecimientos y servicios sanitarios a los que se les haya impuesto la imposibilidad de ejercer actividades sanitarias, una suspensión provisional de funcionamiento, la prohibición de actividades o la clausura, por no contar con la preceptiva autorización de funcionamiento y mientras no la posean. Ello es equivalente a señalar que no podrán obtener la acreditación los entes sanitarios que no hayan obtenido previamente la autorización o, lo que es lo mismo, expresado en sentido positivo, establecer que sólo podrán conseguir la acreditación los entes que cuenten con autorización de funcionamiento, norma ésta ya establecida en los artículos 7.1 y 9.3 del Proyecto.

Si, a pesar de lo indicado, se opta por mantener la remisión al artículo 8.1, d), debería completarse con la letra a) del mismo precepto, toda vez que la imposición de la medida

allí contemplada impediría cumplimentar el otro requisito para solicitar la acreditación, cual es la inscripción en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales.

— Artículo 8. Obligaciones.

Este precepto no establece norma de procedimiento alguna, por lo que sistemáticamente debería ubicarse fuera del Capítulo II.

— Artículo 9. Solicitud.

a) En la oración que encabeza el apartado 2, debe añadirse la preposición “de” tras el verbo “acompañará”.

b) El apartado 2, letra d) peca de una excesiva inconcreción al señalar que la solicitud deberá acompañarse de cualquier otra documentación exigida en función del tipo de actividad o programa que le sea de aplicación. Ello hace especialmente dificultoso para el ente sanitario interesado en solicitar la acreditación, conocer de antemano qué documentos le van a ser exigidos como preceptivos, lo que unido a la brevedad del plazo de subsanación previsto en el apartado 4 (10 días), puede generar importantes problemas en la aplicación práctica del precepto.

Sería conveniente, por tanto, establecer que, ya sea al fijar los criterios o estándares o, al menos, como contenido necesario de cada programa de acreditación, se concretarán los documentos acreditativos de cada uno de ellos, constituyendo así una referencia objetiva y previa a la formulación de la solicitud a la que acudir para conocer la documentación preceptiva en cada caso, evitando la absoluta indeterminación de la redacción propuesta por el Proyecto.

— Artículo 10. Evaluación y auditoría.

a) En el apartado 1 debería precisarse quién es el llamado a realizar la auditoría, pues el precepto diferencia entre las actividades materiales de comprobación en que consiste la auditoría y el informe técnico de evaluación que sí asigna funcionalmente a la Inspección de Servicios Sanitarios. La duda, además, se alimenta por el hecho de que la Inspección no tiene conferida por su reglamento orgánico la específica función de “auditoría” en el procedimiento de acreditación de los centros, a diferencia de la función de informe que sí le está atribuida por el artículo 14.2, letra b) del Reglamento de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/2008, de 25 de enero, y a diferencia también de la específica atribución de la auditoría docente de centros sanitarios para la formación postgraduada, que le otorga el artículo 14.2, letra f) del citado Reglamento.

Por otra parte, en la determinación de los sujetos hábiles para efectuar la indicada auditoría, han de considerarse las limitaciones que impone el artículo 62 LCCSNS, en relación con la necesaria acreditación de las entidades públicas y privadas que realicen funciones de auditoría de calidad y seguridad de los centros y servicios sanitarios.

b) En el apartado 2, debe incluirse el artículo “la” antes de “Dirección General de...”

— Artículo 12. Resolución.

a) No debe confundirse la acreditación que concede la resolución definitiva del procedimiento con el documento que la plasma materialmente: el certificado de acreditación. Sería más apropiado, en consecuencia, establecer que la resolución otorgará o no la acreditación solicitada.

Conforme al mismo razonamiento, el artículo 16 del Proyecto debería indicar que la acreditación podrá ser revocada durante su vigencia, no durante la del certificado de acreditación.

b) En el apartado 3 debe completarse la cita de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

— Artículo 14. Identificación de centro acreditado.

Debe especificarse que la exposición en lugar visible al público del documento acreditativo de la inscripción ha de hacerse en el mismo centro, establecimiento o servicio acreditado. Este extremo, relevante para garantizar el derecho contemplado en el artículo 36.3 LDDU a obtener información particularizada sobre los centros, servicios y establecimientos sanitarios disponibles y sus indicadores de calidad, no se establece de forma expresa en la redacción actual del Proyecto, aunque sí se indica en la memoria justificativa.

— Artículo 16. Revocación de la acreditación.

Quizás la previsión de la revocación como única medida de reacción frente al incumplimiento de las condiciones que motivaron la acreditación sea excesivamente drástica y desproporcionada, pues, en rigor, cualquier incumplimiento podría desembocar en la revocación. Se sugiere, por tanto, el establecimiento de medidas menos contundentes, como la rebaja en el grado de acreditación concedido si el ente sanitario cumple con los criterios y estándares precisos; o, incluso, la posibilidad de dejar en suspenso la acreditación concedida si se advierten incumplimientos que sean subsanables en un determinado plazo concedido al efecto. Con ello se evitaría la revocación de la acreditación y la necesidad de instar un nuevo procedimiento para su concesión.

— Artículo 17. Naturaleza (de la Comisión Regional de Acreditación).

Debe iniciarse el precepto con la manifestación expresa de la voluntad del Consejo de Gobierno de crear el órgano, utilizando la expresión “se crea la Comisión...” o similar.

— Artículo 18. Funciones.

El apartado b) debería completarse con la función de propuesta de programas de acreditación que el artículo 6.2 del Proyecto atribuye a la Comisión.

— Artículo 19. Composición.

a) En el apartado 1, debe adecuarse la denominación del órgano a la oficial: Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios de la Región de Murcia.

b) El apartado 2 establece que la Comisión puede ser “*asistida, previa invitación*”, por representantes de Colegios Profesionales y expertos del ámbito sanitario. Dicha asistencia o asesoramiento es externo, en la medida en que tales expertos y representantes de las Corporaciones profesionales no se incorporan al órgano como miembros del mismo, no participan en su composición.

No es correcto, en consecuencia, que se pretenda amparar esta previsión en el artículo 23.5 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 pueden participar en la composición de los órganos colegiados que así se determine

organizaciones representativas de intereses sociales, así como “otros miembros” designados en atención a sus especiales condiciones de experiencia o conocimientos. Es fácil advertir cómo la Ley está regulando la composición misma del órgano, abriendo la posibilidad a que algunos de sus miembros puedan pertenecer a las referidas entidades o ser designados en atención a sus conocimientos o experiencia. Se trata, en definitiva, de miembros que de forma permanente se incorporan al colegio, forman parte del órgano y participan en sus deliberaciones y toma de decisiones, por contraposición a la mera actuación asesora, externa al órgano y previa invitación, que regula el Proyecto.

Debe, pues, eliminarse la referencia al precepto legal.

— Artículo 20. Régimen de funcionamiento.

Dispone el artículo que el régimen de funcionamiento, convocatoria y adopción de acuerdos de la Comisión se regirá por lo dispuesto en el Proyecto y en el Reglamento de Régimen Interior, que aprobará el Pleno de la Comisión.

Dos observaciones merece esta norma:

En primer lugar, la remisión a lo que establezca el futuro Decreto es un conjunto vacío, pues ninguna regla específica establece en relación con el régimen de funcionamiento, convocatoria y adopción de acuerdos. Procede, en consecuencia, eliminar dicha referencia.

En segundo lugar, y como ya advierte este Consejo Jurídico en Dictamen 144/2005, de conformidad con el artículo 22.1 LPAC, el régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas contenidas en el Título II, Capítulo II LPAC, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran. El artículo 23.3 de la Ley 7/2004, por su parte, concreta o limita tales peculiaridades organizativas a las que establece la propia Ley regional o la norma de creación del órgano.

Más allá de este régimen legal, el artículo 22.2 LPAC únicamente prevé la posibilidad de completarlo mediante la aprobación por el propio órgano de unas normas de régimen interno cuando se trate de órganos colegiados representativos, es decir, aquéllos en los que participen organizaciones representativas de intereses sociales o los que se compongan de representaciones de diversas Administraciones Públicas. Ninguno de estos supuestos concurren en la Comisión analizada, como ya se ha indicado con ocasión del comentario al artículo 19 del Proyecto, pues todos sus miembros proceden de la Administración regional, sin participación social o administrativa externa algunas.

En consecuencia, las únicas peculiaridades organizativas admisibles serían las establecidas en la Ley 7/2004 o en el propio Proyecto, no pudiendo diferir la regulación de tales peculiaridades a una norma interna de la Comisión que sería contraria al régimen básico de los órganos colegiados, en todo aquello que excediera del establecimiento de un régimen propio de convocatorias, único extremo sobre el que tendría capacidad autonormativa la Comisión, de conformidad con el artículo 26.2 LPAC.

Esta observación se hace extensiva al artículo 21.2 del Proyecto, que remite a un futuro Reglamento de Régimen Interior la determinación de las funciones y la composición de las subcomisiones reguladas en el indicado precepto.

3. Parte final.

— Disposición transitoria.

Pretende el precepto demorar durante dos años la exigencia, establecida por el artículo 8.2 del Proyecto, de contar con la acreditación avanzada para poder concertar con el SMS la prestación de servicios sanitarios.

La redacción podría simplificarse mediante una remisión al referido artículo, señalando que el requisito allí establecido sólo será exigible una vez transcurridos dos años desde la entrada en vigor del futuro Decreto. Dicho requisito, además, será aplicable no sólo a los nuevos conciertos, sino también a los suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del futuro Decreto, como parece intuirse del último inciso de la disposición objeto de comentario, cuando señala que hasta el transcurso de esos dos años, “*podrán mantenerse los conciertos existentes (...) sin la exigencia de este requisito*”.

Esta previsión constituye una manifestación del *ius variandi* de la Administración en los contratos de gestión de servicio público en que consisten los conciertos sanitarios. En efecto, una vez perfeccionado el contrato por su adjudicación y de conformidad con el artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la Administración contratante puede modificar por razones de interés público las características del servicio contratado. En el presente supuesto, y haciendo abstracción del eventual contenido de las obligaciones contractuales derivadas de cada concreto concierto sanitario, esa modificación realizada por vía reglamentaria, podría derivar en la exigencia, de forma indirecta, de un nivel de calidad superior en la prestación, lo que podría incluso traducirse en una alteración del equilibrio económico del contrato, atendidos los mayores costes que para los centros concertados podría suponer su ejecución. Ello obligaría a la Administración a proceder al necesario restablecimiento de dicho equilibrio (art. 208.4, letra a, LCSP), determinando un incremento del gasto.

La trascendencia de esta medida, sin embargo, no se ha visto reflejada en el informe económico que se incorpora al expediente, lo cual debería corregirse previamente a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno.

— Disposición final segunda.

Esta disposición modifica el artículo 18.1 del Decreto 73/2004, para posibilitar la inscripción en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales de las acreditaciones concedidas. Sería oportuno, no obstante, modificar también el artículo 19, pues de lo contrario el carácter taxativo de los tipos de asiento que regula el precepto, que no contempla el relativo a la acreditación, dificultaría su inscripción.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno mediante Decreto.

SEGUNDA.- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- Tienen carácter esencial las siguientes observaciones:

a) Las relativas a la ausencia de potestad reglamentaria originaria de la Consejera de Sanidad y Consumo para fijar los criterios y estándares de acreditación, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

b) Las efectuadas en la Consideración Séptima al artículo 19.2 en relación con la referencia al artículo 23.5 de la Ley 7/2004; al artículo 20 del Proyecto en referencia al Reglamento de Régimen Interior de la Comisión de Acreditación.

CUARTA.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 181/09.- Resolución del contrato de construcción, mediante concesión de obra pública, de un aparcamiento en el subsuelo de la zona ajardinada Parcela V-I del Polígono II del P.P.CE nº 4 de Murcia capital, sita en San Benito-Ronda Sur.

Consultante: Ayuntamiento de Murcia

Fecha: 19/10/09

Extracto de Doctrina

Aun considerando que el Dictamen de este Consejo Jurídico, por provenir de un órgano consultivo al que la ley ha dotado de una especial cualificación e independencia, sea de los calificados por dicho precepto como “preceptivos y determinantes” para la resolución de estos procedimientos (entendiendo tal expresión como referida a informes que el órgano competente debe recabar y tener necesariamente a la vista para resolver, aun cuando no sean estrictamente vinculantes, como viene a entender el Consejo de Estado en su Dictamen 2.072/1999, de 8 de julio), referir la efectividad de la suspensión del citado plazo de caducidad a la fecha del acto en que se acuerde solicitar estos Dictámenes plantea muy serias dudas jurídicas, dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 2 de noviembre de 2006, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia adjudicó a “--, S.A.”, “--, S.A.” y “--, S.A.” (luego “--, S.L.”) el contrato de construcción, mediante concesión de obra pública, de un aparcamiento en el subsuelo de la zona ajardinada “Parcela V-I” del Polígono II del Plan Parcial CE nº 4 de Murcia capital, sita en San Benito-Ronda Sur. El 15 de mayo de 2007 se formaliza escritura de concesión administrativa de construcción de la referida obra pública y de posterior gestión del servicio.

SEGUNDO.- Mediante acuerdo de la citada Junta de Gobierno Local de fecha 1 de julio de 2009 se acuerda, entre otras determinaciones, iniciar procedimiento de resolución de dicho contrato, por incumplimiento del contratista de su plazo de ejecución.

TERCERO.- El 4 de agosto de 2009 la contratista presenta escrito en el que formula alegaciones y se opone a la resolución del contrato, por considerar que no ha incurrido en incumplimiento culpable del mismo, solicitando, por el contrario, que se acuerde su suspensión temporal.

CUARTO.- Formulada el 25 de septiembre de 2009 la oportuna propuesta para declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, previa solicitud de Dictamen preceptivo al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el 30 siguiente la Junta de Gobierno Local acuerda solicitar dicho Dictamen y suspender el plazo para resolver el procedimiento.

QUINTO.- Mediante oficio registrado de salida en el Ayuntamiento de Murcia el 6 de octubre de 2009, su Alcalde solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios. Dicha solicitud es registrada en este órgano consultivo el 8 siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual a la que se opone la 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 Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Normativa de aplicación. Caducidad del procedimiento.

I. Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por el reseñado TRLCAP y su reglamento (RD 1098/2001, de 12 de octubre), en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

II. A la vista del tiempo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento, aún sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por las consecuencias que ello acarrearía si estuviera incurso en caducidad.

La legislación contractual aplicable a la resolución del presente contrato no establece plazos específicos de duración de esta clase de procedimientos, ni previsiones relativas al silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la LPAC. Así, la Disposición adicional séptima del TRLCAP establece que *“los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

En este punto, y respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite facultades de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, debe señalarse que, de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC, resulta que el vencimiento del plazo establecido (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC.

La aplicación supletoria de los indicados preceptos de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación, como más adelante se expondrá.

Por el contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 78/2003) ha mantenido, con carácter general, la inaplicación del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC a los procedimientos de resolución contractual, por las razones indicadas en nuestro Dictamen 59/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente, este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y procedimental, que se concreta, en términos generales, en que son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de que se esté ante una resolución contractual por causa imputable al contratista, pues el procedimiento incoado por la Administración es de los llamados de intervención y susceptible de producir efectos desfavorables a los interesados, esto es, es uno de los previstos en el artículo 44.2 LPAC, dado que, de prosperar la pretensión administrativa, acarreará la pérdida de la fianza prestada, la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración y concurrirá el presupuesto legal para, en su caso, declarar la prohibición del contratista de contratar con aquélla.

Sin embargo, también el Consejo Jurídico, conociendo las peculiaridades inherentes a la contratación administrativa y la especial presencia del interés público que en cada caso la justifica, consideró que esta circunstancia podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad, con base en el artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Si bien ha señalado asimismo que esta excepción debe aplicarse con cautela, sólo a los casos en que el contrato afecte al mantenimiento de un servicio público esencial, pues de entenderse de un modo general, a estos precisos efectos de caducidad, que el interés público concurre en toda contratación administrativa, no sería nunca operativa la aplicación de este instituto, siendo como es una garantía que se ofrece al afectado para evitar una excesiva pendencia del procedimiento. Así se consideró esta excepción en nuestro Dictamen 103/2003.

En fechas recientes, la doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

Así, en la primera de las sentencias citadas se señala (F.D. Cuarto):

“...al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución de contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido en su norma reguladora, la Ley lo fija en tres

meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el artículo 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dió la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades (...) de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo del expediente, con los efectos previstos en el artículo 92”.

Como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía (...).

En la segunda sentencia citada (F.D. Tercero, B), se responde a las posturas que sostienen la incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la contratación administrativa, señalando el Alto Tribunal que dicha incompatibilidad “no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos, y menos aún en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación a la contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad de un procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica, que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución (...).

La anterior doctrina sobre la aplicación de la caducidad a este tipo de procedimientos ha sido ya incorporada en diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 2008; en el mismo sentido, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunitat Valenciana (sentencia de 10 de marzo de 2008), del País Vasco (sentencia de 23 de mayo de 2005) y de Extremadura (sentencia de 18 de abril de 2008). También las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de noviembre de 2007 y 7 de octubre de 2008.

Dicha doctrina jurisprudencial ha sido seguida por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 59, 88 y 90 de 2009, entre otros.

III. Aplicado todo lo anterior al caso que nos ocupa, y sin que en el mismo se adviertan razones de excepcional interés público que, en hipótesis, pudieran justificar la inaplicación del instituto de la caducidad, resulta que el procedimiento de referencia se inició el 1 de julio de 2009, por lo que el 1 de octubre siguiente, es decir, tres meses después, se produjo su caducidad.

A ello no obsta que el 30 de septiembre de ese año la Junta de Gobierno Local acordara solicitar el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico y la suspensión del referido plazo, al amparo de lo establecido en el artículo 42.5, c) LPAC. Aun considerando que el Dictamen de este Consejo Jurídico, por provenir de un órgano consultivo al que la ley ha dotado de una especial cualificación e independencia, sea de los calificados por dicho precepto como “*preceptivos y determinantes*” para la resolución de estos procedimientos (entendiendo tal expresión como referida a informes que el órgano competente debe recabar y tener necesariamente a la vista para resolver, aun cuando no sean estrictamente vinculantes, como viene a entender el Consejo de Estado en su Dictamen 2.072/1999, de 8 de julio), referir la efectividad de la suspensión del citado plazo de caducidad a la fecha del acto en que se acuerde solicitar estos Dictámenes plantea muy serias dudas jurídicas, dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses. No parece que la fecha de la efectividad de la suspensión deba ser la de la “*comunicación*” al interesado de la solicitud del Dictamen, pues el empleo por el artículo 42.5, c) LPAC de dicho término entrecomillado, en vez del de “*notificación*” (que es el utilizado en dicha Ley para anudar la eficacia de un acto administrativo respecto del interesado), denota que dicha comunicación se prevé a los solos fines informativos del hecho de la solicitud y recepción del Dictamen (aunque en tal comunicación deban consignarse las fechas en que se entienda suspendido y reanudado el plazo de resolución del procedimiento, claro está). En cualquier caso, ante la actual falta de jurisprudencia sobre este aspecto, parece razonable referir la efectiva suspensión del plazo en cuestión al momento en que la solicitud del Dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga unas mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público (Dictamen 51/07 de este Consejo Jurídico). Considerando que en el presente caso ello sucedió el 6 de octubre de 2009, en tal fecha ya había transcurrido el plazo de tres meses antes referido y, por tanto, el presente procedimiento quedó incurso en caducidad, que debe declararse formalmente.

CUARTA.- Actuaciones posteriores.

Declarada la caducidad del presente procedimiento, procedería incoar uno nuevo con el mismo objeto, ya que no habría prescrito la correspondiente potestad administrativa para resolver el contrato. Nuevo procedimiento al que, por razones de economía procesal, se deberían incorporar las actuaciones seguidas en el caducado, otorgando nueva audiencia a los interesados, con posterior formulación de una nueva propuesta de resolución, tras lo cual se solicitará nuevo Dictamen a este Consejo Jurídico. A este respecto, es útil señalar también que el acuerdo de suspensión del plazo de resolución no debe ser necesariamente adoptado por el órgano competente para resolver el procedimiento (aquí, la Junta de Gobierno Local, como se hizo en el presente procedimiento), sino que, por tratarse de un acto incidental del mismo, puede ser adoptado por el instructor, si bien remitiendo su efectividad al momento en que la solicitud de Dictamen sea formulada por el órgano competente para ello (el Alcalde, según la LCJ) y sea cursada de modo efectivo (mediante su salida del Ayuntamiento, según se dijo en su momento). Una vez realizado esto último, deberá comunicarse a los interesados, como prescribe la LPAC (así como la recepción del Dictamen en su momento).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento de referencia y la posterior incoación y tramitación de uno nuevo con el mismo objeto, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 182/09.- Reconocimiento de obligaciones contraídas con omisión del trámite de fiscalización previa en la certificación liquidación del contrato de las obras de la Variante Norte de Totana a la empresa adjudicataria.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 19/10/09

Extracto de Doctrina

El acto aprobatorio del saldo de liquidación de las obras se dictó con omisión de la preceptiva fiscalización de la Intervención, pues aquél implicaba el reconocimiento de una obligación económica con cargo a la Administración regional. No obstante, no procede la anulación de tal acto pues, de producirse, habría de dictarse uno nuevo con el mismo contenido que el anulado, ya que no se ha cuestionado la corrección de dicha liquidación más que desde un punto de vista formal, por no haberse dado previo traslado de la propuesta de liquidación al contratista para que formulase alegaciones; vicio que quedó subsanado al notificarle la liquidación aprobada y otorgarle plazo para recurrirla (lo que no consta que hiciera).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 28 de octubre de 2004 la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio adjudicó a “-, S.A.” el contrato de ejecución de las obras de la Variante Norte de Totana, por un importe de 6.636.740 euros. El contrato fue formalizado el 8 de noviembre siguiente.

SEGUNDO.- Remitido el proyecto de liquidación de las obras a la Oficina de Supervisión de Proyectos, el 2 de diciembre de 2008 informa que las ejecutadas son básicamente las definidas en el Proyecto aprobado, con pequeñas variaciones en el número de unidades de obra recogidas en la medición final de la obra realmente ejecutada, ascendiendo su importe a 7.300.414 euros, lo que, sumado al importe de las certificaciones de revisión de precios, da un resultado total de 7.995.770,97 euros. Asimismo informa que, descontando al importe líquido de las obras realizadas el importe de las certificaciones expedidas y abonadas,

incluyendo las correspondientes a la revisión de precios, existe un saldo de liquidación a favor del contratista de 26.159,87 euros.

TERCERO.- El 10 de diciembre se aprueba técnicamente el proyecto de liquidación de las obras, en el que se hace constar que el incremento final del precio sobre el de adjudicación es del 9,96%.

CUARTO.- Elevada la oportuna propuesta por la Dirección General de Carreteras, el 16 de diciembre de 2008 el Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio aprueba la liquidación de las obras, con el referido saldo de liquidación a favor del contratista por importe de 26.159,87 euros, aprobando y disponiendo el correspondiente gasto. El 22 de enero de 2009 la Consejería convalida dichas actuaciones para imputar el saldo al presupuesto de ese año, autorizando y disponiendo el gasto con cargo a la correspondiente partida presupuestaria.

QUINTO.- Remitida a la Intervención Delegada una propuesta de reconocimiento de la obligación y pago de dicha cantidad, el 11 de junio de 2009 aquella Intervención emite informe a los efectos establecidos en el artículo 33.1 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General (RCI), en el que expone que la Orden del citado Consejero de fecha 16 de diciembre de 2008 se dictó con omisión de la previa y preceptiva fiscalización de la Intervención, con infracción de lo establecido en los artículos 90 y siguientes de la vigente Ley regional de hacienda. Además, advierte que se adoptó sin otorgar al contratista el preceptivo trámite de audiencia previo.

No obstante, considera que no procede revisar de oficio dicho acto porque, en el momento de dictarse, existía crédito suficiente para atender el gasto que comportaba, por lo que, si el Consejero así lo estima, puede someter el expediente a la consideración del Consejo de Gobierno, previo informe del órgano gestor en el que explique la omisión advertida y el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEXTO.- El 28 de julio de 2009 el citado Consejero formula propuesta de Acuerdo a elevar al Consejo de Gobierno para que autorice a la Consejería a reconocer la obligación contraída y a realizar los subsiguientes actos de gestión presupuestaria respecto al referido saldo de liquidación. Propuesta de Acuerdo que fue remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen, y que constituye el objeto del presente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

Según lo establecido en el artículo 12. 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico (LCJ), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta que se proyecta elevar al Consejo de Gobierno sobre el reconocimiento de una obligación económica, contraída por la Administración regional, que no fue objeto de la previa y preceptiva fiscalización por la Intervención.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Examinado el expediente remitido, se advierte que no figura en el mismo el informe del órgano gestor explicativo de la denunciada omisión de fiscalización previa, exigido en el artículo 33 RCI, regulador de este especial procedimiento.

No obstante, atendida la finalidad de dicho informe, en el presente caso puede prescindirse del mismo, ahorrando así una innecesaria retroacción de actuaciones. Es claro que la propuesta de liquidación de las obras de referencia se aprobó sin advertir el órgano gestor que no se había remitido previamente a la Intervención, para su fiscalización; vistos los antecedentes, no constan circunstancias que permitan deducir que tal omisión no fuera sino un simple lapsus en la tramitación de dicha propuesta, por lo que poco más podría aportar el informe que en otro caso hubiera de recabarse a este respecto.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

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 económicas contraídas por la Administración regional. Procedimiento incidental, regulado en el artículo 33 RCI, que se origina con un informe del Interventor, dirigido a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario de gestión presupuestaria, en el que expresa que ha observado en este último la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación de que se trate.

II. En el presente caso, de los antecedentes expresados se desprende con claridad que el acto aprobatorio del saldo de liquidación de las obras se dictó con omisión de la preceptiva fiscalización de la Intervención, pues aquél implicaba el reconocimiento de una obligación económica con cargo a la Administración regional. No obstante, no procede la anulación de tal acto pues, de producirse, habría de dictarse uno nuevo con el mismo contenido que el anulado, ya que no se ha cuestionado la corrección de dicha liquidación más que desde un punto de vista formal, por no haberse dado previo traslado de la propuesta de liquidación al contratista para que formulase alegaciones; vicio que quedó subsanado al notificarle la liquidación aprobada y otorgarle plazo para recurrirla (lo que no consta que hiciera). Asimismo, y como informa la Intervención, existe actualmente crédito presupuestario para atender dicha obligación económica.

Por todo ello, y de conformidad con lo establecido en el artículo 33 RCI, procede que el Consejo de Gobierno autorice al Consejero consultante a reconocer la obligación económica de que se trata.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede que el Consejo de Gobierno autorice al Consejero consultante a reconocer la obligación económica derivada de la liquidación de las obras de referencia, en lo que se refiere al saldo de liquidación recogido en su Orden de 16 de diciembre de 2008, por importe de 26.159,87 euros. Por ello, la propuesta de Acuerdo objeto de Dictamen se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 183/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 19/10/09

Extracto de Doctrina

Este Consejo Jurídico ha reiterado (Memoria correspondiente al año 1998) que en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de daños producidos en accidentes de circulación, tiene gran importancia la comprobación de los factores y circunstancias en que los hechos se desarrollaron, siendo frecuente en tales accidentes que se inicie la instrucción penal dentro de la cual los perjudicados puedan ejercer acciones. Ahí encuentra acomodo lo previsto por el artículo 146 LPAC en cuanto a prescripción y, por lo que aquí interesa, la suspensión de los procedimientos de responsabilidad patrimonial cuando la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad penal.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 6 de abril de 2005, x. y otros, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional, por el accidente ocurrido el 13 de febrero anterior en la carretera E-1, que une Sangonera la Verde con San Ginés (término municipal de Murcia), a consecuencia del cual falleció el conductor del vehículo “—“, x. (de 75 años), esposo y padre de los reclamantes, respectivamente, y resultó lesionada su esposa x.

Describen lo ocurrido del siguiente modo:

“Que el fallecimiento del conductor y las lesiones del ocupante se produjeron al chocar contra unos tubos de hormigón de grandes dimensiones, que se encontraban indebidamente en el arcén de la carretera.”

Atribuyen la causa del siniestro a la indebida y negligente colocación de los tubos de hormigón en la cuneta, y manifiestan que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

Por último, acompañan la publicación del suceso en un diario regional, sin que en el escrito se concrete la cuantía indemnizatoria reclamada, designando el despacho de un letrado a efectos de notificaciones.

SEGUNDO.- Requeridos los reclamantes para que subsanen y mejoren su solicitud, es cumplimentado por escrito de 6 de mayo de 2005 (registro de entrada), al que acompañan la siguiente documentación (folios 13 a 47):

- Copia de testamento, donde consta la filiación de los reclamantes.
- Declaraciones de la viuda y herederos del fallecido, en el sentido de que aún no han percibido ninguna indemnización por este siniestro.
- Atestado instruido por la Guardia Civil.
- Certificación de la cuenta donde realizar el pago.

- Copia de denuncias presentada por los reclamantes ante el Juzgado de Instrucción nº. 7 de Murcia.
- Copia del recibo justificativo del pago de la prima del seguro.
- Fotocopia compulsada de la póliza del seguro.
- Fotocopia compulsada de carnet de conducir del fallecido.
- Fotocopia de permiso de circulación del turismo.
- Fotocopia de la tarjeta de inspección técnica del vehículo siniestrado.
- Informes clínicos de alta hospitalaria, así como informe de cuidados de enfermería extra hospitalaria de la reclamante, que resultó lesionada por el accidente.

Asimismo, los interesados proponen como medios de prueba la documental que obra en el expediente y la documentación médica que se aportará en periodo probatorio.

Con posterioridad, por escrito de 19 de julio de 2005 (registro de entrada) aportan el informe médico forense de la autopsia, solicitado también por la instructora (folios 50 a 54).

TERCERO.- El 28 de septiembre de 2005, el órgano instructor solicita informe a la Dirección General de Carreteras, que es emitido el 6 de octubre siguiente, en el sentido de reconocer la competencia de la Dirección General de Carreteras sobre la vía en cuestión y la falta de conocimiento de la certeza y realidad del evento lesivo por parte del citado centro directivo (folio 61).

CUARTO.- En fecha 13 de octubre de 2005 (registro de salida), el Jefe de Servicio de Contrataciones y Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento de Murcia remite escrito a la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, emplazándola como interesada, e indicándole la posibilidad de reclamar su competencia para resolver la reclamación, acompañando copia de la documentación obrante en el expediente municipal (folios 64 a 87).

QUINTO.- En el periodo de prueba (folio 92), los reclamantes son requeridos por la instructora para que aporten copias compulsadas de los documentos que se relacionan, así como para que fijen y concreten la cuantía de los daños y perjuicios sufridos.

En su contestación (folios 93 a 146, aunque falta el 145), aportan también el historial médico de la lesionada, si bien no concretan el *quantum* indemnizatorio, por lo que el órgano instructor acuerda la apertura de un nuevo periodo de prueba, según oficio de 7 de septiembre de 2006 (folio 147), que es cumplimentado por escrito el 27 de octubre siguiente (folios 254 a 257), en el que los interesados solicitan la cantidad de 105.265,31 euros por el fallecimiento del conductor, y 89.621,48 euros por las lesiones, gastos y secuelas de la acompañante. Además, proponen prueba documental, consistente en los 14 documentos que acompañan, y testifical de las dos personas cuyos datos identificativos aportan (folios 148 a 253).

SEXTO.- El 15 de marzo de 2007 se practica una de las testificales propuestas (el empresario de la construcción que realizó las obras de adaptación en la vivienda de la reclamante accidentada), según el acta obrante en el folio 269.

SÉPTIMO.- Solicitado el informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 30 de marzo de 2007 por el Jefe de Sección II de Conservación (con el visto bueno del Jefe de Servicio) en el siguiente sentido (folio 270):

“1.- La justificación de la existencia del citado tubo no podemos determinarla debido a que la Dirección General de Carreteras no estaba ejecutando en esos días ninguna obra en dicha carretera y tramo.

Igualmente, y una vez comprobado el punto exacto en que se encontraban dichos tubos a través de las fotografías del periódico La Opinión de 14 de febrero de 2005, no podemos afirmar que en ese punto concreto existiera ninguna obra autorizada por esta Dirección General.

2.- Por lo referido anteriormente no existían obras bajo control de esta Dirección General en el lugar en donde se encontraban situados dichos tubos.

3.- Aparentemente no existía señalización alguna, según se desprende de la fotografía del Diario La Opinión.

4.- En base a lo anterior estimo que no existe base para determinar la relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento de este servicio público.

5.- No obstante lo anterior, x. solicitó autorización para vallado y acceso a finca con fecha 27 de julio de 2004, estableciéndose en su condicionado que debería colocar tubería de 600 mm. para configurar dicho acceso, igual a la referida en el siniestro por el servicio de Bomberos de Murcia.

6. Desconocemos si la citada tubería fue depositada por el solicitante para ejecutar el citado acceso y fue impactada por el vehículo siniestrado.

7. Actualmente hay acopiadas en el almacén vallado del solicitante unas tuberías de similares características que se distinguen por estar pintadas de negro.”

Acompaña la Resolución del Director General de Carreteras, de 19 de octubre de 2004, que autoriza a un particular (x) para realizar las obras de vallado y acceso a la carretera (folios 271 y 272), así como el condicionado técnico al que se supeditó la autorización (folios 277 y 278), en el que se especifica:

— Cláusula 5ª: *“Se prohíbe depositar sobre el firme de la carretera, sus paseos y cunetas, los materiales destinados a la construcción, debiendo reparar el autorizado inmediatamente cualquier deterioro que sufra la carretera o sus elementos funcionales con motivos de las obras.”*

— Cláusula 8ª: *“(…) Se colocará un tubo de hormigón de 60 cms. de hormigón H-150, como paso salvacunetas a una distancia de 6 m. del eje de la carretera. Se rematarán los extremos del paso salvacunetas con boquillas provistas de aletas.”*

— Cláusula 9ª: *“La señalización de la obra se atenderá, en todo momento, a lo dispuesto en la norma de carreteras 8.3-1C señalización de obras, aprobada por Orden del MOPU de 31 de agosto de 2007, estableciéndose en todo caso, como mínimo, el balizamiento adecuado de la presencia y posición del obstáculo”.*

Asimismo, se recoge en la parte dispositiva de la citada Resolución (apartado Segundo), que las obras no supondrán, en ningún caso, la asunción de responsabilidad patrimonial de la Administración respecto al titular de la autorización o terceros.

OCTAVO.- El 4 de abril de 2007, x. presenta escrito (folio 283), en el que manifiesta que renuncia a la indemnización que pudiera corresponderle por los daños sufridos por ella —no respecto a los restantes reclamantes—, manifestando que formuló denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia (procedimiento abreviado 826/2005), habiéndole entregado la aseguradora del vehículo parte del dinero a cuenta del que pudiera corresponderle. En la parte dispositiva del escrito de desistimiento señala:

“Que tenga por formulada renuncia por x. con respecto a los daños y perjuicios sufridos por mi persona, sin perjuicio de continuar el expediente con respecto al resto de los reclamantes”.

NOVENO.- Otorgado trámite de audiencia a los reclamantes, no consta que formularan alegaciones, tras lo cual se redacta propuesta de resolución estimatoria en parte el 5 de junio de 2007, al entender que la Administración regional tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada, si bien aprecia concurrencia de causas con la actuación del conductor del vehículo que salió de la carretera, al parecer, por un desfallecimiento, siendo la causa de su muerte el traumatismo que se produjo al chocar con unos tubos de hormigón, depositados indebidamente en el arcén.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria atribuye a la Administración por culpa *in vigilando* un porcentaje del 80 % de la cuantía reclamada, que concreta en la cantidad de 84.212,25 euros para la viuda y los hijos del finado, sin tener en cuenta la renuncia formulada por la primera.

DÉCIMO.- Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, mediante Acuerdo 13/2007, de 4 de julio, se requiere a la Consejería consultante para que complete el expediente con la fiscalización previa por el órgano competente (folios 323 y 324).

UNDÉCIMO.- Con fecha 16 de junio de 2008, el Interventor General no fiscaliza de conformidad el expediente (folios 336 a 347), al entender que debe completarse la instrucción, recabando las actuaciones penales, y determinar el responsable de la colocación de los tubos de hormigón en la cuneta y el momento en que se produjo dicha colocación; también considera que debe otorgarse un trámite de audiencia al titular de la autorización para la ejecución de las obras colindantes, recordando, por último, que para determinar las cuantías indemnizatorias debe aplicarse el baremo correspondiente en el momento en que la lesión efectivamente se produjo.

DUODÉCIMO.- El 2 de julio de 2008 (registro de salida), la instructora recaba el testimonio íntegro de las actuaciones penales, y otorga un trámite de audiencia al titular de la autorización para realizar obras x., sin que haya comparecido en el expediente.

DECIMOTERCERO.- Constan las diligencias previas 826/2005, incoadas por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Murcia el 14 de febrero de 2005, tras recibir una llamada del médico forense comunicando el fallecimiento de x. en el Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 720). Con posterioridad, se presentan denuncias por la viuda del fallecido, x., frente a los responsables del fallecimiento (diligencias previas 2020/2005), por sus herederos x. y otros (diligencias previas 2021/2005), y por la Guardia Civil (diligencias previas 2117/2005), siendo todas ellas acumuladas a las primeras diligencias incoadas (826/2005), según los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 7 de 13 y 14 de abril de 2005.

Con posterioridad se amplió la denuncia presentada por los reclamantes a --, S.A., según sendos escritos de 5 de septiembre de 2005, al atribuir los interesados a la citada mercantil la colocación de los tubos de hormigón contra los que colisionó el vehículo (folios 624 y 625).

DECIMOCUARTO.- De las actuaciones obrantes en las diligencias previas 826/2005, cabe reseñar las siguientes:

— El 6 de marzo de 2007, la lesionada x. acepta el pago de la cantidad de 44.024,32 euros, a cuenta de la que finalmente pudiera corresponderle por parte de la aseguradora del vehículo accidentado Winterthur Seguros Generales (folio 576).

— Por Auto de 11 de abril de 2007 del Juzgado de Instrucción núm. 7, se acuerda que los hechos denunciados no revisten carácter de delito, pudiendo ser constitutivos de falta. Frente el precitado Auto se presenta recurso de reforma por los hijos del fallecido, alegando que no se han practicado la totalidad de las diligencias de investigación, ni se ha procedido a determinar la persona o las personas que colocaron los tubos en el dominio público, que son los causantes del siniestro, siendo desestimado por Auto de 8 de junio de 2007 del mismo Juzgado con el siguiente fundamento jurídico:

“De la suficiente instrucción practicada hasta la fecha en las actuaciones resulta que la colocación de los tubos no es la causa de la colisión, que se encontraban al margen sin obstaculizar la circulación. Las alegaciones del recurso no desvirtúan la legalidad de la resolución impugnada, que debe ser confirmada con desestimación del recurso.”

— El Auto de 8 de junio de 2007, citado con anterioridad, es recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial por los interesados, en orden a que se esclarezcan los hechos y las personas que hubieran colocado los tubos en la cuneta (folios 462 y 463), siendo desestimado (no es visible la fecha del Auto, faltando también el folio 450) con la siguiente argumentación:

“toda vez que de las diligencias instruidas por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil se desprende que el turismo que conducía el fallecido quedó sobre la cuneta, orientado en su sentido de circulación, empotrado contra un tubo de hormigón para la colocación de líquidos, que se encontraba en la cuneta, fuera de la calzada, no obstaculizando la circulación, por lo que ha de desestimarse el recurso de apelación”.

— Por el Juzgado de Instrucción núm. 7 prosiguieron las actuaciones como Juicio de Faltas (núm. 1253/2007), figurando como denunciado “--, S.A.” y su aseguradora (compañía x.), sin que se tenga constancia en el expediente de la sentencia recaída en los citados autos (folios 724 a 725).

Por último también se documenta en el folio 447 de las diligencias previas 826/2005 que x., asistida por su representante legal, ha alcanzado un acuerdo extrajudicial con la aseguradora del vehículo, renunciado a cuantas acciones civiles y penales le pudiera corresponder por estos hechos, al haber sido indemnizada por todos los conceptos en la cantidad de 194.024,32 euros, según se transcribe seguidamente:

“Las personas arriba identificadas comparecen en la Secretaría de este Juzgado y manifiestan lo siguiente:

Que han llegado a un acuerdo extrajudicial, renunciando en este acto la perjudicada x. a cuantas acciones civiles y penales le pudieran corresponder por estos hechos al haber sido indemnizada por todos los conceptos en la cuantía de 194.024,32 euros.

Leída y hallada conforme, la firman los comparecientes. Doy fe.”

DECIMOQUINTO.- El 8 de abril de 2009 comparecen los reclamantes para poner de manifiesto el retraso en la adopción de la resolución expresa del presente procedimiento (folio 764).

DECIMOSEXTO.- Con fecha 29 de septiembre de 2008, se otorga un trámite de audiencia a --, S.A. (no se especifica por la instructora su relación con el titular de la autorización), que no consta cumplimentado, tras lo cual se formula propuesta de resolución estimatoria en parte el 6 de febrero de 2009, imputando a la Administración regional el 80% de la indemnización resultante (81.224,68 euros) por *culpa in vigilando*.

DECIMOSÉPTIMO.- Sometida a fiscalización previa la anterior propuesta, es informada favorablemente por el Interventor General el 6 de abril de 2009.

DECIMOCTAVO.- Con fecha 29 de abril de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

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

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

1. Los hijos del finado ostentan la condición de interesados para la ejercitar la presente 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 lo sucesivo LPAC), en relación con el artículo 31 de la misma Ley.

En cuanto a la accidentada x., cónyuge del fallecido, también ejercitó inicialmente la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial conjuntamente con sus hijos, si bien posteriormente, el 4 de abril de 2007, renunció a la indemnización que pudiera corresponderle por los daños sufridos por ella (folio 283), sin perjuicio de indicar que continuara el presente procedimiento en relación con los restantes reclamantes (sic), lo que presupone, congruentemente, que la resolución del presente procedimiento ha de contraerse a éstos, excluyendo del mismo a la citada, que ha renunciado a todos los efectos, aspecto que no ha sido tenido en cuenta por la propuesta de resolución elevada, que mantiene la cantidad de 72.460 euros para el cónyuge y 8.051,18 euros para cada hijo, omitiendo la renuncia de la primera, en los términos expresados en el escrito presentado.

Consta en las diligencias previas 826/2005 que la accidentada ha alcanzado un acuerdo extrajudicial con la aseguradora, renunciando a cuantas acciones civiles y penales le pudieran corresponder (folio 447).

En consecuencia, de conformidad con lo previsto el artículo 91.2 LPAC, la Administración está obligada a aceptar de plano la renuncia y declarar concluso el procedimiento para la interesada, resolviendo respecto a los restantes reclamantes.

2. La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP.

TERCERA.- Necesidad de incorporar al expediente la totalidad de las actuaciones penales previas y su trascendencia en el supuesto dictaminado.

Este Consejo Jurídico ha reiterado (Memoria correspondiente al año 1998) que en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de daños producidos en accidentes de circulación, tiene gran importancia la comprobación de los factores y circunstancias en que los hechos se desarrollaron, siendo frecuente en tales accidentes que se inicie la instrucción penal dentro de la cual los perjudicados puedan ejercer acciones. Ahí encuentra acomodo lo previsto por el artículo 146 LPAC en cuanto a prescripción y, por lo que aquí interesa, la suspensión de los procedimientos de responsabilidad patrimonial cuando la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad penal.

En los Dictámenes 21 y 36 del año 1998 el Consejo Jurídico ha destacado el interés de la interrelación entre la instrucción penal y la administrativa, y ha indicado las consecuencias contrarias a la equidad si no se conocen los resultados de todo lo actuado en aquélla, expresando en el primero de ellos:

“Es de recordar, pues, a los instructores de expedientes de responsabilidad patrimonial derivada de accidentes de tráfico, que completen sus expedientes con las actuaciones penales, si las hubiere”.

En su aplicación al presente supuesto, resulta que constan en el expediente las diligencias previas 826/2005, incoadas por el Juzgado de Instrucción núm. 7 (Antecedente Decimoquinto), que concluyen en que los hechos denunciados no revisten carácter de delito, si bien podían ser constitutivos de falta; sin embargo, no se han incorporado al expediente —y, por lo tanto, tampoco han podido ser tenidos en cuenta por la instructora—, las actuaciones correspondientes al Juicio de Faltas 1253/2007, en las que figuran como denunciante los hoy reclamantes (salvo x., que alcanzó un acuerdo extrajudicial con la aseguradora), y como denunciado --, S.A., que se presume —en defecto de aclaración por parte del órgano instructor—, que podría tratarse de la empresa que realizó las obras autorizadas por la Dirección General de Carreteras a x., si bien convendría aclarar este aspecto en el expediente, teniendo en cuenta, en todo caso, que este último es el titular de la autorización, a quien la Dirección General de Carreteras impuso el condicionante técnico para la ejecución de las obras.

La importancia de incorporar al presente expediente las actuaciones del precitado Juicio de Faltas (1253/2007) y, sobre todo, el fallo, estriba en que los reclamantes imputan el daño en aquellas actuaciones a quien colocó los tubos en la cuneta, figurando como denunciada la empresa --, S.A., así como su aseguradora, pues, en su opinión, dicha actuación ocasionó el traumatismo que produjo el fatal desenlace. Por tanto, conocer el fallo recaído es un condicionante para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, no consta en el expediente y, por lo tanto, no han sido tenidos en cuenta por el órgano instructor tales datos en relación con la actuación de un tercero en la pro-

ducción del daño, pese a lo cual se propone imputar a la Administración regional el 80% de la cuantía indemnizatoria propuesta, aunque en los autos recaídos en las diligencias previas 826/2005 se concluya que los tubos no obstaculizaban la circulación; todo ello, sin prejuzgar que pueda reconocerse en el presente caso cierta responsabilidad de la Administración por *culpa in vigilando*, pero en ningún caso en la proporción propuesta, a tenor de la concurrencia de las causas que se expondrán seguidamente.

Por lo tanto, presupuesto para determinar la responsabilidad, en su caso, de la Administración y el porcentaje en que se concretaría la misma, es el conocimiento de las actuaciones seguidas en el Juicio de Faltas 1253/2007, a denuncia de los reclamantes, y sobre todo el fallo recaído.

CUARTA.- La incidencia de la actuación del conductor y del tercero en la relación de causalidad.

De la descripción de los hechos contenida en el Atestado de la Guardia Civil (folios 29 a 32), se desprende que la causa principal del accidente se debió a la salida del conductor de la calzada de circulación por el margen derecho, y posterior choque contra un tubo de hormigón para conducción de líquidos existente en la cuneta.

Por lo tanto, como se recoge en las actuaciones penales previas, el tubo no obstaculizaba el tránsito de vehículos, sino que se encontraba en la cuneta, sin perjuicio de que su colocación haya ocasionado una agravación del daño.

A este respecto, y con la finalidad de que se complete la instrucción en el presente procedimiento para determinar los factores que incidieron en el daño (fallecimiento del conductor), el Consejo Jurídico advierte tres posibles concausas, frente a las dos apreciadas por la instructora:

1) La actuación del conductor (de 75 años de edad), conforme a lo señalado en el Atestado, que recoge también la declaración de un testigo, que provocó su salida de la vía de circulación (sea por desvanecimiento, según sostiene la Guardia Civil de Tráfico, sea por despiste) en un tramo de carretera que se encontraba en buen estado de conservación, a plena luz del día (un domingo), con una limitación específica de velocidad aconsejable a 40 km./h. En principio, la salida de un vehículo de la calzada de circulación puede implicar la colisión con cualquier obstáculo (árbol, vivienda, etc.).

2) La colisión con el tubo de hormigón ubicado en la cuneta fue la causa de su fallecimiento, a tenor del resultado de la autopsia, que señala que el conductor falleció por un traumatismo torácico, con independencia de que padeciera una patología cardíaca crónica, sin que se evidencien signos de infarto reciente ni agudo.

Esta segunda causa, que supuso una agravación del daño, nos sitúa en el ámbito de los responsables de su colocación y si el tubo de hormigón podía estar colocado en la cuneta o, por el contrario, debía quedar expedita. De la instrucción del expediente se desprende que la Dirección General de Carreteras no estaba ejecutando obras en el lugar los días del accidente (folio 278), ni tampoco el Ayuntamiento de Murcia (folio 70).

No obstante, el informe del Ingeniero Técnico de Obras Públicas del centro directivo contiene serios indicios de que las obras se estaban ejecutando por un tercero, en este caso x., conforme a la Resolución de la Dirección General de Carreteras de 19 de octubre de 2004 (folios 271 y 272), quien presumiblemente contrató su ejecución con la mercantil --,

S.A, si bien este último extremo no ha sido aclarado por la instrucción, que sin embargo otorga un trámite de audiencia a la citada mercantil, sin que se especifique su relación con el titular de la autorización de las obras, responsable ante el centro directivo, con independencia de sus relaciones con terceros.

Más aún, el condicionante técnico de la Resolución de 19 de octubre de 2004, al que se remite el apartado Primero de la parte dispositiva (folio 271), otorgando la autorización a x. para realizar obras de vallado y acceso a su parcela, establecía la prohibición de depositar sobre el firme de la carretera y sus cunetas los materiales destinados a la construcción, así como la necesaria señalización de las obras conforme a la normativa de carreteras (folios 277 y 278), estableciéndose en todo caso, como mínimo, el balizamiento adecuado de la presencia y posición del obstáculo. Sin embargo, los técnicos de la Dirección General de Carreteras destacan de las fotografías aportadas que “aparentemente no existía señalización”; igualmente el Atestado de la Guardia Civil, que únicamente refleja las marcas viales consistentes en líneas blancas longitudinales continuas para delimitación de bordes y separación de carriles, así como otras limitaciones de velocidad.

En consecuencia, ha de determinarse por el órgano instructor la participación de esta causa, atribuida al titular de la autorización, sin perjuicio de las relaciones de éste con un tercero (empresa contratada al parecer), para la determinación del *quantum* indemnizatorio, más aún cuando se recoge también en la parte dispositiva de la Resolución indicada (apartado Segundo) que las obras no supondrán, en ningún caso, la asunción de responsabilidad patrimonial de la Administración respecto al titular de la autorización o terceros.

3) Además de las causas indicadas, que han incidido en la producción del daño (conducta del fallecido y de un tercero), no queda excluido que se pueda establecer 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. 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”*.

Sin embargo, para determinar la concurrencia del nexo causal el funcionamiento del servicio público debe operar como causa eficiente del daño, habiéndose limitado el órgano instructor a imputar genéricamente a la Administración *culpa in vigilando*, pero sin tener en cuenta su menor grado de incidencia en el daño, al concurrir las anteriores causas, sobre todo a la vista del condicionante técnico que se impuso al titular de la autorización otorgada por Resolución de 19 de octubre de 2004 y de los incumplimientos detectados de la misma.

QUINTA.- Actuaciones que procede realizar.

En primer lugar ha de recabarse por el órgano instructor al Juzgado correspondiente las actuaciones correspondientes al Juicio de Faltas 1253/2007, sobre todo el fallo recaído, con la finalidad de determinar las responsabilidades de terceros en la producción del daño, así como las cuantías indemnizadas, en su caso.

En segundo lugar otorgar un trámite de audiencia a todos los interesados y seguidamente ha de formularse la propuesta de resolución que justifique la intervención de cada una de las causas en el daño alegado y aclarar los aspectos solicitados en el presente Dictamen, teniendo en cuenta también que ha de aceptarse en este procedimiento la renuncia realizada por x., resultando en tal sentido incongruente la propuesta realizada. También deben aportarse los folios omitidos (folios 145 y 450).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar la instrucción en los términos indicados en las Consideraciones Segunda, Tercera y Cuarta, y formular nueva propuesta de resolución para que se dicte por el Consejo Jurídico la cuestión de fondo planteada. Además, debe completarse el expediente en el sentido indicado (Consideración Quinta).

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 184/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 19/10/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 51.

DICTAMEN 185/09.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción del Centro de Atención Infantil en la calle Dr. Grande Covián de Yecla.

Consultante: Ayuntamiento de Yecla

Fecha: 26/10/09

Extracto de Doctrina

1. Esta situación de retraso y de paralización de la obra constituye ipso iure un incumplimiento, pues, como ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo constituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación de la contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas a la misma, en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo y conforme al Proyecto aprobado de las obras objeto del vínculo contractual administrativo (Dictamen 4.533/1996).

2. Al contratista corresponde la prueba de existencia de fuerza mayor.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de julio de 2007 se formalizó contrato administrativo de obras entre el Ayuntamiento de Yecla y la mercantil "--, S.L.", para la ejecución por esta última de las obras de construcción de un Centro de Atención Infantil en la calle Doctor Grande Covián, conforme al proyecto redactado por el arquitecto x. y aprobado por el Ayuntamiento, por un importe de 396.000 euros y un plazo de ejecución de seis meses y medio, a contar desde el día siguiente al de la firma del Acta de comprobación del replanteo, que fue extendida, con carácter favorable y de conformidad entre las partes, el 24 de agosto de 2007.

El contratista constituye garantía definitiva por importe de 15.840,00 euros, mediante aval del x.

El 12 de septiembre de 2007, el Arquitecto Técnico Municipal (codirector de las obras junto con el Arquitecto x. y el Ingeniero Técnico Industrial x), remite oficio a la Concejala de Educación y Escuelas Infantiles manifestándole que, tras la firma del Acta de comprobación del replanteo y a pesar de haber requerido al jefe de obra de la empresa contratista para que procediese al inicio de las obras, éstas no han comenzado sin que exista justificación alguna para ello.

SEGUNDO.- La Junta de Gobierno del Ayuntamiento mediante Acuerdos de 9 de octubre de 2007 y 5 de febrero de 2008, insta a la empresa para que inicie las obras al tiempo que le advierte que, de persistir en la demora, se adoptarán las medidas sancionadoras o de otro tipo que correspondan.

TERCERO.- Solicitado informe jurídico a la Secretaría del Ayuntamiento, el Técnico de Administración General informa que, ante el incumplimiento contractual consistente en demora en el inicio de las obras, la Corporación Local puede optar entre resolver el contrato con incautación de fianza y fijación de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados.

nados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, o bien proseguir el contrato con imposición de penalidades al contratista.

CUARTO.- Con fecha 11 de marzo de 2008 el Arquitecto Técnico Municipal emite informe del siguiente tenor:

“Que con fecha 11 de febrero de 2008 se convocó una reunión con la contrata adjudicataria de las obras de referencia para ver el estado de las mismas y su continuidad.

Por lo que al día de hoy, solamente se ha realizado una visita de obra con el encargado para el replanteo habiéndose realizado por parte de la contrata el desbroce del terreno (en un mes).

Este Técnico ordenó que se realizara el vallado perimetral de la parcela para independizar la obra de la vía pública, llamando en repetidas ocasiones al encargado de la obra sin que se tenga conocimiento de cualquier actuación posterior, por lo que la parcela está desbrozada y sin vallar (no existiendo peligro alguno para las personas puesto que no se ha realizado ninguna actuación de obra ya que está paralizada sin motivo alguno)”.

QUINTO.- Con fecha 11 de marzo de 2008, la Junta de Gobierno acuerda iniciar expediente de resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva depositada, emplazando al contratista y a la entidad avalista para que en el plazo de 10 días formulen las alegaciones que convengan a su derecho. La fijación de daños y perjuicios que el incumplimiento contractual pudiera originar a la Corporación Local (incluida la posible pérdida de subvenciones), se pospone hasta el momento en el que se conozcan todos los datos que permitan una adecuada valoración de aquéllos.

SEXTO.- A propuesta del Jefe de los Servicios Técnicos Municipales, y sin perjuicio del acuerdo de iniciación del expediente de resolución del contrato, la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 17 de marzo de 2008, acordó la designación del Arquitecto Técnico Municipal, x., como Coordinador de Seguridad y Salud de la obra de referencia.

SÉPTIMO.- Con esa misma fecha la citada Junta de Gobierno, visto el informe favorable emitido por el Coordinador, acuerda aprobar el Plan de Seguridad y Salud elaborado por la adjudicataria.

OCTAVO.- X., en representación de la contratista, formula, mediante escrito fechado el día 3 de abril de 2008, oposición a la resolución del contrato manifestando que se estaba cumpliendo el compromiso adquirido, que el retraso se debía a la aprobación del Plan de Seguridad y Salud de la obra y a la falta de aviso a la autoridad laboral, y que se optara por la continuación de las obras.

NOVENO.- Previa valoración de las alegaciones presentadas por la empresa contratista por parte del Arquitecto Técnico Municipal y del Secretario de la Corporación, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 6 de mayo de 2008, asume la propuesta de resolución elevada por la Alcaldía, y solicita el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, dando cuenta del trámite efectuado a la empresa contratista y al avalista.

DÉCIMO.- Recibida la solicitud de Dictamen el Consejo Jurídico, por Acuerdo 13/2008, solicitó al Ayuntamiento de Yecla que completara el expediente con una serie de actuaciones, entre ellas, que informara sobre el estado actual de las obras.

Las actuaciones solicitadas fueron remitidas el 23 de febrero de 2009, adoptándose por este Órgano Consultivo el Dictamen 96/2009, de 25 de mayo, que concluye en la pro-

cedencia de declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual sometido a consulta, al haber transcurrido en exceso el plazo previsto para ello, sin perjuicio de la posibilidad del órgano contratante de incoar uno nuevo, condicionado a la previa comprobación del estado de las obras.

UNDÉCIMO.- Con fecha 14 de julio de 2009 se emite informe por el arquitecto director de las obras, que detalla que las obras se encuentran paralizadas, sin que se esté realizando ningún trabajo desde el mes de febrero de 2009, en el que se expidió la última certificación de obras, numerando las anteriores, quedando pendiente de ejecutar 194.918,18 euros del presupuesto de licitación (folio 115).

DUODÉCIMO.- Previo informe jurídico del Técnico de Administración General de la Secretaría del Ayuntamiento de Yecla de 5 de agosto de 2009, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 6 de agosto de 2009, adopta el acuerdo de declarar simultáneamente la caducidad del anterior procedimiento, conforme a nuestro Dictamen 96/2009, e iniciar uno nuevo tendente a la resolución del contrato de obras, con fundamento en los artículos 111, e), 95, 112 y 113 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRL-CAP), al encontrarse paradas las obras con incumplimiento de los plazos, según informe del técnico director de las mismas, con incautación de la correspondiente garantía definitiva por importe de 15.840,00 euros, concediendo a la empresa contratista y a la entidad avalista un nuevo trámite de audiencia.

DECIMOTERCERO.- No consta que la entidad avalista formulase alegación alguna. Por su parte la empresa contratista, fuera del plazo otorgado de 10 días, el 31 de agosto de 2009, según el burofax obrante en el folio 142, presenta escrito, en el que expone que la empresa --, S.L. está pasando actualmente por una serie de dificultades técnicas y económicas, manifestando que en aras del interés público sería preferible proceder a la resolución del contrato en modo amistoso o de mutuo acuerdo, ya que *“es consciente de no contar al día de hoy con medios económicos necesarios para su ejecución, así como que la actual demora en el plazo produciría un perjuicio mayor al mismo organismo”*.

Finalmente solicita:

“PRIMERO. Que x. se opone a la resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos al haber existido causas de fuerza mayor especificadas en los párrafos anteriores.

SEGUNDO.- Que no se opone a la resolución del contrato a favor del interés general, siempre que se adopte por resolución de mutuo acuerdo previsto en el artículo 111.c (...) por haber actuado en todo momento de buena fe, procediendo las partes a la devolución de la garantía definitiva constituida, de conformidad con el contrato de obras.

TERCERO.- Que no siendo intención de su Ilustre Ayuntamiento el dañar innecesariamente a una empresa, que hasta la situación sobrevenida de falta de liquidez ha actuado correctamente en la ejecución de sus contratos, esperamos que comprendan el daño que la imposición de penalidades, o la resolución del contrato por vía distinta a la amistosa y con ejecución del aval produciría al crédito, tanto pecuniario como moral, del que goza --, S.L. (...).”

DECIMOCUARTO.- El Técnico de Administración General de la Secretaría del Ayuntamiento de Yecla emite informe jurídico el 17 de septiembre de 2009, en relación con el es-

crito de la empresa citado anteriormente, en el que expone que la actuación de la mercantil, en relación con la ejecución del contrato, no puede calificarse de buena fe, atendiendo a:

- El tiempo transcurrido desde la firma del contrato (19 de julio de 2007), de acuerdo con su plazo de ejecución (6 meses y medio).
- Reiteradas comunicaciones del Ayuntamiento advirtiendo a la empresa que no admitiría demoras en el cumplimiento del plazo.
- El abandono total de esta obra en concreto y del resto de las que tiene contratadas con este Ayuntamiento.
- La falta de notificación de su cambio de domicilio a efectos de notificaciones.
- Las razones ahora alegadas no concuerdan con las expuestas en el procedimiento anterior caducado.

DECIMOQUINTO.- La Junta de Gobierno Local, a propuesta de la Alcaldía, acuerda proseguir las actuaciones, recabando el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, dado que se ha formulado oposición del contratista a la resolución por demora en el cumplimiento de los plazos, aunque lo haya sido extemporáneamente, asumiendo el informe de la Secretaría.

DECIMOSEXTO.- Con fecha 6 de octubre de 2009 (registro de entrada) se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone la contratista, concretamente a la causa alegada por la Administración proponente (la demora en el cumplimiento de los plazos), la consulta se entiende 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.- Normativa aplicable y cuestiones procedimentales.

1. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Junta de Gobierno Local), se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 59 TRLCAP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación el citado Texto Refundido y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), por aplicación de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

2. De conformidad con el artículo 109 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 tres primeros trámites, consistiendo el cuarto en la emisión de este Dictamen.

En lo que se refiere al plazo para adoptar la resolución del contrato, conforme a nuestra doctrina contenida en los Dictámenes 90 y 96 del 2009, en relación con la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio, el órgano de contratación dispone de tres meses para adoptar y notificar la resolución (artículos 44.2 y 42.3 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), plazo que cumpliría el próximo 6 de noviembre de 2009, en atención a que fue incoado el procedimiento el 6 de agosto anterior, y al no haberse acordado la suspensión del plazo entre el tiempo que media entre la petición y la recepción de nuestro Dictamen (artículo 42.5,c LPAC), como sugerimos en el Dictamen 90/2009.

TERCERA.- La resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Procedencia y efectos.

I. Sobre la causa de resolución esgrimida por el Ayuntamiento.

La causa de resolución en que pretende ampararse el Ayuntamiento es la contenida en el artículo 111, letra e) TRLCAP, es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Esta causa está íntimamente ligada a la obligación que incumbe al contratista de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (art. 95.1 TRLCAP).

En efecto, el contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem* del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP). Llegado este momento y constatado que las obras no han finalizado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP).

En el supuesto sometido a consulta, según los informes obrantes en el expediente y las propias manifestaciones del adjudicatario, a la fecha establecida para la terminación de las obras (marzo de 2008), éstas no habían sido culminadas, pues de acuerdo con el informe del arquitecto, director de las obras, en febrero del año 2009, fecha de emisión de la certificación nº 4, el importe total de las obras ejecutadas ascendía a 201.081,82 euros, quedando pendiente de ejecutar 194.918,18 euros. Desde esa fecha no consta que se realizaran más trabajos, estando éstos paralizados, tal y como se afirma en el informe de la Dirección Facultativa, desde el citado mes de febrero de 2009.

La no terminación de las obras es asimismo reconocida por el contratista quien, en sus alegaciones (apartado cuarto), admite expresamente el retraso en la ejecución de las obras así como la dificultad en finalizarlas en plazo, “*ni tan siquiera en plazo razonable*”, pretendiendo únicamente justificar dicho incumplimiento en las razones que expone en su escrito.

Esta situación de retraso y de paralización de la obra constituye *ipso iure* un incumplimiento, pues, como ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo cons-

tituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación de la contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas a ésta en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo y conforme al Proyecto aprobado de las obras objeto del vínculo contractual administrativo (Dictamen 4.533/1996). En el caso presente existía un plazo para la ejecución del contrato y dicho plazo se ha incumplido.

II. Incumplimiento culpable.

Siendo palmario el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, resta por determinar si éste es imputable al contratista, lo que constituiría un incumplimiento culpable y, en consecuencia, obligaría al Ayuntamiento a incautar la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP).

Como justificación del incumplimiento del plazo esgrime el contratista las siguientes circunstancias:

1) Causas de fuerza mayor.

Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor, a tenor de lo establecido en el artículo 144 TRLCAP, los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

El contratista, a quien corresponde la prueba de existencia de fuerza mayor (Dictamen núm. 44.382/1982, del Consejo de Estado), no ha acreditado la concurrencia de alguno de estos supuestos, sin que sea posible considerar ningún otro debido a que los casos enumerados en el citado precepto legal constituyen un *numerus clausus*. Pero es más, tal como ha manifestado el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 17 de noviembre de 1980, los casos de fuerza mayor “*no son causas justificantes de incumplimiento del contrato por parte del contratista, sino causa determinante de una indemnización a su favor, con el fin de favorecer, en la ejecución de las obras, los intereses de la comunidad*”.

2. Falta de liquidez debida a la crisis que atraviesa el sector y a la demora en el cobro de las obras que ejecuta.

El artículo 98 TRLCAP establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, principio profusamente aplicado por la jurisprudencia para rechazar la mayor parte de las pretensiones indemnizatorias de los contratistas fundadas en circunstancias distintas de los supuestos tasados de fuerza mayor. En virtud de este principio, el contratista no puede esgrimir la variación en las circunstancias imperantes en el mercado para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de la relación contractual, entre las que se encuentra la de cumplir el plazo de ejecución.

Pero aún, en el hipotético supuesto de haber concurrido las circunstancias que el contratista alega en su descargo, éstas no le exonerarían de la obligación de cumplir el contrato en sus términos, incluido, como decíamos antes, el plazo de ejecución de las obras, sino

que harían nacer, en su caso, el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, bien mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, bien a través de la figura excepcional del denominado riesgo imprevisible. A este respecto resulta ilustrativa la STS de 3 de octubre de 1979 que, ante una elevación salarial general, invocada por el contratista como causa justificativa del retraso en el cumplimiento contractual, afirma que los eventuales efectos revisorios que dicha circunstancia pudiera tener sobre el contrato *“habrían en su caso de tener por cauce la adecuada petición en relación con los precios, mas no la paralización unilateral de las obras”*. También el Consejo de Estado ha venido rechazando que puedan invocarse para justificar un incumplimiento de los plazos de ejecución razones de orden económico (Dictamen 1438/2001). Afirmando, en su Dictamen 45.216/1983, que *“los conceptos de crisis económica y conflictividad socio-política se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general”*.

En cuanto a la alegada falta de pago de las obras que el contratista está ejecutando para otros organismos públicos, debe recordarse la consolidada doctrina según la cual no cabe esgrimir el impago de las obras ejecutadas, en virtud de una relación contractual, para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de otra distinta (Dictamen del Consejo de Estado 35/2000, de 20 de enero, y STS, 3ª, de 19 de junio de 1984).

3. El principio de buena fe en la actuación de la contratista.

Carece de justificación el alegato de la contratista de buena fe en su actuación, como argumento en contrario del incumplimiento culpable del mismo, puesto que, desde que se paralizaron las obras en el mes de febrero de 2009 (con anterioridad también se habían detenido en determinadas fases) hasta la iniciación del presente procedimiento de resolución contractual, han transcurrido casi seis meses, sin que la contratista manifestara al Ayuntamiento de Yecla la imposibilidad de proseguir con las obras, con la consiguiente afectación al interés público. En el mismo sentido que el expuesto el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 22 de septiembre de 2009, que considera que la actuación de la contratista no puede calificarse de buena fe por las razones allí esgrimidas (folio 148).

Por consiguiente, las razones y causas invocadas por la empresa para justificar su incumplimiento contractual son rechazables de todo punto y, en modo alguno, relevan o dispensan al contratista de las responsabilidades contraídas por el retraso en la ejecución de las obras que sólo a él le son imputables.

En consecuencia, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista, con los efectos consiguientes de pérdida de la garantía definitiva e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios producidos por ese incumplimiento, en lo que no resulte cubierto por aquella garantía, debiéndose instruir al efecto el oportuno expediente, en los términos que se indican en la siguiente consideración.

CUARTA.- Liquidación del contrato e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios causados.

1. A tenor de lo establecido en el artículo 151.1 TRLCAP la resolución del contrato de obras dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, y siendo necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

Por su parte el artículo 172 RCAP establece la obligación de la Administración, una vez iniciado el oportuno expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, de proceder seguidamente a formular la liquidación de las obras ya efectuadas. Dicho precepto reglamentario establece en su segundo párrafo, que *“la liquidación comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes en favor o en contra del contratista”*; añadiendo, en el último párrafo, que *“la liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución”*.

Pues bien, en el expediente no consta acreditado que se haya procedido a la liquidación de las obras ya efectuadas, trámite cuya omisión puede viciar de nulidad el procedimiento de resolución (STS de 16 de junio de 1994), por lo que el Ayuntamiento debe proceder a efectuar dicha liquidación con audiencia del contratista a fin de que éste pueda, si así lo estima pertinente, impugnarla.

2. Para supuestos como el que se dictamina, es decir, resolución contractual imputable al contratista, el artículo 113.4 TRLCAP establece, como apuntábamos en la Consideración Tercera, el efecto de incautación de la garantía y la indemnización a favor de la Administración de los daños y perjuicios ocasionados, en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

En el proceso que nos ocupa el acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en su sesión del 6 de agosto de 2009, pospone la fijación de dichos daños al momento en que sea posible su precisa valoración, aunque, en todo caso, se incluiría el importe de la subvención que financia íntegramente la obra, si aquella se perdiese. La solución adoptada es admisible, pues, tal como afirma el Consejo de Estado, entre otros en su Dictamen 822/1993, la determinación de la indemnización exigible al contratista se llevará a cabo en expediente contradictorio que, normalmente, será un procedimiento *ad hoc* y posterior al expediente mismo de resolución con la finalidad de fijar con la mayor exactitud el importe de los daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato. En dicho expediente se deberá otorgar al contratista un trámite de audiencia previo al acto que, en su caso, acuerde la referida obligación indemnizatoria adicional, siguiendo con ello el proceder que se deduce del artículo 113 RCAP, procedimiento que, al no versar ya propiamente sobre la resolución contractual ni la incautación y pérdida de la garantía, no requerirá el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico.

QUINTA.- Improcedencia de la resolución por mutuo acuerdo que propone el contratista.

La empresa, en su escrito de alegaciones, propone la resolución del contrato por la vía del artículo 111, c) TRLCAP, es decir, por mutuo acuerdo de las partes. Tal causa de resolución comporta la confluencia del consentimiento de ambas partes para dejar sin efecto el contrato vigente (Dictamen del Consejo de Estado 3.895, de 6 de febrero de 1997). Pues bien, en lo que a la Administración respecta, únicamente podrá prestar su consentimiento para la resolución por mutuo acuerdo cuando concurren conjuntamente dos circunstancias:

1. Inexistencia de causa de resolución imputable al contratista.

En efecto, el artículo 112.4 TRLCAP señala que la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar *“cuando no concorra otra causa de resolución imputable al contratista”*.

ta...". La Administración se ve compelida, pues, a resolver el vínculo contractual cuando haya incumplido el contratista las cláusulas del contrato, exigiéndole la indemnización por daños y perjuicios procedente y con incautación de la garantía definitiva. Frente a la amplia libertad con que cuenta el contratista, la Administración no puede renunciar a los efectos legalmente previstos para el caso de resolución del vínculo contractual por culpa del contratista. La razón estriba en que, si así se actuara, se estaría perjudicando el interés público, ínsito en todo contrato administrativo. Constituye, en definitiva, una garantía de que la Administración no renunciara indirectamente a los derechos que le reconoce la legislación, quedando, así, salvaguardado dicho interés público. En el supuesto que nos ocupa, dado que, según lo expuesto en la Consideración Tercera, se estima que el contratista ha incurrido en la causa de resolución contractual prevista en el artículo 111,e) TRLCAP, se llega a la conclusión de la inviabilidad jurídica de resolver el contrato por mutuo acuerdo.

2. Concurrencia de razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

El Consejo de Estado ha venido realizando a este respecto una importante labor fiscalizadora, oponiéndose, al emitir su dictamen, a la viabilidad de resoluciones por mutuo acuerdo cuando no exista una justificación objetiva suficiente para llegar a tal efecto. No cabe invocar pura y simplemente los artículos 111,c) y 112.4 TRLCAP como pretendida justificación para la resolución por mutuo acuerdo, sino que es preciso esgrimir razones de interés público que hagan viable tal resolución; razones que, obviamente, no se han producido en el expediente que se dictamina, ni se podrían producir pues partimos de la premisa mayor que constituye el incumplimiento por la contratista de los plazos de ejecución del contrato.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede resolver el contrato administrativo de referencia, por incumplimiento culpable de la contratista, con incautación y pérdida de la garantía definitiva prestada por ésta, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen, siempre y cuando se adopte y notifique por el órgano de contratación antes del 6 de noviembre de 2009 inclusive (Consideración Segunda). Por ello, en estos pronunciamientos, la propuesta de resolución sometida a consulta se informa favorablemente.

SEGUNDA.- Procede ordenar la liquidación de las cantidades que correspondan, en su caso, por los trabajos efectivamente realizados, así como incoar procedimiento contradictorio para la fijación, si procede, de la indemnización a favor de la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada, todo ello con audiencia previa del contratista, en los términos que se contienen en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 186/09.- Resolución contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por la construcción del Centro de Atención Infantil de la calle Médico Miguel Rodríguez de Yecla.

Consultante: Ayuntamiento de Yecla

Fecha: 26/10/09

Extracto de Doctrina

Nota: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 185/09.

DICTAMEN 187/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 26/10/09

Extracto de Doctrina

La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que ha de tenerse en cuenta las circunstancias personales (Dictamen 134/2004 del Consejo Jurídico). (...) 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.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de abril de 2008, x., mayor de edad, alumno del Instituto de Enseñanza Secundaria “Gerardo Molina” de Torre Pacheco, perteneciente al segundo curso del módulo de grado medio de carrocería, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería consultante, por los daños sufridos con motivo de un accidente ocurrido en dicho Instituto, con ocasión de las actividades de pintura en el taller del centro.

Describe lo ocurrido del siguiente modo: “*El día 26 de febrero de 2008 con ocasión de actividades de prácticas de pintura en el taller del Centro, para limpiar las pistolas tras el pintado de piezas nos dispusimos al vaciado de los restos del depósito de disolvente de la máquina de lavado y al inclinarla se cerró la puerta de la máquina cayendo sobre el primer dedo de mi mano izquierda, ocasionándome herida contusa con arrancamiento unguinal y fractura extremo distal falange del primer dedo de la mano izquierda. En el momento del*

accidente la puerta de la máquina no tenía mecanismo de bloqueo para impedir el cierre durante el vaciado del depósito de disolvente, habiéndose instalado posteriormente una varilla, que enganchaba la puerta abierta a la máquina, evitando su cierre en dicha tarea “.

Imputa al funcionamiento del servicio público docente, que en el momento del accidente la puerta de la máquina no tuviera mecanismo de bloqueo para impedir el cierre durante el vaciado de depósito de disolventes, habiéndose instalado posteriormente una varilla, que evita su cierre.

Respecto a los daños sufridos, el interesado señala: *“como consecuencia del accidente sufrí las lesiones indicadas habiendo precisado inmovilización con férula de aluminio, curas locales y tratamiento médico y farmacéutico. Asimismo causé baja laboral por incapacidad temporal (IT) en el puesto de trabajo que desempeño a media jornada desde el 26/2/08 al 23/03/08 en que fui alta por mejoría.”*

Los daños se cuantifican en la cantidad de 1.416 euros, a razón de 52,47 euros por día (27 días improductivos de baja laboral), aplicando el baremo correspondiente al año 2008 del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Por último, acompaña la siguiente documentación: a) Documento Nacional de Identidad; b) parte de urgencias del Hospital Los Arcos de Santiago de la Ribera; y c) parte médico de alta de incapacidad temporal por contingencias comunes.

También figura el informe inicial del centro educativo, en el que la Directora expone que el 26 de febrero de 2008, estando presente el profesor de la asignatura, el alumno precisó asistencia médica porque *“limpiando una pistola en la máquina lavadora se cerró bruscamente la tapa, aplastándole el dedo pulgar mano izquierda (por error se dice derecha)”*.

SEGUNDO.- El 30 de abril de 2008 fue recabado por la instructora un informe del profesor de la asignatura, que es evacuado el 13 de mayo siguiente en el siguiente sentido:

“Después de realizar prácticas de pintura en la cabina, el alumno se disponía a limpiar las pistolas utilizadas tras el pintado de varias piezas, a la limpiadora de pistolas LEIBARMATIC, existente en el taller. Una vez limpiadas las pistolas, para vaciar la máquina de disolvente, se inclinó la máquina, cayendo la tapa de la máquina sobre el dedo de la mano izquierda, ocasionándole una herida profunda, con gran cantidad de sangre.

El alumno fue inmediatamente llevado al centro de salud para ser atendido, y posteriormente el alumno trajo el parte de accidente con las lesiones que tuvo.

La máquina fue inmediatamente precintada, hasta que posteriormente se le colocó a la máquina un seguro para evitar posibles futuros accidentes”.

TERCERO.- Concedido trámite de audiencia al reclamante el 28 de julio de 2009 (notificado el 30, según el acuse de recibo), no consta que haya presentado alegaciones, tras lo cual se redacta la propuesta de resolución estimatoria, al haber quedado acreditado la relación casual entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público educativo, y que se trata de daños que el alumno no tiene el deber jurídico de soportar. Respecto a la cuantía indemnizatoria, propone la cantidad de 708,345 euros (la mitad), por la falta de justificación del salario que percibía por su trabajo a tiempo parcial, teniendo también su reflejo en la cuantía indemnizada la dedicación parcial.

CUARTO.- Con fecha 2 de septiembre de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Requisitos previos: legitimación y plazo de reclamación. Procedimiento.

La reclamación fue presentada 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.

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que la reclamación fue formulada por persona que acredita la condición de interesado, conforme a lo establecido en los artículos 31 LPAC, en relación con el 139.1 de la misma Ley.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es 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 docente donde ocurrió el accidente (IES “Gerardo Molina” de Torre Pacheco).

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 cabe reseñar la larga paralización que ha sufrido el presente procedimiento, desde la emisión de informe por el profesor encargado hasta que se otorga el trámite de audiencia al interesado (más de un año), que ha excedido en exceso el plazo previsto en el artículo 13.3 RRP para su resolución (6 meses), sin que, además, dicha paralización se encuentre justificada en la complejidad del expediente o en la realización de trámites pendientes, lo que colisiona frontalmente con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa.

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 soporarlo de acuerdo con la Ley.

De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa. Ahora bien, en cuanto a los daños acaecidos en centros escolares, este Consejo Jurídico ha razonado que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de los servicios públicos, con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el sistema de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplando en nuestro ordenamiento jurídico (por todos, Dictamen núm.134/04). Por tanto, como dice la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, de 2 de julio de 2002, tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, no todo hecho productor de daños en el centro docente pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio.

En el presente supuesto el reclamante sostiene un defecto en el material utilizado (la puerta de la máquina de lavado no disponía de mecanismo de bloqueo para impedir el cierre durante el vaciado de disolvente), que representaba un riesgo de accidente para los alumnos de prácticas de pintura, como demuestra, en su opinión, que con posterioridad se colocara un mecanismo preventivo.

Este Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución, que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al quedar acreditado la existencia de nexo causal entre la lesión y el servicio público educativo: *“los hechos se produjeron en la realización de una actividad escolar, con presencia del profesor titular y la acción que realizaba el alumno se relaciona con el contenido del módulo de preparación de superficies, en su fase práctica o de taller. Por tanto, se trata del desenvolvimiento del servicio público educativo en el transcurso del cual el alumno se autolesiona (...) pero, y esto es lo determinante, la lesión en los dedos se la provoca el material escolar que manipulaba (...) la máquina carecía de un mecanismo de bloqueo de la tapadera, el cual fue posteriormente instalado, lo que hacía que fuera una herramienta altamente inadecuada en esas condiciones para ser ofrecida al uso del alumnado y, en concreto, para la acción particular de su limpieza por un alumno; su idoneidad hubiera evitado, por el contrario, el doloroso accidente”*.

En consecuencia, el daño alegado se incardina en el ámbito propio de funcionamiento del servicio público, ya que han concurrido elementos adicionales generadores de riesgo en el material utilizado por los alumnos, existiendo la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión de indemnización formulada (entre otros, Dictamen 161/2005, del Consejo Jurídico).

Por último, se trata de daños que el interesado no tiene obligación de soportar (artículo 141.1 LPAC).

CUARTA.- Daño y cuantía indemnizatoria.

Acreditada la realidad del daño, el reclamante solicita la cantidad de 1.416,68 euros, en concepto de los días improductivos que causó baja laboral en su puesto de trabajo que desempeña a media jornada (desde el 26 de febrero al 23 de marzo de 2008). Para justificar tal can-

tividad, el interesado se ha acogido al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico, correspondiente al año 2008 (Resolución de 17 de enero de 2008 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), que establece 52,47 euros por cada día improductivo.

No obstante, conviene recordar que la legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que ha de tenerse en cuenta las circunstancias personales (Dictamen 134/2004 del Consejo Jurídico).

De otra parte, 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.

Aplicada al presente supuesto, el reclamante se ha acogido al citado baremo sin mayor justificación, cuando debería haber acreditado los ingresos que percibe en su trabajo a tiempo parcial, según refiere en el escrito de reclamación, acomodando la indemnización solicitada a sus circunstancias personales, conforme a lo ya expresado. Téngase en cuenta, también, que no alega ninguna secuela y que, según expresa el parte médico de alta por incapacidad laboral, la mejoría le permite trabajar.

Por ello, este Consejo Jurídico comparte la propuesta de la instructora de modular la cuantía indemnizatoria solicitada, teniendo su reflejo en la misma la actividad a tiempo parcial realizada por el alumno, considerando adecuado su reajuste a la mitad de lo solicitado (708,345 euros), sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial (artículo 141.3 LPAC).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público educativo.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria propuesta por la instructora también se dictamina favorablemente, sin perjuicio de su actualización, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 188/09.- Proyecto de Decreto por el que se establece la forma de acceso, promoción y provisión de puestos de personal investigador de grupos A y B y del personal de apoyo a la investigación, del grupo C, del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario.

Consultante: Consejera de Presidencia y Administración Pública (2008)

Fecha: 26/10/09

Extracto de Doctrina

La propia LIMIDA establece peculiaridades del régimen jurídico de su personal, al apartarse, en los concretos aspectos enunciados, de la normativa de función pública aplicable al resto de los empleados públicos regionales. Y ello es así porque la remisión del régimen jurídico del personal de los organismos autónomos al general de la Administración regional, efectuada por una norma legal (en el supuesto, el artículo 44 de la Ley 7/2004 y 16.2 LIMIDA), determina que sólo otra norma del mismo rango pueda establecer excepciones a la misma, y esa norma, en el sistema de la Ley 7/2004, no es otra que la propia Ley de creación del organismo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, el Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA) elabora un borrador de Decreto por el que se establece la forma de acceso, promoción y provisión de puestos de trabajo de personal investigador de los Grupos A y B y del personal de apoyo a la investigación del Grupo C del Instituto.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

- a) Memoria justificativa de la oportunidad del Proyecto, según la cual “*se pretende adecuar las normas de la función pública regional a las especificidades del personal investigador y a su funcionamiento, adaptándose a las características de la actividad investigadora y al impulso de la investigación y el desarrollo tecnológico, objetivos de la política de investigación agraria del Gobierno Regional*”.
- b) Memoria justificativa sobre las repercusiones presupuestarias de la aprobación del Proyecto, que ha sido remitida al Consejo Jurídico de forma incompleta (folios 11 y 12 del expediente).
- c) “Ficha” normativa del Proyecto, asimismo incompleta en la documentación remitida a este Órgano Consultivo (folios 13 y 14).
- d) Informe sobre el impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contempla entre sus preceptos discriminación alguna en función del género.
- e) Certificación expedida por la Secretaria del Consejo del IMIDA, acreditativa de la aprobación del Proyecto por parte del indicado órgano, con propuesta de dos modificaciones atinentes a la exención del requisito de contar con el doctorado para poder promocionar desde el Grupo B y a eliminar la prueba de conocimiento del idioma inglés de la fase de oposición, pasándola a la de concurso.

- f) Certificación expedida por el Secretario de la Comisión Científica del Instituto, acreditativa del informe favorable del indicado órgano al Proyecto.
- g) Justificación de la conveniencia de incorporar al personal de apoyo a la investigación al ámbito de aplicación del Proyecto.
- h) Informe de la Dirección General de Presupuestos, según el cual la entrada en vigor del futuro Decreto no supone un incremento de las dotaciones presupuestarias correspondientes al IMIDA para el ejercicio 2009, ni tiene incidencia presupuestaria en posteriores ejercicios.
- i) Certificado del Secretario de la Mesa Sectorial de Administración y Servicios de la Administración Pública de la Región de Murcia, acreditativo del sometimiento del Proyecto a negociación colectiva y del acuerdo alcanzado.
- j) Certificado del Secretario del Consejo Regional de la Función Pública, según el cual el indicado órgano consultivo informa favorablemente el texto, con una puntualización en la redacción del artículo 6.1.

Dicha puntualización es asumida por el IMIDA, según consta en comunicación del Director del IMIDA al Director General de Empleo Público (folio 3 del expediente).

SEGUNDO.- Con fecha 7 de mayo de 2009, el Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Empleo Público emite informe sobre el Proyecto.

TERCERO.- El 12 de junio el Proyecto es informado favorablemente por el Servicio Jurídico y la Vicesecretaría de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas.

CUARTO.- El 29 de julio es la Dirección de los Servicios Jurídicos la que evacua su informe preceptivo, en sentido favorable al Proyecto.

QUINTO.- 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 30 de septiembre de 2009.

SEXTO.- Advertida la omisión, entre la documentación remitida al Consejo Jurídico, del texto definitivo y autorizado de la disposición objeto de consulta y de los sucesivos borradores que, en número de tres, se han ido elaborando durante la tramitación del Proyecto —de cuya existencia da cuenta el informe del Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Empleo Público—, por Acuerdo 11/2009, adoptado por el Pleno del Consejo Jurídico en sesión de 5 de octubre, se requiere a la Consejería consultante para que complete el expediente con la documentación omitida.

SÉPTIMO.- Con fecha 7 de octubre, la Consejería consultante remite la documentación solicitada, consistente en tres versiones del Proyecto, la última de las cuales es diligenciada por el Secretario General como texto definitivo de la disposición proyectada.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen reviste carácter preceptivo al emitirse en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de

Murcia, que establece la preceptividad de la consulta respecto de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional —en este supuesto, la 8/2002, de 30 de octubre, por la que se crea el IMIDA (en adelante, LIMIDA)— o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado (en la consulta, el artículo 2.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril).

SEGUNDA.- Competencia material.

Aun cuando la parte expositiva del Proyecto no es muy expresiva acerca del ámbito competencial en que se sustenta la iniciativa normativa, de la tramitación seguida y de los informes emitidos durante la misma, cabe considerar que se incardina en el ámbito de la Función Pública regional, para cuya regulación la Comunidad Autónoma está habilitada por los artículos 51 y 52 del Estatuto de Autonomía, que le atribuyen la creación y estructuración de su propia Administración, debiendo ser su régimen jurídico y el de sus funcionarios regulado por Ley de la Asamblea Regional, de conformidad con la legislación básica del Estado. En ejercicio de esta competencia se dicta la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, cuyo Texto Refundido (TRLFP) se aprueba por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero.

Dicho texto no contiene previsiones específicas para el personal investigador, a diferencia de la normativa básica estatal, que sí admite de forma expresa la posibilidad de dictar normas singulares para adecuar el régimen general de la Función Pública a las peculiaridades de aquél. En este sentido se expresa el artículo 2.2 EBEP.

Es precisamente dicho precepto básico el que parece señalar la Exposición de Motivos del Proyecto como fundamento legal de la regulación que se pretende establecer, la cual, además, se califica como desarrollo de la Ley de creación del IMIDA, cuya Disposición final primera habilita al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias en su desarrollo y aplicación.

Cabe concluir, en suma, que la Comunidad Autónoma cuenta con competencia material suficiente para establecer la regulación proyectada, en la medida en que se integra en el ámbito material de la función pública regional y constituye el desarrollo reglamentario de la Ley de creación de un organismo autónomo.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

La ya apuntada doble naturaleza del Proyecto, como norma integrante del ordenamiento regional de la función pública y como disposición ejecutiva de la Ley de creación de un organismo autónomo, ha determinado que se siguiera un peculiar procedimiento de elaboración, de forma que la iniciativa normativa ha partido del indicado organismo, mientras que la propuesta al Consejo de Gobierno se ha formulado por el titular de una Consejería (la de Presidencia y Administraciones Públicas) diferente a la de adscripción de aquél (la de Agricultura y Agua).

Como se indicará más adelante, la disposición proyectada no extiende su ámbito de aplicación a toda la función pública investigadora regional (lo que habría residenciado la competencia para su propuesta al Consejo de Gobierno en la Consejería competente en materia de función pública), pues queda restringido al personal de tal carácter del IMIDA.

Tampoco limita su regulación al personal investigador, pues incluye normas relativas al de apoyo a la investigación, que, como más adelante se indicará (Consideración Quinta de

este Dictamen), no puede ser considerado personal investigador a los efectos del artículo 2.2 EBEP. Además, sólo contempla el Proyecto al personal que realiza tareas auxiliares y conexas a la investigación en el IMIDA.

Así pues, la disposición sometida a consulta no pretende establecer normas de general aplicación al personal investigador dependiente de la Comunidad Autónoma, sino que su ámbito subjetivo queda restringido al colectivo de empleados públicos que desempeñan tareas de investigación y de apoyo a la misma en el IMIDA (art. 1 del Proyecto). Puede afirmarse, entonces, que el elemento común que aglutina a los diversos colectivos destinatarios de la regulación proyectada no es otro que ser personal del IMIDA y que lo que en definitiva persigue el Proyecto es establecer las peculiaridades de su personal.

Al margen de las consecuencias que se derivan de esta conclusión en relación al rango de la disposición proyectada (Consideración Cuarta), lo cierto es que si lo que se pretende es incidir en el régimen jurídico del personal del Instituto, desarrollando las previsiones de su Ley de creación, su ubicación más adecuada serían los Estatutos del IMIDA, de conformidad con el artículo 41.1, letra c) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Comoquiera que tal disposición reglamentaria fue aprobada por Decreto 13/2006, de 17 de marzo, el Proyecto debería haberse configurado como una norma modificativa de aquél, siendo el procedimiento para su tramitación el fijado en el artículo 44.2 de la Ley 7/2004, que confiere a la Consejería de adscripción del organismo la facultad de propuesta de la disposición al Consejo de Gobierno.

CUARTA.- El rango de la disposición proyectada.

Como ya se ha dicho, el Proyecto persigue establecer las peculiaridades del personal investigador y de apoyo a la investigación que presta servicios en el IMIDA.

La configuración de este organismo público de investigación como organismo autónomo (art. 1.1 LIMIDA) exige que, para fijar el régimen jurídico aplicable a su personal, haya de atenderse no sólo a la normativa reguladora de la Función Pública, sino también a las prescripciones singulares que constituyen el régimen jurídico de los organismos autónomos en general y del IMIDA en particular.

Así, dispone el artículo 44.1 de la Ley 7/2004, que el personal de los organismos autónomos estará sujeto al régimen aplicable al personal de la Administración general, sin perjuicio de las peculiaridades que puedan establecerse en su Ley de creación. Esta previsión, que remite a la Ley de creación de cada organismo la fijación de las peculiaridades del régimen jurídico de su personal, se refuerza en el artículo 40.2, letra d) de la misma Ley 7/2004, al fijar el contenido necesario de la indicada norma de creación.

En el caso del IMIDA, su Ley es coherente con este sistema, al establecer una norma “general” consistente en que *“el régimen jurídico aplicable a su personal será el establecido con carácter general para el personal al servicio de la Administración regional”* (art. 16.2), para, a continuación, regular las peculiaridades que, en aplicación de dicho régimen general, se establecen para el personal del organismo, a saber:

- Que el sistema preferente de acceso será el concurso-oposición (art. 16.3).
- Definición de los puestos de trabajo que configuran la carrera administrativa de este personal (artículos 17 y 18).

- Establecimiento de un baremo de méritos específico para la carrera del personal investigador (art. 19.1) y requisitos de los miembros de las comisiones de evaluación (art. 19.2).
- La atribución al Director del Instituto de la potestad de contratar personal laboral temporal y nombrar personal interino (art. 20.1).
- La previsión de un procedimiento especial para la contratación de personal laboral temporal con cargo a los créditos de inversiones (art. 20.3).
- Posibilidad de contratar temporalmente investigadores asociados e investigadores visitantes, en las condiciones que se determinen reglamentariamente (Disposición adicional segunda).
- Previsión de creación de la opción Investigación Agraria y Alimentaria en las Escalas Científica Superior y Científica, y fijación de los criterios de integración en ella (Disposiciones adicional sexta y transitoria primera).

No constituyen peculiaridades del régimen jurídico del personal del IMIDA, por el contrario, aquellas otras normas que, aun contenidas en la Ley de creación del organismo, son mera reproducción de las propias del régimen jurídico general de la función pública regional, como el sometimiento de su selección y provisión a procedimientos objetivos regidos por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 16.3 y 20.2); o las que extienden su eficacia más allá del restringido ámbito del organismo, como la creación de las Escalas Científica Superior y Científica (Disposición adicional quinta), en las que puede integrarse otro personal investigador ajeno al IMIDA.

Así pues, la propia LIMIDA establece peculiaridades del régimen jurídico de su personal, al apartarse, en los concretos aspectos enunciados, de la normativa de función pública aplicable al resto de los empleados públicos regionales. Y ello es así porque la remisión del régimen jurídico del personal de los organismos autónomos al general de la Administración regional, efectuada por una norma legal (en el supuesto, el artículo 44 de la Ley 7/2004 y 16.2 LIMIDA), determina que sólo otra norma del mismo rango pueda establecer excepciones a la misma, y esa norma, en el sistema de la Ley 7/2004, no es otra que la propia Ley de creación del organismo.

No es óbice para alcanzar esta conclusión que la propia LIMIDA, en su artículo 21, disponga la aplicación supletoria de la normativa reguladora de los entes de naturaleza análoga de la Administración del Estado, que remite al reglamento la determinación de las peculiaridades del régimen de su personal —el artículo 61 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social remite a los Estatutos de cada organismo público de investigación del Estado la fijación, en el marco de la normativa de rango legal en materia de función pública, de dichas peculiaridades—. Y es que, para poder acudir al derecho supletorio, es necesario advertir la existencia de un vacío normativo en el ordenamiento regional que precisa de la integración con otro ordenamiento o, en palabras del Tribunal Constitucional en interpretación del artículo 149.3 de la Constitución: *“la cláusula de supletoriedad es (...) una previsión constitucional emanada de la CE que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya”* (STC 118/1996). Sin embargo, en el supuesto sometido a consulta no se advierte ninguna laguna en el ordenamiento regional del IMIDA que lleve a la aplicación supletoria del derecho estatal.

En efecto, como se ha indicado, la Ley de creación de 2002 somete al personal del Instituto al régimen general de la función pública (art. 16.2), estableciendo la propia Ley las excepciones o peculiaridades que el legislador estima oportunas. Cuando dos años más tarde se promulga la Ley 7/2004, cuyo artículo 44.1 es perfectamente compatible con las previsiones en materia de personal de la LIMIDA, introduce en el ordenamiento regional una norma que permite adaptar la regulación preexistente de los entes instrumentales de la Administración a la nueva regulación de los organismos autónomos —finalidad ésta que era la perseguida en el ámbito del Estado por el artículo 61 de la antedicha Ley 50/1998, para adaptar el régimen de los organismos públicos de investigación a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)—. La aludida norma regional es la Disposición transitoria primera de la Ley 7/2004, según la cual, la adecuación de los entes preexistentes a la nueva regulación se hará mediante una disposición que, cuando incorpore peculiaridades respecto del régimen general de cada tipo de organismo en materia de personal, deberá tener rango de Ley.

Así pues, cabe concluir que la determinación de las peculiaridades del régimen de personal del IMIDA queda reservada a la Ley.

La anterior conclusión, sin embargo, no debe interpretarse como una absoluta reserva de rango legal, que excluya cualquier intervención del reglamento para regular concretos aspectos del régimen jurídico del personal de los organismos autónomos. Al contrario, el Consejo de Gobierno puede establecer aquellos extremos que, sin separarse del régimen general de la función pública, se estimen necesarios para completar el del personal del organismo, así como desarrollar las concretas peculiaridades y excepciones que, sobre dicho régimen general, establezca la Ley de creación del organismo. El reglamento, así, encuentra justificación en su calidad de complemento indispensable de la Ley, de forma que puede contribuir a la definición del régimen jurídico peculiar del personal del organismo, abordando la regulación de aquellos aspectos que posibiliten la más adecuada aplicación y ejecución de las prescripciones legales, tal y como de hecho se apuntaba en nuestro Dictamen 58/2002, relativo al Anteproyecto de la que a la postre sería la LIMIDA, donde advertíamos del carácter reglamentista de algunas previsiones en materia de personal y sugeríamos trasladar parte de esa regulación a un reglamento, como así se hizo en relación a algunos extremos que, con posterioridad, se incorporaron a los Estatutos del organismo.

Ahora bien, la singularidad de estas disposiciones reglamentarias que introducen excepciones en el régimen general de la función pública demanda una estricta interpretación del ámbito normativo que corresponde al reglamento, que sólo será admisible en la regulación de aquellos extremos que resulten imprescindibles para el desarrollo de la excepción-peculiaridad fijada por la Ley, sin que le sea dado al reglamento establecer *ex novo* excepciones o especificidades no previstas en aquélla. En esta labor de delimitación del alcance de la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno para su desarrollo y en línea con la exigencia de efectuar una interpretación estricta de la misma, habrá que atender, además, a dos circunstancias relevantes que la propia Ley de creación del organismo ofrece: a) el detalle con el que el texto legal regula algunas de las peculiaridades (vgr. el segundo párrafo del artículo 19.1); y b) las específicas habilitaciones reglamentarias que contiene, en los artículos 17, último párrafo; 19.1 y Disposición adicional segunda.

Corolario de todo lo anterior es que el Proyecto puede desarrollar las peculiaridades establecidas en la Ley, pero sólo en la medida en que aquéllas hayan sido claramente esta-

blecidas en ella, sea necesaria la regulación reglamentaria para la aplicación de la Ley y no cree nuevas excepciones al régimen general.

Desde esta perspectiva, propia de la relación ley-reglamento en materias en las que existe una reserva de ley, la regulación contenida en el Proyecto no puede considerarse en su totalidad ajustada a Derecho, conforme al siguiente detalle.

1. Sistemas de acceso del personal funcionario investigador y de apoyo a la investigación (artículos 3 y 4 del Proyecto).

Ya dijimos que la previsión en la LIMIDA de efectuar la selección de su personal conforme a procedimientos objetivos sujetos a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad más el legal de publicidad, en la medida en que es común al régimen general de la función pública, no puede considerarse como peculiaridad del personal del Instituto. Además, el rigor con que han de interpretarse las peculiaridades o excepciones legales al régimen general impide considerar la indicada previsión sobre los procedimientos selectivos como una manifestación de la voluntad del legislador de someter el acceso a la función pública del personal del organismo a procedimientos selectivos diferentes a los que rigen en el del resto de los funcionarios al servicio de la Administración regional. De haberlo querido así, el legislador debería haber excluido la aplicación de la regulación general, bien mediante el establecimiento de las reglas rectoras del indicado procedimiento, bien remitiendo de forma expresa al reglamento su regulación, previa delimitación legal de sus elementos esenciales.

En consecuencia, la única peculiaridad respecto al acceso del personal funcionario sería la contemplada en el último inciso del artículo 16.3 LIMIDA, según el cual “el sistema preferente de acceso será el concurso-oposición”.

Ahora bien, la mera opción legal por un determinado sistema de acceso tampoco es suficiente habilitación para establecer por vía reglamentaria una regulación diferente a la del concurso-oposición aplicable a los procedimientos selectivos del resto de la Administración regional. Por ello, la LIMIDA puede y debe integrarse con la normativa general de función pública que, en relación al concurso-oposición como sistema objetivo de acceso a la función pública, viene constituida por el artículo 61.6 EBEP, 29 TRLFP; 5 del Decreto 57/1986, de 27 de junio, de acceso a la función pública, promoción interna y provisión de puestos de la Administración Regional; y la Orden de 17 de junio de 2004, de la Consejería de Hacienda, por la que se aprueban las bases generales que regirán las convocatorias de pruebas selectivas para acceso a los distintos cuerpos de la Administración Regional.

No obstante el expresado juicio negativo que merece la regulación proyectada en los dos preceptos objeto de análisis, se sugiere a la Consejería consultante una posible vía alternativa para adaptar la selección del personal a las características del Instituto, a través de la Disposición adicional primera de la Orden citada, que habilita el dictado de bases de convocatorias específicas para regir los procesos selectivos de acceso a Cuerpos, Escalas y Opciones de la Administración Regional, que se aplicarían con carácter preferente a las generales. Ello, no obstante, no podría alcanzar a la composición de los Tribunales de Selección, pues el Decreto 6/2006, de 10 de febrero, por el que se regula la composición, designación y funcionamiento de los tribunales calificadores de las pruebas selectivas para acceso a la función pública regional únicamente prevé excepciones a su aplicación respecto del personal estatutario y docente no universitario.

2. Sistema de acceso del personal laboral temporal e interino (artículos 5 y 6 del Proyecto).

Las peculiaridades que, respecto de este personal, establece la LIMIDA se limitan a atribuir al Director del Instituto la potestad de su contratación y nombramiento, la previsión de un procedimiento especial para la contratación de personal laboral temporal con cargo a los créditos de inversiones, así como la posibilidad de contratar temporalmente investigadores asociados e investigadores visitantes, en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

Comenzando por esta última previsión, el expreso reenvío reglamentario contenido en la Disposición adicional segunda LIMIDA, restringido a la contratación de investigadores asociados y visitantes, sí habilitaría al Consejo de Gobierno para establecer normas específicas para la selección de este concreto personal. Sin embargo, la indicada remisión se hizo efectiva en el artículo 20 de los Estatutos del organismo —cuya derogación no se prevé en el Proyecto—, limitándose a efectuar un reenvío al régimen general de la contratación laboral temporal de la Administración regional.

Respecto a las otras peculiaridades fijadas por la LIMIDA para la selección del personal temporal del Instituto, una vez más, su realización a través de procedimientos objetivos con sometimiento a los principios constitucionales y legales que rigen la de todos los empleados públicos, más la mera asignación por la Ley de la competencia para nombrar y contratar al personal a un órgano del Instituto, no constituyen habilitación suficiente para que el Consejo de Gobierno establezca normas particulares que se separen del régimen general de la selección del personal temporal en la Administración regional, al que de modo genérico sujeta la LIMIDA la del organismo.

Y la regulación proyectada se aparta de la general porque el procedimiento extraordinario al que en todo caso pretende someter el Proyecto la selección del personal laboral temporal y del interino, se contempla en la normativa regional de función pública como último recurso al que acudir cuando fallan los sistemas ordinarios, es decir, en primer lugar, las listas de espera derivadas de procedimientos selectivos de personal funcionario y, en segundo lugar y en defecto de aquéllas, las listas de espera constituidas mediante convocatoria específica de concurso (artículos 12, 13 y 21 de la Orden de 27 de julio de 2001, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la selección de personal interino y laboral temporal de la Administración Pública regional).

Dicho lo anterior, el artículo 20.3 LIMIDA prevé la posibilidad excepcional de acudir a un “procedimiento especial” para la contratación de personal laboral temporal, previsión que podría posibilitar una interpretación que equiparara este procedimiento al extraordinario de la Orden de 27 de julio de 2001 y amparara la norma proyectada. Sin embargo, la Ley limita ampliamente las posibilidades de acudir a ese procedimiento especial, en la medida en que sólo sería posible para la contratación de personal laboral temporal con cargo a los créditos de inversiones (“sin cargo a puesto” dice la Ley), lo que excluiría al personal interino, y sólo respecto de programas específicos de investigación y desarrollo. Además, su utilización estaría sujeta a la previa autorización por parte de la Dirección General de Empleo Público.

En suma, de las peculiaridades establecidas en la Ley respecto al personal laboral temporal y al interino, tan sólo podría regular el Proyecto el procedimiento especial a que se refiere el artículo 20.3 LIMIDA y la contratación de investigadores asociados y visitantes

de la Disposición adicional segunda de dicha Ley. En este supuesto, debería derogarse expresamente el artículo 20 de los Estatutos del IMIDA.

3. Promoción (art. 7).

Ninguna norma contiene la LIMIDA en relación con la promoción del personal del organismo, pues las menciones a la carrera administrativa contenidas en los artículos 17 y 19 carecen de precisiones acerca de este instrumento de carrera que es la promoción. Por tanto, la del personal del IMIDA ha de ajustarse a la del resto de la Administración regional, por así disponerlo el artículo 44.1 de la Ley 7/2004 y el 16.2 LIMIDA.

4. Provisión de puestos de trabajo de personal investigador (art. 8).

En línea con lo indicado respecto de la selección del personal del Instituto, la previsión legal de sometimiento de la provisión de los puestos de trabajo del organismo a procedimientos selectivos objetivos sujetos a los principios de igualdad, mérito y capacidad no puede considerarse como una habilitación al Consejo de Gobierno para establecer normas de procedimiento diferentes a las establecidas con carácter general para el resto de empleados públicos de la Administración regional —cuyos procedimientos de provisión cumplen con dichas características—, máxime cuando la propia Ley centra su atención en dos aspectos concretos, que son las verdaderas peculiaridades del régimen de provisión de puestos del Instituto y únicas sobre las que la regulación reglamentaria contaría con la habilitación legal necesaria para separarse de la normativa general de provisión.

De conformidad con la LIMIDA, son normas específicas de la provisión en el seno del organismo las referidas a la elaboración del baremo de méritos específico para la carrera administrativa del personal investigador y las relativas a la composición de las Comisiones de evaluación (art. 19).

No obstante, la habilitación reglamentaria expresa contenida en el artículo 19.1 de la Ley para la elaboración del baremo de méritos no se hace efectiva en el Proyecto, pues su artículo 8.2 es mera reiteración de los contenidos legales y, por consiguiente, carece de valor jurídico añadido al de aquéllos, lo que aconseja su supresión en aras de la economía normativa.

Respecto de las Comisiones de evaluación de méritos, la única peculiaridad que establece la Ley respecto del régimen general es que la mitad de sus miembros habrán de ser personas de reconocido prestigio científico, pues la exigencia de que todos desempeñen puestos de nivel igual o superior a los de los puestos convocados es común a los órganos encargados de desarrollar los procedimientos de provisión en el ámbito de la Administración general (art. 14 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de la Administración Pública de la Región de Murcia). Ello impide que el Proyecto establezca otras exigencias que, apartándose de las propias del régimen general de la Administración regional, constituyen verdaderas normas peculiares para el personal del IMIDA, para lo que, como ya se ha dicho, se precisa una norma de rango legal que así lo prevea.

QUINTA.- El personal de apoyo a la investigación.

Al margen de la oportunidad de sujetar al personal de apoyo a la investigación a un régimen homogéneo con el del investigador, extremo éste ampliamente justificado en el expediente, lo cierto es que, desde una óptica estrictamente jurídica, dicho personal no es personal investigador.

En primer lugar porque, como señala el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 10 diciembre 1986, “*la labor conexas con la investigación no puede equipararse, por propia definición, a la específica investigadora*”, y son las peculiaridades de ésta las que justifican la previsión de un régimen singular para el personal que la desarrolla.

Así se desprende, también, de la configuración que del mismo se hace en la LIMIDA, singularmente en sus artículos 2 y 17 a 19. Estos últimos, con fundamento en las peculiaridades del personal investigador, regulan su carrera administrativa. A la luz de estos preceptos, resulta evidente que el personal investigador del IMIDA viene constituido sólo por quienes perteneciendo a los Grupos A y B de titulación —tras el EBEP (art. 76 y Disposición transitoria tercera) Subgrupos A1 y A2—, y a las Escalas y opciones que se indican en el artículo 2 del Proyecto, desempeñan puestos de trabajo de naturaleza investigadora (profesor de investigación, investigador y colaborador científico), que son quienes desarrollan los programas y proyectos de investigación.

Por contraposición a este personal investigador, el de apoyo a la investigación desarrolla labores auxiliares a ésta, siendo configurado por el Proyecto como perteneciente al Grupo C (Subgrupo C1, tras el EBEP).

En cualquier caso, como se ha indicado, no es necesario forzar el concepto de personal investigador incardinando en él al de apoyo a la investigación, para poder regular las especificidades del régimen jurídico de este último, pues la Ley de creación del organismo puede establecer peculiaridades del personal a su servicio. No obstante, en el texto vigente de la referida Ley nada se dispone en relación con el personal de apoyo a la investigación que no sea su sujeción al régimen de los empleados públicos de la Administración regional general, por lo que no puede el Proyecto excepcionar su aplicación.

SEXTA.- Consideración final.

Adolece el expediente de una suficiente justificación de las numerosas peculiaridades y excepciones al régimen jurídico del personal de la Administración general que el Proyecto pretende introducir. Y es que, como ya se indicó en nuestro Dictamen 58/2002, no basta con apelar a una general idea de eficacia y agilidad en el ejercicio de la función investigadora para entender justificada cualquier disposición excepcional, sino que debiera procederse a un estudio detenido acerca de en qué medida cada excepción al régimen general posibilita el logro de aquellos objetivos y finalidades que se persiguen con ella. La ausencia de dicha labor motivadora determina un inicial rechazo a las previsiones que se apartan del régimen general del personal al servicio de la Administración regional, en los diversos aspectos objeto de regulación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia material para establecer la regulación proyectada.

SEGUNDA.- No obstante, conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen, el rango reglamentario de la disposición proyectada es insuficiente para regular los siguientes extremos:

1. Someter el acceso del personal funcionario del organismo autónomo a procedimientos selectivos diferentes de los que rigen en el del resto de los funcionarios de la Administración regional (artículos 3 y 4 del Proyecto).

2. Establecer peculiaridades no contempladas en la LIMIDA, relativas al procedimiento de selección del personal laboral temporal y del personal interino del organismo (artículos 5 y 6 del Proyecto).

3. Fijar normas sobre promoción del personal (artículo 7 del Proyecto).

4. Establecer peculiaridades en materia de provisión de puestos de trabajo no previstas en la Ley de creación del organismo (artículo 8 del Proyecto).

Esta conclusión tiene carácter esencial.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 189/09.- Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)

Fecha: 30/10/09

Extracto de Doctrina

Ha señalado el TC que, aunque de la literalidad del art. 134 CE se deduce, en principio, que las reglas en él contenidas tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal, de modo que de los preceptos constitucionales que regulan las instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas, es evidente que existen una serie de reglas y principios constitucionales que son predicables de toda institución presupuestaria, estatal o autonómica (STC 116/1994, de 18 de abril; también las SSTC 174/1998, de 23 de julio; 130/1999, de 1 de julio, y 3/2003, de 16 de enero).

En igual sentido la STC 130/1999, de 1 de julio, expone que existe una sustancial identidad entre las normas que, integrantes del bloque de la constitucionalidad, son aplicables a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma de Cantabria y lo dispuesto respecto de los Presupuestos Generales del Estado en el art. 134.2 CE, pudiendo deducirse en su consecuencia la existencia de “un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecue a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de la Consejera de Economía y Hacienda de 12 de junio de 2009 (BORM nº 138, de 18 de junio) se dictaron normas para la elaboración de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2010. En su cumplimiento, la Directora General de Presupuestos 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 (10-9-2009); el Director General de Tributos (22-7-2009 y 22-10-2009); el Director General de Empleo Público (16-10-2009); el Director General de Relaciones Institucionales y Administración Local (14-10-2009); la Consejería de Sanidad (20-7-2009); la Consejería de Agricultura y Agua (13-10-2009); la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación (22-7-2009); la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración (20-7-2009); la Consejería de Educación, Formación y Empleo (22-7-2009); la Imprenta Regional (14-7-2009); la Agencia Regional de Recaudación (31-7-2009); el Instituto de Fomento de la Región de Murcia (15-7-2009); el Instituto Murciano de Acción Social (13-7-2009) y el Instituto de Crédito y Finanzas (31-7-2009). 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 2010.

SEGUNDO.- En la instrucción del procedimiento constan las siguientes actuaciones:

a) Memoria de la Dirección General de Presupuestos, justificativa de las modificaciones a introducir en el Anteproyecto respecto al contenido del texto vigente en el ejercicio 2009 (19-10-2009). En anexo figura una copia simple de la propuesta elevada al Consejo de Ministros por el Ministro de Economía y Hacienda para la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria para todas y cada una de las Comunidades Autónomas, correspondiente al periodo 2010-2012. Figura también una copia del informe del Pleno del Consejo de Política Fiscal y Financiera sobre la anterior propuesta, realizado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 5/2001, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en el que también se señala el objetivo de estabilidad presupuestaria para la Comunidad Autónoma en el ejercicio 2010. Se da noticia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de junio de 2009 que aprobó los objetivos de estabilidad presupuestaria para el periodo citado.

b) Informe de impacto por razón de género (19-10-2009).

c) Informe de Vicesecretaría (23-10-2009).

d) Informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General, favorable a la redacción propuesta (23-10-2009).

TERCERO.- El 23 de octubre de 2009 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 registrado de entrada ese mismo día. Se solicita la emisión de dicho Dictamen con carácter urgente, dada la necesidad de cumplir el plazo previsto en el artículo 46.2 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En atención a lo dispuesto por el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que la Ley de Presupuestos goza de las características generales de las leyes, a pesar de sus peculiaridades materiales y procedimentales.

También es procedente emitir el Dictamen con la urgencia con que se solicita, por el evidente interés institucional en cumplir el mandato estatutario de remitir el Anteproyecto a la Asamblea Regional con la antelación de dos meses a la fecha de inicio del correspondiente ejercicio (art. 46.2 EA), aunque el Consejo Jurídico hubiera deseado —igual que en ocasiones anteriores— poder cumplir con un mayor sosiego la función consultiva que tiene encomendada.

SEGUNDA.- Contenido del Anteproyecto.

I. Tomando una ya consolidada doctrina del TC elaborada a partir de la definición funcional que la Ley de Presupuestos tiene en la Constitución (artículos 66.2 y 134.2), el Consejo Jurídico viene señalando que el texto articulado del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma presenta unas connotaciones constitucionales desde las que debe enfocarse su análisis, de las cuales resulta que su contenido ha de circunscribirse a unas pautas que pueden expresarse así (SS 27/1981, 76/1992, 178/1994, 274/2000 y 3/2003):

- a) En cuanto a su naturaleza, se trata de una verdadera Ley a través de la cual el Parlamento ejerce una potestad específica desdoblada de la genérica potestad legislativa.
- b) Su función consiste en aprobar las previsiones contables consustanciales al Presupuesto, pero también ser vehículo de dirección de la política económica.
- c) Su procedimiento de aprobación presenta la importante peculiaridad de que el poder de las Cortes está condicionado.
- d) Y, por todo ello, a su contenido necesario e indisponible (expresión cifrada de las previsiones de ingresos y de las habilitaciones de gastos), puede unirse otro no necesario y eventual que debe estar conectado con aquél mediante una relación directa, bien con los ingresos y gastos, o bien con los criterios de política económica general de los que dicho Presupuesto es instrumento. Esa relación directa entre ambos contenidos ha de ser esencial y principal, nunca accidental y secundaria.
- e) Esa limitación proviene, además de la función constitucional que la Ley tiene, 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.

Por tanto, las materias que no constituyen el núcleo esencial mínimo e indisponible de las leyes de Presupuestos pueden ser admisibles en éstas, según el TC, con dos condiciones: la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes, y la justificación de que tal inclusión es necesaria.

II. También ha señalado el TC que, aunque de la literalidad del art. 134 CE se deduce, en principio, que las reglas en él contenidas tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal, de modo que de los preceptos constitucionales que regulan las instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas, es evidente que existen una serie de reglas y principios constitucionales que son predicables de toda institución presupuestaria, estatal o autonómica (STC 116/1994, de 18 de abril; también las SSTC 174/1998, de 23 de julio; 130/1999, de 1 de julio, y 3/2003, de 16 de enero).

En igual sentido la STC 130/1999, de 1 de julio, expone que existe una sustancial identidad entre las normas que, integrantes del bloque de la constitucionalidad, son aplicables a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma de Cantabria y lo dispuesto respecto de los Presupuestos Generales del Estado en el art. 134.2 CE, pudiendo deducirse en su consecuencia la existencia de *“un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecue a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto”*.

III. Examinado el Anteproyecto puede afirmarse que el conjunto de su contenido se encuentra dentro de los límites constitucionales que le son propios.

TERCERA. Procedimiento.

Aun comprendiendo que, por su propia naturaleza, un Anteproyecto como el consultado es de compleja elaboración, el Consejo Jurídico ha de dejar constancia de la carencia de información económica que permita conocer el importe de los créditos a aprobar y su distribución.

Según el artículo 46.4 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno, la facultad de elevar el Anteproyecto a la consideración del Consejo de Gobierno para que decida sobre ulteriores trámites corresponde a la Comisión de Secretarios Generales, cuya intervención se ha preterido.

La exposición de motivos es imprescindible para remitir el Proyecto a la Asamblea Regional (art. 119 del Reglamento de la Asamblea Regional).

CUARTA.- Limitaciones del Anteproyecto derivadas de las competencias estatales.

Que el objeto de la consulta es el texto articulado del Anteproyecto y no los Presupuestos en sí mismos no excluye que, para una íntegra comprobación jurídica, sea necesario el conocimiento de determinadas cifras, en concreto de las que permiten derivar efectos jurídicos para apreciar la adecuación de dicho texto articulado a otras normas, puesto que su omisión produciría una limitación del Dictamen, al no poderse realizar una valoración general de la adecuación del Anteproyecto al conjunto del ordenamiento, y que sólo, a lo más, cabría presumir (Dictámenes 70/99, 62/00, 92/01, 167/03, 175/08).

Por ello, viene estimando el Consejo Jurídico que los elementos de contraste fundamentales para el análisis jurídico del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región deben permitir comprobar, necesariamente, las siguientes partes de su contenido:

1º) El principio de estabilidad presupuestaria, en los términos que se define por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior. Según las mismas, en el primer semestre de cada año el Gobierno fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria previsto para los tres ejercicios siguientes, previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Figura en el expediente el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, aprobado también en el seno del citado Consejo de Política Fiscal y Financiera, todo ello a los efectos del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 5/2001, si bien no consta explicación alguna en la memoria justificativa.

2º) El cumplimiento de la normativa básica estatal en materia de retribuciones del sector público y su incremento anual, dato que, siguiendo lo reflejado en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, es de forzoso seguimiento por todas las Administraciones Públicas, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Anteproyecto sigue lo que se califica como normativa básica en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3º) Los límites que el artículo 14 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas impone a éstas en materia de endeudamiento, aspecto sobre el que no consta dato alguno en el expediente.

QUINTA.- Sobre el articulado.

I. Siguiendo lo ya reseñado en Dictámenes anteriores, el Consejo Jurídico ha de resaltar, en particular, las siguientes consideraciones:

1) Artículo 35. Contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones. A la vista de su redacción no procede sino reiterar lo expresado en el Dictamen 169/2008, emitido respecto al Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009: *“El Consejo Jurídico ha indicado en diversos Dictámenes (62/2000, 167/2003, 131/2004 y 145/2005) que la regulación establecida, además de ser reiterada año tras año en las Leyes de Presupuestos, demuestra en gran parte de su contenido un marcado carácter reglamentario. Que esta norma haya permanecido invariable en todas las leyes de presupuestos desde que se incluyó por vez primera (hace más de 10 años), demuestra que materialmente no es una norma de vigencia anual. Pero, además, nada impediría que, en uso de la potestad reglamentaria que al Consejo de Gobierno otorga el artículo 9 TRLH, dictase un Decreto regulador de dicho procedimiento, aplicable cuando la norma sustantiva (la Ley de Presupuestos anual) permitiese este tipo de contrataciones. Es decir, con independencia del mandato inicial, el precepto carece de efectos presupuestarios, ya que contiene normas de alcance general, capaces de surtir efecto con independencia de la anualidad presupuestaria correspondiente. Se separan un tanto del contenido no ya esencial, sino del que eventualmente puede formar parte de la Ley de Presupuestos”.*

2) Artículo 46. Módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados. La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, indica en el artículo 117.1 que *“la cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las enseñanzas objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes”*, dato que se omite en el Anteproyecto dictaminado. Además de ello, conviene reiterar que el concierto, en cuanto contrato administrativo, no parece aconsejar que

la Administración educativa asuma la condición de cuasi-empleador, suscribiendo acuerdos tripartitos con las organizaciones patronales y sindicales comprometiéndose a la mejora retributiva del profesorado de los centros concertados.

II. Merece también una observación particular el penúltimo párrafo del apartado d) del artículo 28. Comienza estableciendo que el complemento específico será único, situación que, sin embargo, es la vigente según la regulación del texto refundido de la Ley de la Función Pública, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero (artículo 68.1.b): *“El complemento específico único para cada puesto de trabajo...”*), y continúa —y esa es la innovación— periodificando su percepción en 14 mensualidades, en lugar de las 12 actuales. Tal efecto, desligado de otras determinaciones, puede suponer una reducción de la cuantía que mensualmente se percibe como complemento específico, cuando, con toda probabilidad, no es eso lo que se pretende. La finalidad última de la norma parece ser la inclusión de la cuantía del complemento específico en las pagas extraordinarias, lo que se puede conseguir con propiedad en su sede natural, que es la regulación de dichas pagas, para lo cual bastaría con que el Anteproyecto, en la letra b) de este mismo artículo 28, lo dijera expresamente.

Esta determinación no se opone a la regulación sustantiva autonómica del régimen de retribuciones, ya que el artículo 67 del texto refundido de la Ley de la Función Pública configura pagas extraordinarias de cuantía mínima, que pueden ser elevadas normativamente. Y tampoco se opondría a la regulación contemplada con carácter básico en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 42-1, de 01/10/2009), cuyo artículo 22, incluido en el Capítulo I, referido al incremento de gastos del personal al servicio del sector público, y titulado *“Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público”*, después de establecer que tales retribuciones, incluidas las pagas extraordinarias, no podrán experimentar un incremento global superior al 0,3 por ciento con respecto a las del año 2009, establece la siguiente salvaguarda:

“Estos aumentos retributivos se aplicarán al margen de las mejoras retributivas conseguidas en los pactos o acuerdos previamente firmados por las diferentes Administraciones en el marco de sus competencias”.

Es oportuno también recordar la eficacia vinculante de estos pactos o acuerdos suscritos por las Administraciones Públicas con la representación de las Organizaciones Sindicales, que obliga a actuar conforme indica el artículo 38.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por lo tanto, se pueden admitir incrementos de las pagas extraordinarias siempre que tengan el origen señalado por el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado en el precepto antedicho, y que éste se mantenga en el texto hasta su definitiva aprobación como Ley.

El último párrafo de este apartado d) del artículo 28 realiza una habilitación a la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas que no parece necesaria, ya que ella ostenta la atribución de aprobar y modificar las relaciones de puestos de trabajo, según establece el artículo 19.5 del texto refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia:

“Corresponde al Consejero competente en materia de Función Pública la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo previo informe preceptivo de la Consejería competente en materia de Hacienda”.

Si la intención fuera que la modificación se realice sin otro requisito procedimental, así debiera especificarse.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Anteproyecto sometido a Dictamen responde globalmente en su contenido a las determinaciones propias de su naturaleza, según la doctrina del Tribunal Constitucional.

SEGUNDA.- Las observaciones del Dictamen debieran ser tenidas en cuenta a efectos de la corrección del texto y de su coherencia con el resto del ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 190/09.- Proyecto de Decreto por el que se crea el Registro en prevención de riesgos laborales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se regula su funcionamiento.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 02/11/09

Extracto de Doctrina

En materia de relaciones laborales, el término “legislación” ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la “uniformidad en la ordenación jurídica de la materia” (STC 86/1991).

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “sin afectar a los derechos de los ciudadanos”, quedan referidos a “la mera estructuración interna de la organización administrativa” (STC 57/1982).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada se elabora borrador de Orden por la que se crea y regula el funcionamiento del Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de los servicios de prevención propios, mancomunados y ajenos, de personas y entidades autorizadas para efectuar auditorías o evaluaciones de los sistemas de prevención, así como

de empresas que han notificado a la autoridad laboral la concurrencia de condiciones que no precisan recurrir a la auditoría del sistema de prevención de riesgos laborales.

El citado borrador se acompaña de la siguiente documentación:

— Propuesta, de fecha 28 de noviembre de 2007, del Director General de Trabajo y del Director del Instituto de Seguridad y Salud Laboral al Consejero de Empleo y Formación para la aprobación del borrador como Orden.

— Informe de necesidad, oportunidad, motivación técnica y jurídica de la disposición, de fecha 21 de noviembre de 2007, que ilustra acerca del marco normativo en que se inserta el Proyecto, inicialmente tramitado como Orden, aunque con posterioridad se considera más adecuado el rango de Decreto. Según este informe, el Proyecto encuentra su fundamento en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo artículo 10 habilita diversas formas de organización de los recursos para el desarrollo de las actuaciones preventivas, entre los cuales se encuentra la creación de servicios de prevención propios de las empresas o ajenos. De forma inmediata, el Proyecto desarrolla las previsiones contenidas en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), cuyo artículo 28 habilita a las Comunidades Autónomas a crear un Registro en el que se inscriban tanto los servicios de prevención como las entidades especializadas para efectuar auditorías o evaluaciones de los sistemas de prevención. El mismo RSP establece diversas obligaciones en materia de información y documentación para los servicios de prevención.

Sobre esta base el Proyecto crea el indicado Registro y regula su funcionamiento.

— Memoria económica según la cual la entrada en vigor del futuro Decreto no supondrá nuevas obligaciones económicas para la Administración regional.

— Informe que niega que el Proyecto tenga ningún impacto por razón de género, pues no establece medidas discriminatorias entre mujeres y hombres, ni en sentido negativo ni positivo.

— Certificado expedido por el Secretario del Consejo Asesor de Relaciones Laborales, expresivo del informe favorable del indicado órgano al Proyecto.

SEGUNDO.- El 12 de marzo de 2008 se emite informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Empleo y Formación en sentido favorable al Proyecto, sin efectuar observación o sugerencia de modificación alguna.

TERCERO.- Sometido el Proyecto al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, es dictaminado favorablemente el 16 de mayo de 2008, sin que se formulen observaciones ni reparos al texto, que obtiene una positiva valoración por parte del Órgano Consultivo.

CUARTO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 6 de abril de 2009, en sentido favorable al Proyecto, si bien efectúa diversas observaciones de técnica normativa, gramaticales, de adecuación a la normativa estatal objeto de desarrollo y sobre la *vacatio legis*.

QUINTO.- Las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos son objeto de un informe valorativo evacuado por la Subdirección General de Trabajo, que las acepta en su totalidad, dando lugar a la versión definitiva del Proyecto.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de junio de 2009.

SEXO.- Por Acuerdo 9/2009, el Consejo Jurídico requiere a la Consejería consultante que complete el expediente con los 9 anexos que se mencionan en el texto del Proyecto y que, sin embargo, no se han incorporado a la documentación remitida.

SÉPTIMO.- Con fecha 25 de septiembre se recibe en el Consejo Jurídico los Anexos inicialmente omitidos.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado al amparo del artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que establece su carácter preceptivo respecto de los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo normativo de legislación básica del Estado.

Para el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, la preceptividad derivaría de considerar el RSP como norma básica al amparo de lo establecido en la Disposición adicional tercera, 2, letra a) LPRL. Sin embargo, tal calificación, a los efectos del Proyecto sometido a consulta, no sería correcta, toda vez que el precepto citado declara básicas las normas dictadas en desarrollo de la LPRL sólo “respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas”, al amparo del artículo 149.1,18ª de la Constitución. Esta previsión, en definitiva, configura las indicadas normas reglamentarias como bases del régimen jurídico de dicho personal, no siendo extensible tal calificación al ámbito de aplicación del futuro Decreto, que se refiere a los servicios de prevención que operan en el ámbito privado.

Descartada la subsunción del Proyecto en esa categoría de desarrollo de norma básica del régimen estatutario de los empleados públicos, cabe preguntarse si supone el desarrollo de legislación básica por otro concepto, el laboral, habida cuenta que la propia Disposición final tercera LPRL, en su apartado 1, califica sus preceptos y las normas que los desarrollen como legislación laboral.

Como decíamos en nuestros Dictámenes núm. 168/2007, 77/2008 y 161/2008, *“el sistema constitucional de distribución de competencias en materia de legislación laboral no responde al esquema bases más desarrollo, ámbito propio de la normativa básica, sino a una reserva constitucional a favor del Estado de toda la creación normativa, legal y de desarrollo reglamentario, en la materia, dejando a las Comunidades Autónomas la mera ejecución, sin poder normativo innovador alguno, más allá de las meras normas organizativas, sin efectos ad extra”*. De conformidad con esta concepción de las competencias autonómicas, el Proyecto objeto del presente Dictamen no puede ser considerado como desarrollo de legislación básica estatal, pues la Comunidad Autónoma carecería de competencias para dictarlo. Se trata, pues, desde este punto de vista, de un reglamento organizativo sobre el que no es preceptivo el Dictamen de este Consejo.

A pesar de la no preceptividad de la intervención de este Consejo en el procedimiento de elaboración de la futura norma, ello no es obstáculo para emitir el presente Dictamen, si bien con carácter facultativo.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

1. El fundamento competencial de la futura norma ha de buscarse en el artículo 12.Uno.10 EAMU, en cuya virtud, corresponde a la Comunidad Autónoma, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia laboral. Precisa asimismo que, de conformidad con el artículo 149.1.7ª de la Constitución Española, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la Alta Inspección, con reserva de todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El precepto constitucional, además, dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer la legislación laboral, “sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”.

En materia de relaciones laborales, el término “legislación” ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la “*uniformidad en la ordenación jurídica de la materia*” (STC 86/1991).

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “*sin afectar a los derechos de los ciudadanos*”, quedan referidos a “*la mera estructuración interna de la organización administrativa*” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos *ad intra*, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado al Estado. Según se indicó en la Consideración Primera de este Dictamen, tal es la categoría en la que cabe incardinar el Proyecto sometido a consulta.

Cabe concluir, en definitiva, que la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de legislación laboral es estrictamente ejecutiva, careciendo de facultades de desarrollo normativo más allá de la aprobación de reglamentos de carácter doméstico u organizativo.

2. Con arreglo a la doctrina expuesta puede afirmarse que el Proyecto de Decreto sometido a consulta se ajusta, en términos generales y sin perjuicio de lo que se dirá en relación con las denominadas “obligaciones complementarias de las entidades inscritas en el Registro”, al reparto competencial establecido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

3. La condición de disposición puramente organizativa que corresponde al Proyecto determina que no exista una expresa habilitación en la Ley para su desarrollo reglamentario. No obstante, el artículo 28 RSP deja a la función ejecutiva de las Comunidades Autónomas, la creación de un registro en el que serán inscritas las entidades especializadas que hayan sido autorizadas como servicios de prevención, así como las personas o entidades especia-

lizadas a las que se haya concedido autorización para efectuar auditorías o evaluaciones de los sistemas de prevención.

Las competencias ejecutivas de la Comunidad Autónoma en esta materia, como autoridad laboral competente para autorizar, verificar, suspender y extinguir las acreditaciones de entidades especializadas como servicios de prevención ajenos y de las personas o entidades especializadas para desarrollar la actividad de auditoría o evaluación externa del sistema de prevención, exigen la creación y organización del registro que ahora se crea, ordenando y organizando su funcionamiento.

Ahora bien, el ámbito subjetivo del registro previsto en el artículo 28 RSP (servicios de prevención ajenos y entidades o personas autorizadas para realizar auditoría o evaluación de los sistemas de prevención) es más reducido que el del Proyecto, que lo extiende a todas las modalidades de organización de la actividad preventiva, pues también incluye a los servicios de prevención propios de la empresa, los mancomunados —es decir, los constituidos por diferentes empresas que desarrollan simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial (art. 21 RSP)— e, incluso, a aquellas empresas que hayan comunicado a la autoridad laboral la concurrencia de condiciones que no hacen necesario recurrir a la auditoría del sistema de prevención de riesgos laborales. No obstante, el registro de las notificaciones de estas últimas empresas sí se prevé en el artículo 29.3 RSP.

Esta diversidad de ámbitos exige una consideración a la luz de las competencias que en materia de ejecución de la legislación laboral ostenta la Comunidad Autónoma y que, como se ha dicho, son meramente ejecutivas, careciendo de poder normativo innovador. Desde esta perspectiva, la inclusión en el Registro proyectado de sujetos que, aun realizando actividades preventivas, no son incluidos por el RSP entre aquellos que preceptivamente deben quedar registrados por la autoridad laboral, sólo será admisible si dicha incorporación al Registro regional no afecta en ninguna medida a su estatus jurídico. En un principio, la configuración de los asientos registrales como meramente declarativos, careciendo de valor constitutivo alguno (artículos 4.1 y 9.6 del Proyecto), favorece dicha posibilidad, a la que también coadyuva que la incorporación de los datos de estos sujetos al Registro se prevea como voluntaria (art. 9.3). Todo ello permite considerar que la proyectada extensión en el ámbito subjetivo del Registro regional responde a la voluntad de la autoridad laboral de contar con un instrumento de conocimiento e información global acerca de todos los entes que realizan actividades preventivas, sin afectar al estatus jurídico de los mismos, lo que tiene cabida entre las potestades organizativas de la Administración.

Por el contrario, no es acorde con las restricciones de las potestades normativas de la Comunidad Autónoma en la materia establecer obligaciones para esos sujetos no contempladas en la legislación estatal. Y esto es precisamente lo que sucede en el artículo 14 del Proyecto, cuando les obliga a presentar diversa documentación, la cual, si bien una parte es coincidente con la exigida en el RSP, no toda ella lo es, como el resumen anual de actuaciones demandado a los servicios de prevención propios y a los mancomunados, que no contemplan los artículos 15.5 y 21 RSP. Carece, por tanto, la Comunidad Autónoma de potestad para exigir a los servicios de prevención documentos no demandados por la legislación estatal, debiendo eliminarse tales previsiones del Proyecto, así como los correspondientes Anexos que establecen el modelo de aquéllos.

Por otra parte, el resto del precepto objeto de consideración resulta ajeno al registro cuya creación y funcionamiento se reglamenta en el Proyecto sometido a consulta, en la

medida en que la obligación de información no parece tener por objeto su inclusión en aquél, sino el ejercicio por el Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia de las funciones que en materia de Servicios de Prevención le asigna su Ley de creación. En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que debería suprimirse del Proyecto o bien trasladarse a la parte final de la norma para convertirse en Disposición adicional, conforme a la Directriz 39,d) de las de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

En términos generales, el procedimiento de elaboración de la disposición sometida a consulta se ha ajustado a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, sin perjuicio de advertir que las irregularidades formales ya puestas de manifiesto por la Dirección de los Servicios Jurídicos, con cita de la doctrina de este Consejo Jurídico en relación a la memoria económica, el informe sobre impacto de género y la ausencia de la propuesta del titular de la Consejería al Consejo de Gobierno, no han sido subsanadas antes de recabar el presente Dictamen, lo que ha de corregirse.

CUARTA.- Observaciones al texto.

1. A la Exposición de Motivos.

a) La mención al RSP contenida en el párrafo tercero debe completarse con su denominación oficial.

b) En el párrafo cuarto debe incorporarse la preposición “en” antes de la frase “los órganos competentes de las Comunidades Autónomas...”

c) La transcripción del artículo 28 RSP que, entrecomillada, se incorpora al párrafo cuarto, ha de ser fiel reflejo del original, de tal manera que donde dice “*en el que se inscriban tanto los servicios de prevención como las entidades especializadas para efectuar auditorías o...*”, debe decir “*en el que serán inscritas las entidades especializadas que hayan sido autorizadas como servicios de prevención, así como las personas o entidades especializadas a las que se haya concedido autorización para efectuar auditorías o...*”.

Del mismo modo, en el párrafo quinto, la transcripción del artículo 12.Uno,10 (no 12.10) del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) se separa de la redacción legal, por lo que o bien se copia literalmente o bien se suprime el entrecomillado.

De igual forma procede actuar respecto al artículo 1 del Decreto 329/2008, de 3 de octubre, de órganos directivos de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, cuyas referencias han de ser sustituidas por la correspondiente al Decreto 318/2009, de 2 de octubre, que ha derogado al anterior, lo que exige también ajustar la cita de los preceptos, pues en el Decreto vigente la regulación de la Dirección General de Trabajo no se contiene ya en el artículo 9 sino en el 8.

2. Al articulado.

— Artículo 1. Creación y adscripción orgánica.

a) Como ya se indicó en la Consideración Segunda de este Dictamen, el ámbito del Registro proyectado es más amplio que el previsto en los artículos 28 y 29.3 RSP, pues éstos no prevén la inscripción de los servicios de prevención propios y mancomunados. Por

ello, en rigor, no es correcto amparar el pretendido registro de estos últimos en los referidos preceptos estatales, siendo preciso modificar la redacción del artículo 1.1 del Proyecto, para diferenciar claramente qué sujetos se inscriben en el registro por así disponerlo el RSP y qué otros se incorporan a aquél por voluntad autonómica.

b) En el apartado 2 puede suprimirse la referencia a la Consejería, observación que se hace extensiva a los artículos 5.1 y 12.1 del Proyecto.

c) En el apartado 3, la referencia al régimen jurídico del Registro también puede suprimirse, pues en tanto que unidad integrada en la Administración regional se encuentra sometida de forma plena a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), en el que se integra no sólo el ordenamiento sectorial mencionado en el precepto, sino también el general aplicable a la Administración regional.

— Artículo 3. Fines.

En este artículo podrían agruparse todos los preceptos que aluden al carácter público (art. 1.3) e instrumental (art. 4.1) del Registro, así como el de los efectos meramente declarativos de la inscripción (art. 9.6). Se evitaría con ello una cierta dispersión en el Proyecto de las normas que dibujan o configuran la naturaleza y fines del Registro, permitiendo, a su vez refundir, mediante una redacción integradora, previsiones materialmente conexas y complementarias, como las contenidas en los artículos 4.1 y 9.6.

— Artículo 5. Gestión del Registro.

a) La remisión que el apartado 8 efectúa al régimen jurídico general del Procedimiento Administrativo Común convierte en innecesarias las concretas reglas de procedimiento que, sin separarse de aquél, se contienen en los apartados 2 y 5.

b) El apartado 7 asigna al Director General de Trabajo la adopción de “toda decisión o acuerdo relativo a la competencia del registro”, previsión ésta que, puesta en relación con el apartado 6, parece indicar que la resolución de inscripción de un determinado asiento ha de ser tomada por el indicado Director. No obstante, la redacción de ambos apartados debería ser más clarificadora, pues el apartado 6 podría llegar a interpretarse en el sentido de atribuir dicha resolución al funcionario encargado del registro.

— Artículo 8. Ficha registral.

a) Dispone el apartado 3, letra a) que en cada ficha constará el “número registral”. Debería sustituirse esta denominación por la utilizada en otros preceptos del Proyecto, para aludir a la misma realidad: “clave registral”.

b) Entre los datos que ha de incorporar la ficha registral se contienen algunos que la Administración puede no conocer. Así ocurre respecto de las empresas que han notificado a la Autoridad Laboral la concurrencia de condiciones que no hacen necesario recurrir a la auditoría del sistema de prevención de riesgos laborales, pues ni el código de cuenta cotización a la Seguridad Social (apartado 3, c) ni las altas y bajas de las instalaciones fijas o móviles (apartado 3, j), se encuentran entre los datos exigidos en el Anexo II RSP, que contiene el modelo de notificación que dichas empresas han de efectuar a la Autoridad Laboral.

c) La diversidad de entes que abarca el registro lleva a exigir que la ficha registral de cada tipo de ellos refleje unos datos determinados que, sin embargo, no se requieren respecto de los otros. Para ello el precepto opta por salpicar su redacción de la genérica e inexpresiva expresión “en su caso”, lo que dificulta conocer qué datos han de constar en la

ficha registral de cada tipo de sujeto de la actividad preventiva. El precepto debería ser más explícito y concretar dichos datos por referencia a cada tipo de ente.

d) En el apartado 3, c) puede sustituirse “en que lo lleva a cabo”, por “de expedición o dictado”.

e) En el apartado 3, d), se vuelve a exigir la constancia de la fecha de acreditación como servicio de prevención ajeno o de autorización para realizar auditorías o evaluaciones de los sistemas de prevención, cuando ya el apartado 3, c) así lo dispone. Debe eliminarse la norma redundante.

f) Debe sustituirse la combinación “y/o” en los apartados 3, e) y g), por “o”.

g) En el apartado 3, g) debe suprimirse la palabra “no” entre “condiciones que” y “hacen necesario”, pues el precepto alude a aquellas circunstancias que afectan o alteran el régimen de la entidad preventiva y, respecto de los sujetos contemplados en el artículo 29.3 RSP, tales circunstancias serían las que les obligarían a someter a auditoría su sistema de prevención.

h) En el apartado 3, k) debe eliminarse el comienzo de la oración “y de todas las”, para homogeneizar este apartado con el resto de los elementos de la enumeración.

— Artículo 12. Notificaciones y certificaciones.

La comunicación de datos a la Administración General del Estado debe completarse con la que ha de dirigirse a las Autoridades laborales del resto de Comunidades Autónomas que hayan recibido los correspondientes trasposos de servicios, de todas las inscripciones de entidades acreditadas como servicios de prevención y de personas o entidades autorizadas para efectuar auditorías, por así disponerlo la Disposición adicional primera de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 27 de junio de 1997.

— Disposición adicional segunda. Notificación telemática de datos.

La disposición no expresa si su contenido tiene por destinatarios únicamente a los servicios de prevención ajenos, únicos respecto de los cuales existe en el articulado del Proyecto una exigencia de comunicación de datos en vía telemática (art. 14, letra b) o si, por el contrario, es de aplicación a todas las comunicaciones de datos a que se refiere el Proyecto.

En cualquiera de los dos supuestos, sería conveniente enmarcar el precepto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, singularmente en sus artículos 6 y 27, que reconocen el derecho de los ciudadanos a elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, y donde se establecen las garantías y principios que deben regir la comunicación (mejor que notificación) de datos a la Administración Pública. La previsión del artículo 14, b) del Proyecto encontraría su fundamento en el artículo 27.6 de la Ley, que habilita a la Administración a exigir reglamentariamente la utilización de medios electrónicos para comunicarse con ellas cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.

Por otra parte, el artículo 27.4 de la referida Ley dispone que las Administraciones publicarán, en el correspondiente Diario Oficial y en la propia sede electrónica, aquellos

medios electrónicos que los ciudadanos pueden utilizar en cada supuesto en el ejercicio de su derecho a comunicarse con ellas. El carácter básico de este precepto obliga a la Administración regional, por lo que la previsión en la disposición proyectada de comunicar a las empresas o entidades correspondientes los requisitos técnicos necesarios para la transmisión de datos, ha de entenderse como adicional y no sustitutiva respecto de la publicación de los medios de comunicación electrónica utilizables.

— Disposición transitoria única. Acreditación por otras Comunidades Autónomas.

Al margen de la insuficiencia del título de la disposición que sólo atiende a una parte de su contenido (la acreditación de las entidades especializadas para realizar auditorías de los sistemas de prevención de riesgos laborales), en el precepto se establece una obligación de inscripción para los servicios de prevención propios y mancomunados que, además de ser contradictoria con el carácter voluntario del acceso de estos servicios al Registro (art. 9.3 del Proyecto), no está contemplada en la legislación laboral, careciendo la Comunidad Autónoma de competencia para su exigencia, como se indica en la Consideración Segunda de este Dictamen.

— Disposición final primera. Facultades de desarrollo.

La disposición es redundante con lo establecido en el artículo 5, apartados 1 y 7 del Proyecto, por lo que puede suprimirse.

— Anexos.

a) En los Anexos I a IV no se ha actualizado la denominación del Registro, constando la propuesta en las primeras versiones del Proyecto que, sin embargo, fue abandonada tras una observación de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

b) Los Anexos I y II, relativos a los servicios de prevención propios y mancomunados, respectivamente, son idénticos en cuanto a la información que se facilita, por lo que podrían refundirse en uno.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Este Dictamen se emite con carácter facultativo, conforme a lo indicado en su Consideración Primera.

SEGUNDA.- La Comunidad Autónoma ostenta competencia material suficiente para su aprobación, excepto para establecer nuevas obligaciones no contempladas en la legislación laboral a los servicios de prevención propios y mancomunados, conforme se razona en la Consideración Segunda de este Dictamen respecto del artículo 14 y en la Consideración Cuarta en relación con la Disposición transitoria única del Proyecto.

Esta consideración tiene carácter esencial.

TERCERA.- El resto de observaciones y sugerencias formuladas, de incorporarse al texto de la disposición, contribuirían a su mayor perfección técnica y a una mejor integración en el resto del ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 191/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 02/11/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 12.

DICTAMEN 192/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 02/11/09

Extracto de Doctrina

El Consejo Jurídico es consciente de la dificultad de acreditar qué concretas medidas de asepsia se aplicaron a un determinado paciente, años después de que la asistencia se prestara, pero en supuestos como el sometido a consulta debe la Administración extremar la diligencia en la acreditación de las medidas preventivas adoptadas y, en lo posible, huir de declaraciones genéricas y de escaso valor probatorio. Así, a modo de ejemplo, hubiera sido de gran utilidad para sostener la inevitabilidad de la infección y su carácter endógeno, la aportación al procedimiento de los partes de control de limpieza y asepsia en quirófanos de los días en los que se intervino al paciente, la profilaxis preoperatoria, un estudio detallado de la historia clínica que permitiera conocer si se aplicaron los protocolos de cuidado y limpieza de catéteres, etc.

En atención a lo expuesto cabe concluir que, ante la ausencia de prueba suficiente por parte de la Administración de haber adoptado todas las medidas de prevención de infecciones nosocomiales en la atención al paciente, singularmente durante las intervenciones quirúrgicas y la estancia en UCI, la candidemia sistémica desarrollada por aquél en el curso del ingreso hospitalario comprendido entre el 6 de marzo y el 24 de abril de 2000 no puede considerarse inevitable, siendo por tanto imputable a la Administración sanitaria, con cuya actuación queda vinculada causalmente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial sobre el que versa la consulta ya fue sometido al Consejo Jurídico, que emitió Dictamen 185/2008, en el que se concluía la necesidad de completar la instrucción mediante la incorporación de nuevos informes. Cabe, por tanto, dar por reproducidos los antecedentes fácticos que se expresan en dicho Dictamen, sin perjuicio de reiterar ahora los más significativos.

Con fecha 9 de mayo de 2005, x. y su esposa, interponen reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Murciano de Salud, por los daños sufridos como consecuencia de la atención sanitaria prestada al primero de los actores.

Según la reclamación, sufrió de cefaleas reiteradas e inespecíficas que trató inicialmente con analgésicos hasta que, el 19 de enero de 2000 en el Hospital Virgen de la Arrixaca, se le detectó una “tumoración cerebral que nace en la hoz del cerebro, que se extiende a ambos lados, sobre todo en el lado derecho y que es sugestivo de una naturaleza meningiomatosa”.

El 7 de marzo es intervenido en el indicado Hospital, practicándole una craneotomía frontal derecha.

Durante la estancia en la UCI tuvo un cuadro febril con hipertermia, siéndole aislado en hemocultivo y catéter venoso el hongo *Candida albicans*. Al alta, se produce una aparente mejoría, aunque al mes vuelven las cefaleas y la fiebre. Finalmente, es ingresado de nuevo en julio, siendo alta el 29 de agosto, tras practicarle pruebas de líquido cefalorraquídeo (LCR).

El 1 de septiembre, debido a la presencia de cefaleas intensas y fiebre por encima de 38’5°, unido a una infección respiratoria y el comienzo de cefaleas gravativas y fiebre, fue nuevamente ingresado, siendo dado de alta el 2 de octubre. A dicha fecha, ya se sospechaba la existencia de una meningitis bacteriana, por lo que se realiza nuevo tratamiento antibiótico y con corticoides, identificándose la presencia de *Candida albicans*.

Entre el 2 y el 6 de noviembre vuelve a estar ingresado.

Ante la persistencia y agravación de los síntomas se trasladó a la Fundación Jiménez Díaz de Madrid, donde el 13 de noviembre se informa: *“En los últimos estudios de imagen se detecta una imagen anillada en zona operatoria que abarca también al otro lado situada sobre el cuerpo calloso y dilatación ventricular (...). Nos parece absolutamente preciso intervenir esa masa anillada, extirparla y analizarla”*.

Del 13 de diciembre de 2000 al 14 de enero de 2001, vuelve a la Arrixaca, donde es sometido a diversos tratamientos. En informe de 12 de enero de los Dres. x, y, se hace constar lo siguiente:

“No se practicó punción del lecho quirúrgico del meningioma por craneotomía o por esterotaxia debido a las dudas diagnósticas de que dicha imagen fuera muy compatible con un absceso (efecto de masa mínimo en el cuerpo calloso y en el cerebro adyacente) (...) Tenemos alguna duda de que pueda ser un absceso pero el hecho de que no tenga un efecto de masa significativo nos hace pensar que existen muchas posibilidades de que simplemente se trate del lecho quirúrgico encapsulado (...) En último extremo realizaremos punción de la dudosa imagen de absceso cerebral con vistas a descartar cualquier foco de acantonamiento (...) Le hemos expresado nuestra opinión a la familia y prefieren contactar con otros servicios neuroquirúrgicos para una segunda opinión. Facilitamos las exploraciones neurorradiológicas a la familia para que puedan ser evaluadas por los Neurocirujanos que vayan a estudiar al paciente”.

El 14 de enero de 2001 ingresa en la Clínica Quirón de Barcelona, donde el 23 del mismo mes se reabre la craneotomía extrayendo un importante absceso cerebral ubicado en el cuerpo calloso por debajo de la zona quirúrgica, de donde se evacuan fibras correspondientes a una porción de torunda de algodón.

Entre el 1 de febrero de 2001 y el 1 de julio de 2002, se relatan diversas actuaciones relacionadas con el sistema de derivación (sistema ventrículo-peritoneal con válvula) que causan diversas complicaciones, entre las que destacan repetidas hidrocefalias.

A la fecha de la reclamación, el paciente presenta una situación de gran invalidez que, para los reclamantes, es consecuencia directa de la meningitis crónica producida por *Candida albicans*, adquirida durante su estancia en el Hospital Virgen de la Arrixaca. Si bien no es posible determinar el momento en que se produjo la infección, teniendo en cuenta el carácter ubicuo del indicado hongo, lo cierto es que la primera demostración objetiva de la infección tiene lugar durante la estancia del paciente en la UVI del citado Hospital, al aislarse el microorganismo en hemocultivo. Por ello, consideran los reclamantes que en cualquiera de las actuaciones y situaciones que se produjeron desde su ingreso hospitalario, pasando por la intervención neuroquirúrgica de extirpación de un meningioma de la hoz, la posterior reintervención para evacuación de un hematoma en el lecho quirúrgico, la anestesia, su estancia en la sala de reanimación o en la UVI, pudo el paciente contagiarse o producirse una situación de inmunodeficiencia que facilitase la invasión meníngea del agente infeccioso, considerando evidente que la meningitis por *Candida albicans* se produjo con ocasión y como consecuencia del ingreso del paciente en el Hospital público.

La pretensión indemnizatoria asciende a 976.489 euros para el enfermo, a la que habría que incorporar los días de hospitalización y curación posteriores a los que se han tenido en cuenta para calcular dicha cantidad, así como las que se determinen para adecuación de la vivienda y del vehículo propios. Para la esposa, se solicita una indemnización de 300.000 euros por daños morales.

Para acreditar sus imputaciones, los reclamantes aportan la siguiente documentación:

— Informe pericial de parte, elaborado por especialista en Neurología, que alcanza las siguientes conclusiones:

“1º X. padece una minusvalía psico-física en grado severo que le impide desarrollar cualquier actividad laboral, social y familiar, precisando la ayuda de otras personas para efectuar las actividades básicas de la vida diaria, mereciendo la calificación de gran inválido.

2º Esta situación es la consecuencia de una serie de complicaciones médicas conca-tenadas.

*3º El origen primario que inició las complicaciones señaladas se encuentra en la infección por *Candida albicans* que motivó sucesivamente una meningitis con ependimitis y subsiguiente hidrocefalia.*

*4º No es posible determinar el momento en el que se produjo la infección por *Candida albicans*. Teniendo en cuenta el carácter ubicuo de este hongo. Hay que tener en cuenta que la primera demostración objetiva de la infección tiene lugar durante su estancia en la UVI del Hospital de Arrixaca cuando se aísla este hongo por hemocultivo.*

5º Desde su ingreso hospitalario, pasando por la intervención neuroquirúrgica de extirpación de un meningioma de la hoz, la posterior reintervención para evacuación de un hematoma en el lecho quirúrgico, la anestesia, su estancia en la sala de reanimación o su estancia en la UVI, hasta la identificación del agente responsable; pudo en cualquier de estos momentos contagiarse o producirse una inmunodeficiencia que facilitase la invasión meníngea del agente infeccioso.

6º No existen indicios de mala praxis médica ni vulneración de la “lex artis” por ninguno de los médicos, aislada o corporativamente que atendían a x..

7º La meningitis por *Candida albicans* origen de las complicaciones que sufrió x. sucedió con ocasión y como consecuencia de estar ingresado en un Hospital de la Seguridad Social y sometido por consiguiente a una relación extracontractual con el paciente,

8º Según es cuerpo de doctrina, a través de las diversas sentencias del Tribunal Supremo y de las distintas audiencias, las lesiones que padece x. no atribuibles a ningún profesional en concreto, deben inculparse a la responsabilidad objetiva de la institución, en este caso el Hospital de Arrixaca y en definitiva el INSALUD que debe velar por prevenir las infecciones nosocomiales y responder por ellos si las hubiera”.

- Informe médico de valoración del daño personal.
- Informe oftalmológico.
- Informe del neurocirujano que extrajo la porción de torunda de algodón.
- Testimonio de las actuaciones penales y auto de archivo.
- Partes de alta y baja e informe de vida laboral.
- Resolución de reconocimiento de gran invalidez.

Asimismo, los reclamantes proponen prueba documental (historias clínicas e informes de los diversos centros sanitarios donde fue atendido); pericial (las aportadas, más el informe de la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Murcia y las que procedan para acreditar la necesidad de adecuación de la vivienda familiar y del vehículo del interesado); y testificales (del representante de la mercantil donde trabajaba, del jefe de la Policía Local de San Pedro del Pinatar y del neurocirujano que le extrajo el cuerpo extraño).

SEGUNDO.- Constan en el expediente las actuaciones penales seguidas con ocasión de denuncia presentada, el 16 de enero de 2003, contra los doctores que realizaron las primeras aperturas craneales por el olvido de la porción de torunda de algodón. El 12 de mayo de 2004, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia acuerda el sobreseimiento libre de los dos imputados y el archivo de las actuaciones penales, siendo notificado a los interesados el 26 de mayo siguiente.

En el curso de dichas actuaciones se emiten los siguientes informes:

a) El de un Catedrático de Neurocirugía de la Universidad Complutense que alcanza las siguientes conclusiones:

“1ª. La actuación del Servicio de Neurocirugía de Murcia, en colaboración con otros Servicios del mismo Centro Hospitalario, fue, en todo momento, correcta en cuanto al diagnóstico y/o tratamiento de la patología principal, hematoma post operatorio, déficit motor e insuficiencia respiratoria a que se refiere el presente informe.

2ª. En particular, y respecto a la infección, debe descartarse la hipótesis de que fuera causada por un cuerpo extraño, “olvidado” en el lecho quirúrgico, como muestran:

- *La utilización exclusiva de gasas y lentinas radiopacas.*
- *El resultado negativo de las pruebas radiológicas realizadas.*

— *La persistencia de la infección, tras la evacuación del denominado “absceso”, por cuerpo extraño “algodonoso”, sin que conste, por otra parte el análisis microscópico de uno u otro.*

3ª. La infección es atribuible a microorganismos comensales, que se encuentran en diversas partes del organismo y que producen enfermedad cuando disminuyen las defensas orgánicas, como sucedió en este caso.

*El diagnóstico es el de candidiasis hematógena diseminada, al haberse aislado la *Cándida albicans* en sangre y en líquido cefalorraquídeo. Ello justifica la recurrencia de la infección.*

4ª. Los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, instaurados por o bajo la supervisión del Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca, en relación con el proceso infeccioso fueron plenamente adecuados, recurriendo primero a métodos no invasivos y proponiendo una nueva craneotomía para confirmar el diagnóstico que, si no realizó el Servicio, fue por decisión libre del enfermo.

En definitiva, el diagnóstico y tratamiento recibidos por x. en el Servicio de Neurocirugía de Murcia, en relación con su patología principal y las complicaciones derivadas, son plenamente conformes con el estado actual de la ciencia neuroquirúrgica y con las prácticas habituales y más diligentes. Ninguna de las complicaciones y secuelas descritas son atribuibles a conducta negligente alguna de los Dres. x, y”.

*b) El del Médico Forense, según el cual el paciente “padecía un meningioma del que fue intervenido, produciéndose posteriormente un hematoma en el lecho del tumor y una infección septicémica, una hipertensión ventricular que fue resuelta con una válvula de descarga y la persistencia de una imagen radiológica, de dudosa morfología. Todo este cuadro fue tratado de forma correcta por los diferentes equipos que intervinieron para tratar las diferentes complicaciones. Agotadas las terapéuticas no agresivas se propone exploración a cielo abierto. La no verificación de existencia de fibras de algodón en el tejido de inflamación crónica, desde el punto de vista microscópico invalida la existencia de ese presunto cuerpo extraño algodonoso. En nuestro criterio la actuación del equipo médico Virgen de la Arrixaca y el de la Fundación Jiménez Díaz fue plenamente correcta, ajustándose a la *lex artis*”.*

TERCERO.- Entre los informes remitidos por los diversos centros sanitarios en los que fue tratado el paciente, constan los siguientes:

1. El del neurocirujano que efectuó la primera intervención quirúrgica (meningioma), que se expresa en los siguientes términos:

*“En la reclamación apuntan a que la meningitis crónica por *Cándida Albicans* que padecía el paciente fue adquirida durante la estancia en nuestro hospital. En lo que a la actuación neuroquirúrgica se refiere debemos de declarar que se atuvo en todo momento a las normas de “*lex artis*” aceptadas en el tratamiento de la lesión expansiva (meningioma) que padecía el paciente. El paciente fue intervenido de un meningioma, sufrió la complicación postoperatoria (nada excepcional y previamente informado el paciente de que podía suceder) de un hematoma en el lecho quirúrgico, fue reintervenido 24 horas después de dicho hematoma. Ambas intervenciones se practicaron con total rigor y ajuste a las técnicas aceptadas en la Neurocirugía, como fue probado durante la comparecencia tras la denuncia por negligencia sufrida por los Especialistas que intervinieron al paciente.*

*Posteriormente permaneció en la UCI, sufriendo en ella infecciones respiratorias y septicemias, con cultivos positivos a *Cándida Albicans*, pero previamente también tenía cultivos positivos a otros microorganismos que precisaron tratamiento con antibióticos.*

*No creemos demostrado que el paciente sufriera la infección por *Cándida* debido a falta de medidas profilácticas o terapéuticas, debido a que el hongo en cuestión no es un microorganismo que se encuentre sólo en las manos del personal sanitario o en los instrumentos, es un organismo saprofito y oportunista, que vive normalmente en el cuerpo de un paciente y que supera las defensas del mismo en pacientes con predisposición personal y con tratamientos prolongados con antibióticos. En el caso del paciente el tratamiento con antibióticos fue absolutamente imprescindible para curar las infecciones respiratorias que tenía el paciente”.*

2. El de la Fundación Jiménez Díaz, de Madrid, según el cual:

*“El Servicio de infecciosas considera que el tratamiento que el paciente sigue para la *cándida* es adecuado sin precisar cambios y que el tratamiento definitivo se obtendrá con el análisis microbiológico del material de la zona anillada intracraneal.*

Por nuestra parte consideramos que el plan terapéutico establecido por el Servicio de Neurocirugía de la Arrixaca es lo que nosotros también proponemos. Nos parece absolutamente preciso intervenir esa masa anillada, extirparla y analizar. Es previsible que sea también necesario colocar una válvula derivativa de hidrocefalia pues la dilatación ventricular se debe a la aracnoiditis secundaria a la meningitis.

El paciente decide ser trasladado de nuevo al hospital de Murcia para completar allí su tratamiento”

CUARTO.- Con fecha 20 de febrero de 2006 se solicita informe a la Inspección Médica. Es emitido el 1 de junio de 2007, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1. De la Historia Clínica deducimos que la actuación en el primer ingreso fue correcta. No hay datos que sugieran inadecuación del tratamiento quirúrgico. La candidemia se detectó y trató con antifúngicos.

*2. En la historia natural de candidemia y meningitis fúngica cabe la evolución a la cronicidad. En la Historia Clínica no consta tratamiento antifúngico en el segundo ingreso. No podemos evaluar la implicación de esta actuación en el proceso, evidenciándose entre la primera candidemia y el diagnóstico de meningitis hay un intervalo muy amplio. La demostración de que la misma *cándida* persiste en los tejidos o se trata de una nueva infección en paciente susceptible sólo se podría efectuar por técnicas de biología molecular en muestras de uno y otro episodio. No se han almacenado microorganismos con este fin.*

3. Los informes sucesivos señalan la secuencia de meningitis, aracnoiditis, hidrocefalia como resumen del proceso del paciente.

4. Tras consenso en segunda opinión médica, un tercero efectúa de forma privada la reapertura craneal por supuesta imagen de absceso. No hay datos fehacientes en la Historia Clínica de la etiología del mismo.

5. Ingresos sucesivos dentro y fuera de la Comunidad Autónoma palian en lo posible la sintomatología que surge”.

El informe recoge, asimismo, el fallecimiento del paciente ocurrido el 6 de junio de 2006, en el Hospital Los Arcos, con diagnóstico de infección urinaria, insuficiencia respiratoria crónica reagudizada, meningioma intervenido e hidrocefalia crónica postoperatoria.

QUINTO.- La compañía de seguros del SMS también aporta informe médico colegiado, cuyas conclusiones son las que siguen:

“1. Todas las actuaciones médicas diagnósticas y terapéuticas llevadas a cabo en este paciente nos parecen totalmente correctas.

2. El cirujano ha descrito el abandono de una torunda de algodón mientras el informe del patólogo no describe ningún resto de fibras de algodón.

3. En todo caso un resto de algodón, que es estéril, no tiene por qué suponer el desarrollo de ninguna infección postquirúrgica.

4. La infección de candida albicans fue tratada correctamente con anfotericina y no se debe a mala higiene hospitalaria, sino a factores inmunológicos y a tratamientos antibióticos del paciente que eran necesarios.

5. La sospecha diagnóstica de absceso cerebral se realizó en noviembre del 2000 en su Hospital de Murcia y se le ofreció intervención quirúrgica, pero el paciente prefirió acudir a un centro privado (Clínica x.) para la cirugía.

6. El paciente falleció por las complicaciones derivadas del tratamiento de su hidrocefalia, y de sus múltiples episodios de malfunción valvular, y de un cuadro final de sepsis e insuficiencia respiratoria”.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, formulan alegaciones en las que solicitan la práctica de nuevas diligencias consistentes en la solicitud de informe a las Cátedras de Microbiología y de Medicina Legal, ambas de la Facultad de Medicina de Murcia, así como a la Inspección Médica.

Desde la instrucción, se comunica a los reclamantes que los informes a los departamentos universitarios deben ser solicitados por ellos mismos y a su costa, tal como ya se les indicó respecto a las pruebas periciales propuestas en su escrito inicial, para las que incluso se otorgó un plazo extraordinario de prueba, sin que finalmente aportara ninguna.

SÉPTIMO.- Requerida la Inspección Médica para emitir informe acerca de las cuestiones que plantea la parte actora, se expresa en los siguientes términos:

“A.- Si la infección por Cándida Albicans sufrida por x. fue diagnosticada en marzo de 2000 (folio 806 in fine, y folio 807).

El paciente sufrió dos infecciones por Cándida Albicans claramente separadas en el tiempo. No se puede asegurar que fueran provocadas por la misma cepa de Cándida Albicans, salvo que se estudiaran por técnicas de biología molecular, para lo cual se necesitarían las cepas, que no han sido almacenadas con este fin.

El día 29 de marzo de 2000, según la documentación clínica analizada, se diagnostica a x. en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA) la primera infección en sangre por “Cándida albicans” (hemocultivos positivos de fecha 23/03/2000) o candidemia (levadura que también se aísla en el cultivo del catéter venoso) y una bacteriemia por “Staphylococcus epidermidis”.

Del análisis de la historia clínica se desprende que la Candidemia se trató cumpliendo tiempos de protocolo publicados por las sociedades científicas expertas en el tema para este tipo de infecciones (alrededor de 14 días a partir del último hemocultivo positivo) y con los antifúngicos recomendados. En este caso, se trató con antifúngicos (Fluconazol y Anfotericina B) durante aproximadamente 4 semanas.

*B.- Si a pesar de esa infección por *Cándida albicans*, el paciente fue tratado con corticoides, en vez de un tratamiento contra *Candida albicans* (antifúngicos).*

*El tratamiento con corticoides se realizó siempre sin evidencia de infección por *Cándida albicans*, y cuando se tuvo evidencia (cultivos positivos), se administró asociado a antifúngicos.*

1) Primer uso de corticoides.

El día 2 de Abril de 2000, tras haber iniciado previamente tratamiento antifúngico con fluconazol, se intenta la administración de Anfotericina B liposómica (antifúngico) produciéndose una posible reacción anafiláctica por lo que se administran corticoides, antihistamínicos, sedación discreta y se conecta a ventilación mecánica.

Quando se administra tratamiento antibiótico o antifúngico como es el caso de la Anfotericina B, se recomienda asociar corticoides a éstos para evitar reacciones anafilácticas secundarias a la lisis o rotura masiva de los microorganismos (levaduras) y secundarias al propio fármaco.

La utilización de corticoides ante una reacción de este tipo es la actitud adecuada y que salva la vida del paciente.

2) Segundo uso de corticoides.

*Tras el alta el 24 de Abril del 2000 por mejoría, el día 19 de Junio de 2000 el paciente acude a consulta encontrándose bien, y se le indica revisión al año. El paciente se incorpora a su trabajo habitual. El día 11 de julio de 2000 el paciente consulta de nuevo en urgencias del HUCA por cuadro compatible con meningitis linfocitaria y se plantean dudas diagnósticas clínico analíticas entre meningitis tuberculosa o postquirúrgica, e ingresa en el servicio de neurocirugía con el juicio diagnóstico de meningitis linfocitaria tardía postquirúrgica. Ante la negatividad del cultivo del LCR (no crecimiento de bacterias ni levaduras) y pendientes del cultivo definitivo de *Mycobacterium tuberculosis* (puede tardar 8 semanas en crecer el bacilo) se inicia tratamiento empírico con tuberculostáticos y corticoides cubriendo también posible infección por anaerobios.*

Los corticoides en la meningitis tuberculosa evitan la endarteritis obliterante y adherencias aracnoideas. En Meningitis crónicas de más de 4 semanas de evolución, con o sin tratamiento, si no mejora se puede ensayar la administración de corticoides manteniendo el tratamiento antituberculoso y/o antifúngico.

*El día 10 de agosto de 2000 se suspende el tratamiento tuberculostático ante la negatividad del Mantoux y de la PCR para *Mycobacterium tuberculosis* y se realiza nueva punción lumbar para valorar evolución bioquímica del LCR y se siguen manteniendo los corticoides.*

*En conclusión, siempre que hubo evidencia de infección por *Cándida albicans* los corticoides se administraron asociados a tratamiento antifúngico.*

C.- Si el tratamiento con corticoides agrava la enfermedad de *Cándida albicans*.

Su uso es controvertido dependiendo de la clínica y complicaciones derivadas de la infección. Podría estar indicado su uso, aunque siempre acompañado de tratamiento antifúngico simultáneo. Algunos autores aconsejan su empleo en pacientes adultos con elevado riesgo de exacerbarse la respuesta inflamatoria tras la administración del antibiótico.

Y una vez sometido a tratamiento antifúngico, el tratamiento con glucocorticoides mejoraría la inflamación y el edema y disminuye la fiebre y la frecuencia de convulsiones. Si el paciente presenta signos de hipertensión intracraneal, no debe dudarse en la administración de manitol y/o dexametasona.

D.- Si no se tuvo en cuenta el diagnóstico de meningitis de origen fúngico.

*En el ingreso de Julio de 2000 donde se sospecha meningitis linfocitaria postquirúrgica tardía o meningitis tuberculosa no hay constancia de que se haya tenido en cuenta el posible diagnóstico de meningitis de origen fúngico. Aunque sí se solicitaron cultivos del líquido cefalorraquídeo donde no hubo crecimiento de *Cándida albicans*.*

*En este ingreso fue valorado por el Servicio de Enfermedades Infecciosas y, en algunos comentarios escritos, tienden a relacionar el episodio con el procedimiento quirúrgico previo, o con alguna complicación infecciosa del anterior ingreso. Pero ante la ausencia de cultivos positivos se decide el tratamiento empírico del microorganismo de más lento crecimiento *Mycobacterium tuberculosis*.*

E.- Si el paciente sufrió un importante retraso en el inicio del tratamiento contra *Cándida* (folio 812).

*Se hubiera ganado tiempo de haber tenido la evidencia de cultivo positivo a *Candida albicans* en el LCR de las primeras punciones lumbares a su ingreso en Julio de 2000, pero no se tuvo hasta el 01/09/2000 e inmediatamente se inició tratamiento antifúngico.*

*En el primer ingreso, en Marzo de 2000, se inicia tratamiento antifúngico el día 29/03/2000, el mismo día que se recibe el resultado del laboratorio de microbiología de hemocultivos con crecimiento de *Cándida albicans* sensible a Fluconazol, prescribiéndose este antifúngico.*

*Como refiere la Inspectora médica x. en su informe de fecha 29 de Mayo de 2007: "En la historia natural de candidemia y meningitis fúngica cabe la evolución a la cronicidad. En la historia clínica del paciente no consta tratamiento antifúngico en el segundo proceso, evidenciándose que entre la primera candidemia y el diagnóstico de meningitis por *Candida albicans* hay un intervalo muy amplio. La demostración de que la misma candida persiste en los tejidos o se trata de una nueva infección en paciente susceptible sólo se podría efectuar por técnicas de biología molecular comparando muestras de uno y otro episodio, pero no existe cepario o banco donde se hayan almacenado las cepas de estos microorganismos con este fin."*

*Concluyendo: en la segunda infección por *Candida albicans* (Meningitis candidiásica) en cuanto los cultivos fueron positivos se inició tratamiento antifúngico inmediato sin retraso.*

F.- Si este retraso en el tratamiento contra la *Cándida* diagnosticada meses antes provocó un cuadro clínico irreversible en su enfermedad.

Las dos infecciones por Candida albicans remitieron y los cultivos se negativizaron y en el absceso tras su extirpación no se encontró esta levadura.

El paciente falleció por las complicaciones derivadas del tratamiento de su hidrocefalia, y de los múltiples episodios de malfunción valvular, y de un cuadro final de sepsis e insuficiencia respiratoria. No está clara la relación de la meningitis candidiásica con la producción del absceso y la evolución presentada en años posteriores”.

OCTAVO.- Dada audiencia de este nuevo informe a los interesados, ninguno presenta alegaciones, formulándose, con fecha 16 de abril de 2008, propuesta de resolución que aun considerando que la reclamación fue extemporánea, entra a conocer del fondo del asunto, proponiendo su desestimación por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

NOVENO.- Recabado el Dictamen del Consejo Jurídico, se emite con número 185/2008, concluyendo que la reclamación se formuló dentro del plazo legalmente establecido y que era necesario completar la instrucción con un informe del correspondiente servicio o unidad encargado de garantizar la asepsia en el Hospital Virgen de la Arrixaca, que expusiera las medidas preventivas aplicadas con carácter general en el año 2000 para evitar el contagio por *Candida* de los pacientes ingresados en el Hospital (o al menos en quirófanos, sala de reanimación, habitaciones y UCI) y del interesado en particular, comparándolas con las que eran exigidas por la ciencia médica en el momento en que se intervino al paciente.

Del mismo modo, el informe debería ser expresivo de la incidencia de infecciones por *Candida albicans* en el Hospital en el año 2000, en comparación con los índices de infección por el indicado hongo en el resto de centros hospitalarios.

Tras la aportación de dicho informe al expediente, debía someterse todo lo actuado a la Inspección Médica para que, a la luz de aquél, valorara si las medidas aplicadas al enfermo para la prevención de las infecciones por *Candida* fueron adecuadas a la *lex artis*.

Del mismo modo y con ocasión del análisis de la legitimación activa que correspondía a la parte actora, se pone de manifiesto la no acreditación en el expediente de la composición de la comunidad hereditaria del paciente fallecido.

DÉCIMO.- Con fecha 15 de diciembre de 2008, la instrucción solicita a la parte actora que acredite la composición de la comunidad hereditaria del paciente fallecido y la existencia de uno de sus hijos, pues ésta no queda suficientemente probada en el expediente.

Por la representación letrada de los actores se acompaña copia de acta de notoriedad de declaración de herederos *ab intestato*, de fecha 29 de noviembre de 2006, a favor de los dos hijos del fallecido, x. y., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a la viuda. Anexa al documento notarial consta copia autenticada del Libro de Familia, acreditativo de la existencia de los dos hijos del fallecido.

UNDÉCIMO.- Del mismo modo, el 15 de diciembre, se solicita informe del Servicio o Unidad encargado de garantizar la asepsia en el Hospital Virgen de la Arrixaca, sobre las medidas preventivas aplicadas con carácter general en el año 2000 para evitar el contagio por *Candida* en los pacientes ingresados en el Hospital (o al menos en Quirófanos, Sala de Reanimación, habitaciones y UCI) y del interesado en particular, comparándolas con las que eran exigidas por la ciencia médica en el momento en que se intervino al paciente, y que fuera además expresivo de la incidencia de infecciones por el indicado hongo en el

Hospital en el año 2000, en comparación con los índices de infección en el resto de Centros hospitalarios.

La Dirección del Hospital remite sendos informes de mayo de 2008, emitidos por el Servicio de Medicina Intensiva y por el de Medicina Preventiva a requerimiento de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del letrado de la compañía aseguradora del SMS.

El Servicio de Medicina Intensiva se expresa en los siguientes términos:

“1.- No existió ningún brote de infecciones por Candida albicans en el año 2000 ni en ningún otro, al no tratarse de un patógeno relacionado con brotes epidémicos.

2.- Los datos correspondientes a infección en nuestro Servicio los años 1999-2001 son los siguientes

<i>Período de estudio</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>
<i>NÚMERO DE PACIENTES CONTROLADOS</i>	<i>762</i>	<i>846</i>	<i>836</i>
<i>EDAD</i>	<i>55+18</i>	<i>52,2+19,5</i>	<i>54+19</i>
<i>SEXO (V/H)</i>	<i>537/225</i>	<i>571/275</i>	<i>576/260</i>
<i>APACHE</i>	<i>13,5+0</i>	<i>14,8+7</i>	<i>15,5+7</i>
<i>ESTANCIA</i>	<i>11,5+14</i>	<i>10,6+10</i>	<i>11,1+13</i>
<i>MORTALIDAD</i>	<i>21,5%</i>	<i>16,9%</i>	<i>17%</i>
<i>INFECCIONES</i>	<i>27,4%</i>	<i>22,4%</i>	<i>24,7%</i>
<i>% DE CANDIDA ALBICANS</i>	<i>1,6%</i>	<i>1,59%</i>	<i>4,2%</i>

3.- No se realizaron controles de rutina ni muestras ambientales ya que no existía una situación de brote epidémico y, por otro lado, son medidas inútiles para prevenir infecciones por candida albicans al tratarse de un patógeno que forma parte de la flora habitual del tubo digestivo y mucosas de los pacientes.

4.- El Servicio tiene sus propios protocolos de vigilancia y control de la infección nosocomial, en base a la información recogida por el Programa ENVIN (Estudio Nacional de Vigilancia de Infección Nosocomial), en el que participamos de forma activa desde su instauración en 1994.

5.- Finalmente, este paciente recibió nutrición parenteral y antibióticos previos que son medidas que pueden favorecer el sobrecrecimiento de candida albicans, pero que se aplican de forma habitual a nuestros pacientes. Detectada la infección se trató de manera adecuada en base a la mejor práctica clínica”.

El Servicio de Medicina Preventiva, por su parte, informa:

“Al ser la UCI de adultos una unidad de alto riesgo de infección nosocomial, por sus características asistenciales y elevado número de camas. Esta Unidad está vinculada a un estudio multicéntrico de incidencia de infecciones nosocomiales de UCIs, debiendo dirigirse a ellos para que les facilite la información que nos solicitan sobre infecciones nosocomiales.

En este servicio Medicina Preventiva sólo disponemos de estudios de Prevalencia de infecciones nosocomiales en la UCI.

En esa Unidad como en el resto del hospital, tienen conocimiento de todos los protocolos de prevención y control de infecciones nosocomiales, y reciben cursos sobre actualización en prevención de infecciones nosocomiales”.

DUODÉCIMO.- Solicitado nuevo informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, se contesta que, vistos los emitidos por el Servicio de Medicina Intensiva y de Medicina Preventiva, “*no consideramos necesario ampliación o nuevo informe desde Inspección Médica*”.

DECIMOTERCERO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, comparecen los actores y solicitan la suspensión del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial por pendencia del proceso contencioso-administrativo instado sobre los mismos hechos.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 29 de abril de 2009, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió de nuevo el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 15 de mayo de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

Cabe dar por reproducidas las Consideraciones que sobre tales extremos se contienen en el Dictamen 185/2008, añadiendo ahora que las nuevas actuaciones instructoras han permitido delimitar con claridad la composición de la comunidad hereditaria del paciente fallecido, que sería la beneficiaria de la indemnización en el caso de una eventual resolución estimatoria de la solicitud.

En cuanto al procedimiento, una vez realizadas las actuaciones sugeridas en aquél, cabe considerar plenamente instruido el mismo, sin perjuicio de señalar la poca o nula concreción del informe del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital acerca de las medidas adoptadas para garantizar la asepsia en el centro y evitar el contagio de los pacientes por cóndida, cuya valoración a efectos de prueba será objeto de especial atención en la siguiente Consideración.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en supuestos de infección nosocomial.

En orden a evitar innecesarias repeticiones, se dan por reproducidas las consideraciones efectuadas en el Dictamen 185/2008, de constante cita. No obstante, parece oportuno recordar las ideas esenciales en las que se asienta la concepción jurisprudencial y la doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 121/08 y 132/09) en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de infecciones adquiridas o manifestadas en el ámbito hospitalario:

1ª) La mera constancia de una infección en dicho contexto no es título de imputación suficiente de responsabilidad. Ello conllevaría una radical objetivación de la responsabilidad, contraria a aquella doctrina jurisprudencial, común a todos los casos en que se pretende la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de la asistencia sanitaria, que propugna que *“...frente al principio de responsabilidad objetiva que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y curativo de todas la dolencias, ha de recordarse el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria es la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero no garantizador de resultado, en el sentido de que es exigible de la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, pero en modo alguno puede determinar la existencia de una responsabilidad una actuación médica que se haya acomodado a la lex artis, es decir, al estado de la ciencia existente en aquel momento, puesto que no cabe entender que el principio de responsabilidad objetiva instaurado en el artículo 139 y siguientes de la LPAC conduce a la consecuencia que parece estimar la recurrente de hacer responsable a la Administración de cualquier circunstancia afectante al paciente con independencia de una correcta actuación y prestación de los servicios sanitarios médicos, pues apreciarlo así convertiría a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007).

Esta doctrina, por tanto, no encuentra excepción en el ámbito de las infecciones hospitalarias, debiendo concurrir el resto de presupuestos exigidos por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en la interpretación que de ellos realiza la jurisprudencia, para declarar el nacimiento de la obligación de indemnizar, a saber:

- 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 sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

2ª) Ha de atenderse al carácter evitable o no de la infección, es decir, si se adoptaron por la Administración sanitaria todas las medidas posibles para evitarla, lo que nos conecta, inevitablemente, con el criterio de la *“lex artis”*, que actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001). En este sentido, 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 exige, en su aplicación al presente supuesto, la adopción por parte del servicio responsable de unas medidas adecuadas para evitar la contaminación.

Consecuencia de lo anterior es que si el daño alegado pudo evitarse, cabe afirmar su antijuridicidad, es decir, que el paciente no está obligado a soportarlo (artículo 141.1 LPAC).

3ª) También ha de atenderse en estos casos a aquellos principios generales de la prueba que pueden modular la distribución de su carga, tomando en consideración tanto el principio de disponibilidad y facilidad probatoria hoy consagrado en el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como la imposibilidad o extrema dificultad de probar un hecho negativo. En aplicación de tales criterios, correspondería a la Administración sanitaria acreditar qué medidas se adoptaron en orden a evitar el contagio, pues pretender que fuera el reclamante quien hubiera de probar que aquéllas no se tomaron le abocaría a una verdadera *probatio diabolica*.

Aplicadas las anteriores consideraciones al presente supuesto, se alcanzan las siguientes conclusiones:

1. Para los reclamantes las secuelas que sufre el paciente se deben a una doble causa: a) infección hospitalaria por *Candida albicans*, y b) olvido de porción de torunda de algodón (Hecho Quinto de la reclamación).

2. A pesar de esta inicial afirmación, y como ya se indicaba en el Dictamen 185/2008, la reclamación no desarrolla esa segunda causa, probablemente porque ya en el previo proceso penal los informes técnicos evacuados habían descartado cualquier relación causal entre la presencia en la zona de la primera intervención de fibras procedentes de una torunda de algodón y la situación clínica del paciente, conclusión que se contiene, incluso, en el informe pericial de parte unido al procedimiento por los actores.

3. En consecuencia, para éstos, la situación clínica del paciente al momento de su reclamación es consecuencia directa de la meningitis crónica producida por *Candida albicans* y adquirida durante su estancia en el Hospital Virgen de la Arrixaca, pues desde su ingreso hospitalario, la operación neuroquirúrgica de extirpación del meningioma, la posterior reintervención para evacuación de hematoma en el lecho quirúrgico, la anestesia, su estancia en reanimación y luego en UCI (donde inicialmente se detectó el agente responsable), en cualquiera de estos momentos, pudo contagiarse o producirse una situación de inmunodeficiencia que facilitase la invasión meníngea por el hongo. Para los reclamantes, el mero hecho de la infección habida en el contexto de la estancia hospitalaria es suficiente para considerar imputable a la actuación médica en su conjunto y, por extensión, a la Administración titular del centro hospitalario, los daños derivados del proceso infeccioso que aquejó al enfermo.

4. Con carácter previo, no obstante, parece necesario acotar el proceso infeccioso al que se refiere la reclamación. Las consideraciones ya efectuadas acerca de la peculiar aplicación en estos supuestos de las reglas rectoras de la carga de la prueba, no pueden llegar a eximir a la parte reclamante de una mínima actividad probatoria que sustente sus alegaciones, más allá de la mera manifestación o expresión de una posible causa del daño. En este sentido, los actores aportan al procedimiento un informe médico que apunta como episodios más probables en los que pudo adquirir la infección el paciente, su paso por el quirófano y la UCI.

Por ello, los únicos episodios que se consideran como probable origen de la infección, en la medida en que cuentan con un mínimo soporte técnico, serían las intervenciones quirúrgicas de 7 y 9 de marzo y la posterior estancia en UCI.

5. Sin perjuicio de las consideraciones que se realizan más adelante, lo cierto es que la infección se produjo, pues resulta indiscutido en el expediente la existencia de una

candidemia, diagnosticada el día 29 de marzo de 2000 (a los 21 días de la extirpación del meningioma) y, posteriormente, en julio de ese mismo año, una meningitis candidiásica.

Ahora bien, como ya se ha dicho y a diferencia de lo sostenido por los reclamantes, la mera constancia de una infección en el contexto hospitalario no es título de imputación suficiente de responsabilidad. Antes bien, siendo evidente la existencia de un daño, con las características exigidas por el ordenamiento como requisito para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial (individualizado, efectivo y evaluable económicamente), su calificación de antijurídico y el establecimiento de un nexo causal entre aquél y la actuación, por omisión, de la Administración, exige establecer si se adoptaron todas las medidas posibles, de acuerdo con el estado de la ciencia en el momento de prestación de la asistencia sanitaria, para evitar la infección. De forma que el carácter evitable o no de la infección aparece relacionado con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”.

A tan esencial determinación se dirigía la actuación instructora sugerida por el Consejo Jurídico en nuestro anterior Dictamen, para que el Servicio de Medicina Preventiva del Hospital informara acerca de las medidas adoptadas con carácter general en el año 2000 dirigidas a la prevención de las infecciones en el centro hospitalario y las especialmente aplicadas en el caso del paciente. Sin embargo, el informe unido al procedimiento, emitido con anterioridad al Dictamen y en contestación a una solicitud formulada por la asistencia letrada de la Comunidad Autónoma y de la compañía aseguradora del SMS en el desarrollo del procedimiento contencioso-administrativo que se sigue por los mismos hechos, resulta absolutamente genérico y de escasa utilidad a los fines perseguidos.

En efecto, señalar que en la Unidad de Cuidados Intensivos, como en el resto del Hospital, tienen conocimiento de todos los protocolos de prevención y control de infecciones nosocomiales y que se reciben cursos de actualización sobre las mismas, no acredita que dichos protocolos y las medidas preventivas conocidas se apliquen ni, menos aún, en las dependencias y servicios por los que pasó el interesado durante su ingreso.

Por otra parte, los informes aportados únicamente aluden a la UCI, cuando la reclamación señala como orígenes más probables de la infección no sólo esa Unidad, sino también el quirófano durante la intervención del meningioma.

Ya señalamos en nuestro Dictamen 185/2008, y ha de reiterarse ahora ante la insuficiencia de los informes unidos al procedimiento con posterioridad a aquél, que no podía considerarse probado que se hubieran cumplido todas las medidas preventivas exigidas en evitación de infecciones nosocomiales, lo que impide calificar la candidemia como inevitable. Y ello en atención a las siguientes consideraciones:

a) El informe del neurocirujano que intervino al enfermo únicamente indica que no considera demostrado que la infección fuera debida a la falta de medidas profilácticas o terapéuticas, dado que el agente infeccioso es un hongo saprofito y oportunista que vive normalmente en el cuerpo del paciente, que logra superar las barreras o defensas del mismo en aquellos casos en que existe una predisposición personal o un tratamiento prolongado con antibióticos, supuesto éste que apunta como posible en el caso del reclamante, toda vez que hubo de ser sometido a antibioticoterapia, que además considera imprescindible para curar las infecciones respiratorias que padecía. Sin embargo, este informe no apunta cuáles eran dichas medidas profilácticas y terapéuticas que hubieran podido evitar la infección, cuya efectiva aplicación, como hemos dicho, cumple demostrar a la Administración, en atención

a la virtual inversión de la carga de la prueba que la jurisprudencia viene declarando en la materia, en aplicación del principio de facilidad probatoria.

b) Tampoco ilustra al respecto el primer informe de la Inspección Médica, pues si bien refiere una entrevista con el responsable de infección nosocomial en la UCI del Hospital Virgen de la Arrixaca y una visita a las instalaciones de dicha unidad, debe advertirse que las actuaciones profilácticas que allí se relatan (medidas de precaución universales, recordatorio al personal de enfermería de la necesidad de su observación, asepsia, uso de guantes, mascarilla y bata en las técnicas más problemáticas, y lavado de manos) son las que se aplican en el momento de la entrevista, es decir en el año 2007, siete años después de la intervención, y sólo en una de las diversas dependencias o servicios por los que pasó el enfermo desde su ingreso hasta el momento en que se detectó la *Candida* en hemocultivo y catéter, sin referencia alguna a los episodios quirúrgicos de los días 7 y 9 de marzo de 2000, apuntados por el perito de la parte como posible origen de la infección.

Además, dicho informe, que ilustra acerca de la posible procedencia endógena (la más frecuente) y exógena de las candidiasis, así como de las medidas precautorias a aplicar en evitación de éstas, no describe cuáles de esas medidas aconsejadas por la ciencia médica para prevenir la infección se aplicaron al enfermo, por lo que tampoco puede ser concluyente en la valoración de la específica actuación preventiva de la infección que se llevó a cabo sobre el paciente, a la luz del criterio de la “*lex artis*”, juicio éste que no realiza la Inspectora informante.

c) Por su parte, el segundo informe de la Inspección Médica, de fecha 28 de febrero de 2008, tampoco aporta nuevos datos acerca de las actuaciones preventivas de la infección, pues responde a las cuestiones planteadas por los reclamantes con ocasión del trámite de audiencia, que centran ahora su atención tanto en el tratamiento pautado al paciente y que pudo permitir o facilitar la infección, como en el instaurado una vez declarada aquélla. Para la Inspección tales tratamientos eran necesarios y se adecuaron a la patología del paciente en cada momento, afirmando la necesidad de administrar corticoides al paciente (factor de riesgo que, en la medida en que disminuye las barreras naturales del organismo, posibilita su supercolonización por hongos saprofitos) y la corrección del tratamiento antifúngico pautado.

Por ello, de tales informes no cabe deducir indubitadamente que la infección fuera inevitable, aun atendiendo a la concurrencia en el paciente de factores de riesgo como el tratamiento antibiótico prolongado a que había sido sometido y la administración de corticoides.

d) El análisis de otros informes técnicos obrantes en el expediente tampoco permite abundar en la conclusión de que se aplicaron todas las medidas preventivas exigidas. Así, el unido al procedimiento por la compañía aseguradora considera que el prolongado tratamiento con antibioterapia en la UCI es la causa más probable de la infección, apuntando su origen endógeno y descartando de forma categórica la exoinfección, al señalar que “*en ningún caso se debe a una mala higiene hospitalaria*”. Sin embargo, esta afirmación queda huérfana de prueba en el informe.

De hecho, la posibilidad del origen exógeno de las infecciones por *Candida* tras colonización de catéteres y dispositivos intravasculares, es expresamente reconocida por la Inspección, afirmando, además, que las candidiasis sistémicas, como la que afectaba al paciente, “son las micosis más frecuentes en pacientes con enfermedades debilitantes sub-

yacentes o bien *cuando por algún mecanismo se introducen las levaduras directamente al torrente circulatorio o a los tejidos*". En este sentido, el hongo se aisló inicialmente en hemocultivo (23 de marzo de 2000), en catéter venoso (27 de marzo), y más tarde en líquido cefalorraquídeo (LCR).

e) Es cierto que el informe del Servicio de UCI aportado al procedimiento tras nuestro anterior Dictamen muestra cómo el porcentaje de infección por *Candida albicans* en el año 2000 es el más bajo (1,59%) del trienio 1999-2001; pero este dato, por sí sólo, aun siendo significativo no permite considerar la infección como inevitable.

El Consejo Jurídico es consciente de la dificultad de acreditar qué concretas medidas de asepsia se aplicaron a un determinado paciente, años después de que la asistencia se prestara, pero en supuestos como el sometido a consulta debe la Administración extremar la diligencia en la acreditación de las medidas preventivas adoptadas y, en lo posible, huir de declaraciones genéricas y de escaso valor probatorio. Así, a modo de ejemplo, hubiera sido de gran utilidad para sostener la inevitabilidad de la infección y su carácter endógeno, la aportación al procedimiento de los partes de control de limpieza y asepsia en quirófanos de los días en los que se intervino al paciente, la profilaxis preoperatoria, un estudio detallado de la historia clínica que permitiera conocer si se aplicaron los protocolos de cuidado y limpieza de catéteres, etc.

En atención a lo expuesto cabe concluir que, ante la ausencia de prueba suficiente por parte de la Administración de haber adoptado todas las medidas de prevención de infecciones nosocomiales en la atención al paciente, singularmente durante las intervenciones quirúrgicas y la estancia en UCI, la candidemia sistémica desarrollada por aquél en el curso del ingreso hospitalario comprendido entre el 6 de marzo y el 24 de abril de 2000 no puede considerarse inevitable, siendo por tanto imputable a la Administración sanitaria, con cuya actuación queda vinculada causalmente.

6. Ahora bien, para los reclamantes, con apoyo en el informe pericial de parte unido a la reclamación, *"la meningitis por Candida albicans es la causante de todas las complicaciones que se suceden en el curso clínico de este paciente"*.

Sin embargo, en el primer ingreso hospitalario, en el cual adquiere la infección que hemos vinculado en relación de causalidad con la actuación de la Administración sanitaria, el paciente no desarrolla meningitis, como se puede ver en el informe de alta de 24 de abril de 2000, siendo el diagnóstico principal *"meningioma del falx"* y otros diagnósticos secundarios: *"hematoma postoperatorio, edema pulmonar lesional, intubación endotraqueal, ventilación mecánica, traqueostomía temporal y craneotomía"*.

Los primeros síntomas de meningitis se manifiestan meses más tarde, el 11 de julio de ese mismo año, si bien no se relaciona dicha patología con la infección previa. La Inspección Médica, en el segundo de sus informes, relata que *"en el ingreso de julio de 2000 donde se sospecha meningitis linfocitaria postquirúrgica tardía o meningitis tuberculosa, no hay constancia de que se haya tenido en cuenta el posible diagnóstico de meningitis de origen fúngico. Aunque sí se solicitaron cultivos de líquido cefalorraquídeo donde no hubo crecimiento de Candida albicans. En este ingreso fue valorado por el Servicio de Enfermedades Infecciosas y, en algunos comentarios escritos, tienden a relacionar el episodio con el procedimiento quirúrgico previo, o con alguna complicación infecciosa del anterior ingreso. Pero ante la ausencia de cultivos positivos se decide el tratamiento empírico del microorganismo de más lento crecimiento Mycobacterium tuberculosis"*.

El paciente sufre dos infecciones por *Candida albicans* claramente separadas en el tiempo. Ello no supone, necesariamente, que se trate de dos cepas diferentes y que la meningitis diagnosticada en julio no tenga su origen en la infección de marzo, pues afirma la Inspección Médica que “*en la historia natural de candidemia y meningitis fúngica cabe la evolución a la cronicidad*”. No obstante, inmediatamente añade que no puede afirmarse que ambas infecciones fueran provocadas por la misma cepa, salvo que se estudiaran por técnicas de biología molecular, lo que resulta imposible dado que no se han conservado muestras del germen para este fin. Es decir, según la Inspección, no puede afirmarse que la infección que produce la meningitis sea la misma que adquirió el paciente durante su ingreso de marzo-abril de 2000.

Además, la candidemia del primer ingreso fue tratada y resuelta satisfactoriamente, obteniendo cultivos negativos para *Candida albicans* tras la terapia antifúngica aplicada, tal y como consta en el informe del Servicio de Medicina Intensiva de 11 de abril de 2000, de alta a Neurocirugía, y en el informe de microbiología correspondiente al 4 de abril, que reporta la negatividad del hemocultivo realizado.

De hecho, tras el alta hospitalaria de 24 de abril, el paciente se encuentra bien y se reincorpora al trabajo, según consta en hoja de consulta de Neurocirugía del 19 de junio de 2000, en que se le cita para revisión ordinaria al cabo de un año.

Tras ingresar de nuevo el 11 de julio de 2000, con síntomas de meningitis, el Servicio de Enfermedades Infecciosas pone de manifiesto una duda diagnóstica acerca de la filiación de la meningitis, y toma en consideración que pudiera ser consecuencia del proceso infeccioso anterior. No obstante, dado que las nuevas pruebas microbiológicas realizadas sobre el líquido cefalorraquídeo del paciente vuelven a arrojar resultados negativos para *Candida*, descartan inicialmente la *Candida* como origen de la meningitis y optan por instaurar un tratamiento para la meningitis tuberculosa, atendida la mayor tardanza en obtener crecimientos del *Mycobacterium tuberculosis* en cultivos.

Dado de alta el 29 de agosto de 2000, vuelve a ingresar el 1 de septiembre, fecha en que se realiza una punción lumbar en la que se aísla *Candida albicans* (cinco meses después de la negatividad de los cultivos realizados tras el tratamiento fungicida), diagnosticándose por primera vez la meningitis candidiásica.

Así pues, no puede considerarse acreditado que la meningitis candidiásica tenga su origen en la infección adquirida en las intervenciones quirúrgicas de 7 y 9 de marzo de 2000 o durante su estancia en UCI, al no haber sido probado este extremo por los actores, a quienes corresponde el *onus probandi*, por así disponerlo el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comoquiera que la reclamación, siguiendo en este extremo el informe pericial de parte unido a la misma, sitúa el origen de la infección en la atención recibida durante las intervenciones quirúrgicas del 7 y 9 de marzo de 2000 o en el período de estancia en UCI —desde esa última fecha hasta el 11 de abril del mismo año—, y dado que la meningitis candidiásica a la que se imputan todos los daños padecidos por el paciente responde a un proceso infeccioso que no cabe considerar acreditado que tenga su origen en el ingreso hospitalario comprendido entre el 6 de marzo y el 24 de abril de 2000, único período en el que el interesado fue intervenido quirúrgicamente y estuvo ingresado en la UCI, no puede establecerse un vínculo causal entre los padecimientos del enfermo, que son consecuencia de la meningitis originada por el segundo de los procesos infecciosos, y la actuación sanitaria durante aquellos primeros episodios.

TERCERA.- Recapitulación.

El paciente sufrió dos procesos infecciosos claramente separados en el tiempo:

a) El primero de ellos, correspondiente al primer ingreso hospitalario en marzo de 2000, consiste en una candidemia que hemos considerado imputable a la Administración al haber fracasado ésta en la demostración de su carácter inevitable, pues no ha probado que, en la asistencia prestada al enfermo durante su paso por los quirófanos y la UCI, se hubieran cumplido todas las medidas preventivas exigidas por la ciencia médica en evitación de infecciones nosocomiales.

En esta primera infección por *Candida albicans* no se produce meningitis y la candidemia es superada con el tratamiento antifúngico pautado, obteniendo cultivos negativos para el referido germen y llegando el paciente a reincorporarse a su trabajo.

b) El segundo proceso infeccioso, en julio de 2000, también consiste en una infección por *Candida albicans* que, en esta ocasión, sí genera una meningitis en el paciente, de la que derivan las terribles secuelas por las que se reclama. Sin embargo, no puede considerarse probado que esta meningitis tenga su causa en la infección por *Candida* adquirida en el ingreso hospitalario de marzo de 2000, lo que impide vincular causalmente el daño alegado con el servicio público sanitario.

CUARTA.- El daño y su valoración.

Consecuencia de lo expuesto en las Consideraciones precedentes es que únicamente puede declararse el derecho de los actores a ser indemnizados por el daño que, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, cabe entender causado por la infección sufrida en el ingreso hospitalario de marzo-abril de 2000.

En este sentido y como ya se ha dicho, la vinculación establecida en la reclamación entre meningitis candidiásica y secuelas, determina que ninguna de ellas pueda estimarse producida por el primer proceso infeccioso, pues ha quedado huérfano de prueba que la referida meningitis tuviera su origen en aquella primera infección.

Así pues, únicamente podría entenderse como daño derivado de esa primera infección por *Candida*, el período de incapacidad temporal necesario para su curación. No es fácil determinar dicho período, pues se superpone al derivado del postoperatorio de la extirpación del meningioma, la reintervención dos días después para resolver la complicación consistente en el sangrado del lecho quirúrgico, y la insuficiencia respiratoria que presenta en días sucesivos, con edema agudo de pulmón. Careciendo el expediente de datos suficientes para discriminar qué días de incapacidad corresponden a la patología de base del paciente y cuáles a la infección, puede tomarse como referencia la duración del tratamiento con antifúngicos, que la Inspección sitúa en unas cuatro semanas y que comienza el 29 de marzo de 2000.

Desde esta fecha a la del alta hospitalaria transcurren 27 días que, a razón de 49,475316 euros diarios (cantidad establecida por Resolución de la Dirección General de Seguros, de 2 de marzo de 2000, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultan de aplicar durante el año 2000 el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación a que se someten expresamente los reclamantes), arroja un resultado de 1.335,83 euros, que puede incrementarse hasta en un 10%, aplicando como factor corrector el de perjuicios económicos, toda vez que sí constan en el expediente las retribuciones per-

cibidas en la empresa, siendo su base de cotización en el mes anterior al de la baja laboral de 144.000 pesetas (865,46 euros).

Esta cantidad habrá de ser actualizada conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que procede su estimación parcial en los términos expresados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- La determinación del daño imputable a la Administración y su cuantificación a efectos indemnizatorios ha de adecuarse a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 193/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de x, por perjuicios ocasionados debidos a intervención arqueológica.

Consultante: Consejero de Cultura y Turismo (2008)

Fecha: 04/11/09

Extracto de Doctrina

1. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 15 de noviembre de 1993, recordando la relevancia de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones que con tanto acierto destaca la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional, indica que la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuadra en el campo de las garantías del ciudadano lo que implica que para su virtualidad práctica en los supuestos de actuación de varias Administraciones será necesaria una solución de solidaridad que opere en el ámbito externo de la relación del ciudadano con la Administración independientemente de que en el aspecto interno de la relación de ambas Administraciones las circunstancias de cada caso concreto permitan la imputación a una sola de ellas o a ambas con cuantificación de la participación.

2. Para que pueda prosperar la acción de responsabilidad por una vinculación singular que lleve consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico (artículo 43 de la Ley 6/1998, hoy 35,b del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, aprobado por RD. Legislativo 2/2008, de 20 de junio, TRLS), el requisito exigido por la jurisprudencia es que se hayan agotado todas las vías legalmente establecidas al efecto para que quede acreditada la imposibilidad de su compensación, recayendo la carga de la prueba en el que reclama (por todas, STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 1989).

3. *Del análisis de los límites de la propiedad por la aparición de restos arqueológicos (Consideración Quinta del presente Dictamen), ya se anticipó que las medidas adoptadas por la Administración regional no han afectado al contenido esencial del derecho de propiedad, en la medida que no se ha privado a la Sociedad Cooperativa de los derechos de transformación urbanística y de edificación, integrantes del estatuto jurídico del propietario de suelo urbanizable, y han sido proporcionadas a la función social del derecho de propiedad cultural (artículo 33.2 de la Constitución), conforme a la definición de las leyes que protegen dicho interés social. Así, el artículo 36.1 LPHE establece que los propietarios de bienes integrantes del patrimonio cultural deberán conservarlos, mantenerlos y custodiarlos.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de febrero de 2008, x., Presidente del Consejo Rector de “x.”, en representación de la citada Cooperativa, presenta escrito de reclamación de responsabilidad ante la Administración regional (folios 1 a 114), basado en los siguientes hechos y actuaciones que describe, siguiendo el orden de su exposición:

1. Antecedentes:

En el marco del Plan de Vivienda Joven, el representante de la Sociedad Cooperativa suscribió un convenio con la Consejería competente en materia de vivienda y el Ayuntamiento de Murcia para la construcción de viviendas protegidas destinadas a jóvenes de la Región de Murcia. En cumplimiento de dicho convenio, la Cooperativa adquirió 140.000 metros cuadrados, aproximadamente, situados en el Plan Parcial ZA-Ed3 de Espinardo, al sur de la Senda de Granada. Como resultado de ello, se están ejecutando obras de urbanización y de construcción de más de 1.300 viviendas destinadas a jóvenes, en régimen de vivienda protegida, obteniéndose en el mes de febrero de 2006 la declaración provisional de vivienda protegida para las manzanas A, B, C, D, E y F del proyecto de ejecución de obras, y en el mes de febrero de 2007 la correspondiente a la manzana G.

Describe que, con motivo de la ejecución de una zanja de saneamiento que forma parte de las obras de urbanización, salieron a la luz la tarde del 13 de julio de 2006 varios restos humanos a unos dos metros de profundidad; en principio se pensó que eran recientes, puesto que en la zona no existía previsión de hallazgos arqueológicos. Personados los arqueólogos del Ayuntamiento de Murcia y de la Dirección General de Cultura para inspeccionarlos, el 20 de julio de 2006 se paralizaron los movimientos de tierra, contratándose por la junta de compensación del Plan Parcial a la empresa x. para llevar a cabo el control arqueológico.

Desde entonces, continúa relatando, la presencia de la empresa contratada ha sido continua, habiéndose realizado prospecciones no sólo en la parte del terreno donde se localizaron los primeros restos humanos, sino que se ha intervenido en todas y cada una de las parcelas del Plan Parcial, en cumplimiento de las resoluciones de la Dirección General de Cultura y del Ayuntamiento de Murcia, habiendo entregado la empresa x. sucesivos informes de las actuaciones realizadas, en cumplimiento de la normativa reguladora de las actuaciones arqueológicas. Afirma que el destino de los trabajos de ejecución de las obras de urbanización y de edificación de las viviendas de la Sociedad Cooperativa x., aparece íntimamente ligado al resultado de las intervenciones arqueológicas, de manera que mientras se están ejecutando obras de edificación en aquellas parcelas en las que no han aparecido restos arqueológicos, en otras se ha ordenado por la Administración la paralización de obras

hasta tanto se termine la intervención arqueológica, e incluso se ha producido respecto a algunas la suspensión de la licencia inicialmente concedida.

2. Resoluciones de la Administración local y regional con competencias en materia de protección del patrimonio histórico.

Seguidamente la reclamante realiza una cronología de las resoluciones de los órganos competentes de la Administración regional y del Ayuntamiento de Murcia en la materia, destacando las siguientes, a las que imputa el daño alegado:

— El 14 de julio de 2006, el Servicio de Arqueología de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia emite informe sobre la visita de inspección girada a los terrenos de la Sociedad Cooperativa x., en relación con el hallazgo de restos humanos, en la que también participa un arqueólogo de la Dirección General de Cultura, ordenando la Gerencia de Urbanismo del citado Ayuntamiento la inmediata paralización de los trabajos de urbanización y la necesidad de planificar a partir de ese momento una actuación arqueológica: limpieza y documentación de los restos, prospección del terreno para determinar el área del yacimiento, seguimiento de los trabajos de extracción y movimientos de tierra, etc.

— El 21 de julio de 2006, la Dirección General competente en materia de cultura otorga autorización para la prospección y supervisión arqueológica de urgencia en la Unidad de Actuación 1 del Plan Parcial ZA-Ed3 (Senda de Granada) a la empresa x., por encargo de la Junta de Compensación, al amparo de lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en lo sucesivo LPHE) y en el Decreto 180/1987, de 26 de noviembre, de regulación de las actuaciones arqueológicas en la Región de Murcia, condicionada a una serie de directrices: informar al centro directivo de los hallazgos encontrados, obligación de entregar los hallazgos que se obtengan al Museo Arqueológico de Murcia, etc.

— De acuerdo con el informe de prospección arqueológica realizado por la empresa x., el 28 de julio de 2006 el titular de la entonces Dirección General de Cultura, previo informe favorable del arqueólogo responsable, determina —con respecto a la solicitud de licencia presentada por la Sociedad Cooperativa x. para edificar en las manzanas A, B, C, D, E y F de la Unidad de Actuación 1 del Plan Parcial ZA-Ed3 de Espinardo—, que en el acto de otorgamiento de la licencia se deberá incorporar una cláusula que especifique la necesidad de que las obras de remoción de terrenos sean efectuadas bajo la supervisión arqueológica (artículo 10.2.6 del Plan General de Ordenación Municipal de Murcia, PGMO en lo sucesivo), dado que se han localizado hallazgos cerámicos aislados en la prospección arqueológica realizada. Con respecto a la licencia solicitada de las manzanas G y H, en las que se hallaron los restos con interés arqueológico, se considera que previo a cualquier pronunciamiento sobre la concesión de licencia debe realizarse un programa de sondeos con la finalidad de acotar la extensión y entidad del yacimiento. Por Decretos del Teniente Alcalde de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia de 27 de julio y de 2 de agosto de 2006 se conceden las licencias para construir en las manzanas A, B, C y D, y E y F, respectivamente, con los condicionantes requeridos por la Dirección General de Cultura y por los servicios de arqueología municipales.

— Resolución de la Dirección General de Cultura, de 7 de noviembre de 2006, por la que se acuerda, al amparo de lo dispuesto en la LPHE y en la normativa del PGMO de Murcia, la paralización de las obras en las manzanas A, B y C ante la aparición, durante los trabajos de supervisión arqueológica, de niveles y restos de estructuras con interés arqueoló-

gico. Por Decreto del Teniente Alcalde de Urbanismo del Ayuntamiento de 9 de noviembre se ordena la suspensión de la licencia de edificación otorgada en las manzanas A, B y C.

— Resolución de la Dirección General de Cultura, de 16 de noviembre de 2006, por la que se ordena la ejecución de una actuación arqueológica específica en las manzanas A, B y C. También se establece que a la luz de los resultados se efectuará una valoración cultural, así como las eventuales necesidades de conservación que se consideren necesarias.

— Resolución de la Dirección General de Cultura, de 16 de enero de 2007, por la que se resuelve la continuación de los trabajos de entubamiento de la canalización de la Acequia Alfatego, condicionada a una serie de medidas: 1) Aislar los sectores arqueológicos I, II y III (en el que se localizaron las tres inhumaciones y que se corresponden con las manzanas G, H, D y F-3), del resto de la zanja, mediante la ejecución de una estructura estable que garantice su protección y conservación al aire libre y facilite su integración en la futura área de excavación arqueológica a desarrollar; 2) los silos registrados en el sector arqueológico IV (manzanas C y F-1 y F-2) no se verán afectados por las obras, ordenándose su protección mediante la ejecución de capa de geotextil y relleno de arena estéril; c) aislar los sectores arqueológicos V y VI (manzanas A, B y E), en los que se ha localizado pavimento con impronta de molino y estructura hidráulica, del resto de la zanja mediante el levantamiento de una estructura estable que garantice su conservación al aire libre y facilite su integración. Por Decreto del Teniente de Alcalde de Urbanismo de 26 de febrero de 2007, tras los trabajos arqueológicos realizados, se acuerda paralizar las obras en las parcelas F-1 y F-3 por la presencia parcial de restos, ordenando una excavación arqueológica.

— Resolución de la Dirección General de Cultura, de 11 de abril de 2007, relativa a la finalización de la intervención arqueológica en la parcela F-3, por la que autoriza la continuación de las obras de edificación en la citada parcela. Por Decreto de la Alcaldía de 26 de abril de 2007, se acuerda el levantamiento de la suspensión de la licencia de obras respecto a la citada parcela y la continuación de las obras.

— Resolución de la Dirección General de Cultura, de 3 de mayo de 2007, por la que se autoriza la continuación de las obras en la parcela F-1, condicionada, entre otras, a las siguientes medidas: la estructura del horno cerámico tardorromano deberá conservarse en el sótano del inmueble, debiendo prever la apertura de un acceso independiente de cara a una futura intervención de restauración, así como la supervisión arqueológica de los movimientos de tierra. En consecuencia, se establece que la propiedad debe modificar el proyecto de edificación para permitir la conservación *in situ* del citado horno.

— Resolución de la Dirección General de Cultura, de 8 de junio de 2007, relativa a la finalización de la intervención arqueológica en la manzana B, en la que se establece que debe modificarse el proyecto de manera que permita la conservación de los restos de las estructuras de época tardorromana, localizados en el sector oriental, en un espacio visitable respecto de las nuevas construcciones proyectadas, al igual que la conservación de las dos cubetas de aceña de época medieval y las conducciones cerámicas que las conectaban a la Acequia de Churra la Vieja, indicando que los interesados podían solicitar las compensaciones volumétricas previstas en la normativa del PGM de Murcia (folio 90 del expte. 652/2006, en el que consta su notificación a la Junta de Compensación).

También, por Resoluciones del mismo centro directivo de 18 de junio y 25 de octubre de 2007, tras la finalización de la intervención arqueológica en las manzanas C y A, respectivamente, se obliga a la conservación de los restos de las estructuras de época tardorromana

en un espacio visitable con acceso independiente de las nuevas construcciones proyectadas, con la misma indicación de la posibilidad de solicitar las compensaciones volumétricas (folios 98 y 167).

— Por sendas Resoluciones de la Dirección General de Cultura de 31 de julio de 2007, relativas a los proyectos modificados presentados por la Cooperativa, se autorizan respecto a las manzanas B y C, y por Resolución de 9 de octubre siguiente respecto a la manzana F-1, alzándose la suspensión de la licencia de obras por Decretos del Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia de 24 de enero de 2008.

— Por Resoluciones de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales de 14 y de 27 de marzo de 2008 —no citadas por el escrito de reclamación por ser posteriores— se autorizan los proyectos de las parcelas G y A, respectivamente, con una serie de condicionantes para la protección de los restos arqueológicos.

A efectos de su prueba, la reclamante cita los expedientes administrativos 652 y 695 del año 2006 del Servicio de Patrimonio Histórico de la Dirección General de Cultura, 21/2006 del Servicio de Arqueología de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia (en lo sucesivo Gerencia de Urbanismo), y 2421 y 2568 del año 2006 del Servicio de Intervención Urbanística también de la Gerencia de Urbanismo.

3. Determinación del coste de la intervención arqueológica y de los perjuicios ocasionados a la Sociedad Cooperativa.

La reclamante alega que las resoluciones citadas adoptadas por la Dirección General competente en materia de cultura y el Ayuntamiento de Murcia, desde el 1 de octubre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007, han originado los siguientes daños:

a) Gastos arqueológicos.

Los trabajos de x. han sido repercutidos por la junta de compensación a la Sociedad Cooperativa en una cantidad de 3.321.626,31 euros, pues las prospecciones, los sondeos, las excavaciones en extensión y específicas se han ejecutado en las parcelas de su propiedad.

b) Micropilotaje.

En las manzanas B y C, la conservación de las estructuras tardorromanas (dos cubetas de aceña de época medieval, las conducciones cerámicas que le conectaban a la acequia Churra la Vieja y la ejecución de un espacio visitable previsto de acceso independiente respecto a las nuevas construcciones) han determinado la modificación de los proyectos de obra para la construcción en parte del edificio en esta zona sobre micropilotaje (técnica constructiva conforme a la cual el bloque descansará en esta parte sobre columnas, de manera que los restos queden en la parte de abajo y se pueda acceder por una escalera). El coste presupuestado por la empresa constructora para la ejecución de las modificaciones se cifra en 378.115,94 euros.

c) Perjuicio por la paralización de las obras.

Según la reclamante, la intervención arqueológica ordenada por la Dirección General competente y la suspensión de licencias otorgadas por la Gerencia de Urbanismo han supuesto un considerable retraso en el inicio de las obras, que en algunas manzanas ha alcanzado 15 meses, por lo que las empresas constructoras de los edificios han comunicado a la Sociedad Cooperativa x. la revisión de precios de determinadas partidas del presupuesto de

ejecución de obras de las manzanas B y C, por importe de 187.965,06 euros y 180.138,97 euros, respectivamente, desconociéndose si con posterioridad se aplicará a otras, reservándose el derecho a incrementar tal partida.

d) Pérdida de plazas de garaje.

Por la obligación de conservar determinados restos en las manzanas A, B y C se ha perdido terreno destinado a plazas de garaje, que concretan en 32, 50 y 58 plazas, respectivamente. Por este concepto se solicita la cantidad total de 2.317.392 euros.

e) Pérdida de terreno.

Por la obligación de conservar los restos de estructuras tardorromanas localizados en el sector meridional de la manzana A, la reclamante manifiesta que pierde 1.800 m² de terreno edificable, lo que ha provocado el desplazamiento de dos bloques de edificios y la reducción considerable del espacio destinado a sótanos. Por este concepto se solicita un total de 153.900 euros.

f) Costes presupuestados por la intervención arqueológica de las manzanas G y H.

Por estos conceptos se realizan unas previsiones de 1.180.366,80 euros para cada manzana, sin perjuicio de las obligaciones que puedan ser impuestas por la posible aparición de restos arqueológicos, teniendo en cuenta su localización mayoritaria al sur del Plan Parcial.

La cuantía total por los conceptos expresados, que el representante de la mercantil atribuye a las obligaciones impuestas por las Administraciones regional y local, alcanza un importe de 8.899.867,88 euros, acompañando un informe pericial económico de la mercantil Sector 3 (folios 22 a 39).

4. Valoración de la intervención arqueológica y de los hallazgos del yacimiento de la Senda de Granada.

La Sociedad Cooperativa x. sostiene que las resoluciones dictadas por las Administraciones competentes, sin perjuicio de encontrarse inicialmente amparadas en la legislación sobre patrimonio histórico, han causado un evidente perjuicio cuantificado con anterioridad. De otra parte, señala que ha tenido que asumir, en exclusiva, los gastos de la excavación, sin que por parte de ninguna Administración se haya ofrecido indemnización o colaboración alguna para sufragarlo, contraviniendo lo establecido en el artículo 43 LPHE; por lo demás, sostiene que el elevado coste de la excavación contrasta con el resultado de los trabajos, atendiendo, no sólo a la valoración de los directores de la misma, sino a la de reputados especialistas, como el profesor x., quien actuó de perito a petición del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia, cuyos autos también son citados a efectos de prueba. No obstante, acompaña un nuevo informe pericial de x, y., (folios 40 a 114). De este último informe se destacan una serie de párrafos en los folios 15, 16 y 17 del escrito de reclamación.

Tras estas consideraciones, el representante de la Sociedad Cooperativa considera que la actuación de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, centrada en las resoluciones transcritas, ha ocasionado unos daños de los que infiere la relación causa-efecto con el funcionamiento del servicio público. En relación con este funcionamiento realiza la siguiente distinción: en el caso del coste de la excavación arqueológica, aún causante de un perjuicio indemnizable, ha estado amparado en la normativa aplicable y en vigor en materia de excavaciones arqueológicas en la Región de Murcia; no así en las medidas de excavación

en extensión y obligación de conservación, en las que la actuación de la Administración ha prescindido de las normas de procedimiento, que en el presente caso lo configuran la LPHE y la Ley 4/2007, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 4/2007).

Por último, tras citar los fundamentos jurídicos de la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada, solicita que se le indemnice en concepto de daños y perjuicios o, en cualquier otro concepto amparado por la legislación aplicable (Disposición adicional cuarta de la Ley 4/2007), la cantidad de 8.999.867,88 euros, sin perjuicio de la posibilidad de incrementar dicha cantidad por la eventual aparición de nuevos restos arqueológicos y la imposición de la conservación *in situ*.

SEGUNDO.- Consta en el expediente que en la misma fecha, con los mismos fundamentos y cuantía indemnizatoria, el representante de la Sociedad Cooperativa ha ejercitado también la acción de reclamación frente a la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia (folios 115 a 349).

TERCERO.- Con fecha 26 de marzo de 2008 (registro de entrada) el Servicio de Contrataciones y Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento de Murcia remite un escrito, comunicando a la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales que se ha ejercitado por la Sociedad Cooperativa x. la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial ante el citado Ayuntamiento, para que asuma su tramitación si se considera competente o, en su defecto, formule alegaciones, remitiéndole la documentación obrante en el expediente municipal.

CUARTO.- En contestación al precitado oficio, el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales remite escrito registrado el 31 de marzo de 2008 (folio 352), en el que comunica al Ayuntamiento de Murcia que también se ha ejercitado frente a la Administración regional la acción de reclamación, habiéndose iniciado el procedimiento administrativo, al amparo de lo dispuesto en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en lo sucesivo RRP). Por último, se indica por el titular del centro directivo que la Administración regional no puede hacerse cargo de la reclamación ejercitada frente al Ayuntamiento, al considerar que no es órgano competente, por lo que le devuelve la documentación remitida (diligencia de 1 de abril de 2008 de la Asesora de Apoyo del Servicio de Patrimonio Histórico), que es idéntica a la presentada ante la Administración regional.

QUINTO.- Por el Servicio de Patrimonio Histórico del centro directivo competente se emite informe el 14 de abril de 2008 (suscrito conjuntamente por el arqueólogo competente y la asesora de apoyo) en el que se concluye, de forma extensa y motivada (folios 353 a 375), en la procedencia de la desestimación de la reclamación por las razones que se exponen seguidamente, siguiendo su orden de exposición:

1. Cuestiones generales.

Se destaca por los informantes que la actuación administrativa desde el descubrimiento de los restos arqueológicos en Senda de Granada se ha ajustado a lo dispuesto en la LPHE, Ley regional 4/2007 y Decreto 180/1987, partiendo de la consideración de que los restos arqueológicos atesoran un patrimonio soterrado y oculto, que debe ser objeto de protección y susceptible de intervención administrativa, al tratarse de bienes integrantes de nuestro patrimonio cultural. Añade que la Administración regional ha adoptado las medidas que ha considerado más oportunas y razonables para la protección de dichos bienes, “*en conse-*

cuencia, en el caso que nos ocupa al aparecer restos arqueológicos, esta Dirección General ha actuado siguiendo el procedimiento habitual, motivando las decisiones adoptadas, atendiendo a los criterios técnicos y en función de los restos que han ido apareciendo, adecuando las medidas al caso concreto; por tanto, se ha de excluir la arbitrariedad en toda su intervención”.

2. Desarrollo de los trabajos.

El informe, después de relatar los antecedentes de la actuación arqueológica, destaca que en el desarrollo de los trabajos arqueológicos realizados se pueden diferenciar tres fases: la primera abordaba la delimitación y caracterización del yacimiento, aprovechando la información que a tal fin, bajo supervisión arqueológica, podía proporcionar la canalización proyectada para el desvío y entubamiento de la antigua acequia de Alfatego, que atravesaba buena parte de la posible superficie afectada por el yacimiento; la segunda fase, centrada en la parte septentrional del sector (parcelas A-F), consistió en un amplio programa de sondeos mecánicos bajo supervisión arqueológica en cada una de las parcelas, como paso previo al inicio de las obras, que dieron como resultado la localización de restos cerámicos y de estructuras en la banda meridional de las manzanas A, B, C, así como en las E, F-1 y F-3; la tercera fase, que se retrasó por la intervención judicial producida a instancias de la Asociación de Vecinos de la Senda de Granada Oeste, se centró en la realización de excavaciones en las parcelas donde se habían detectado la presencia de restos, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, que el fallo judicial recaído se basó en un informe pericial que afirmaba, entre otros aspectos, que las excavaciones arqueológicas no debían quedar condicionadas por el proyecto de urbanización.

A la fecha de la emisión del informe, los técnicos señalan que esta última fase ha concluido en las parcelas A, B, C, F-1 y F-3, que cuentan con resoluciones favorables al inicio/continuidad de las obras de construcción, que, por otra parte, se encuentran ejecutándose. Respecto a la parcela E-1 se encuentra en fase de excavación en dicha fecha, mientras que la G (tras alguna interrupción promovida por los responsables del proyecto) se ha autorizado con fecha 14/3/2008 la concesión de licencia condicionada a la conclusión de los trabajos arqueológicos en los sectores donde no ha sido posible finalizar la excavación. Por último, en las parcelas D, F-2, E-2 y E-3 las obras se han desarrollado sin que haya sido necesario efectuar excavaciones en extensión, ni suspensión de las obras, tan sólo se acometió una supervisión arqueológica de los trabajos de desfonde mecánico.

3. Síntesis de los resultados.

En este apartado, los técnicos informantes relatan los hallazgos más significativos, que por su interés, en relación con algunas imputaciones de la reclamante sobre la valoración de los mismos, se citan de forma resumida:

— Parcela A: se han localizado estructuras de carácter industrial que incluyen pavimentos de mortero hidráulico de gran extensión que probablemente indiquen zonas de trabajo al aire libre y posibles balsas. Todas ellas aportan, en función de los materiales cerámicos recuperados, un contexto similar al documentado en otros puntos del yacimiento (ss. V-VII d.C.).

— Parcela B: la situación de esta parcela es similar a la de la parcela C, dado que supone una continuidad de las estructuras de habitación tardoantiguas localizadas en dicha parcela. Asimismo se han encontrado dos aceñas conectadas al antiguo curso de la acequia Churra

la Vieja, que datan de los siglos X y XI. El interés de esta estructura, al margen de suponer los más antiguos testimonios materiales de este tipo de ingenio hidráulico documentados hasta el momento, es que se trata de uno de los escasos elementos que permiten datar la Contraparada y, por tanto, la puesta en producción de este sector de la huerta de Murcia.

— Parcela C: en la zona norte se excavó una necrópolis de inhumación con 36 enterramientos, uno de los cuales disponía de un pequeño conjunto de adornos (tres alfileres de cobre, fragmentos de pendientes y un cabujón de pasta vítrea), que permitieron datarlo, junto a un fragmento de ánfora, a partir del siglo V d.C. También se localizaron en el sector oriental una serie de estructuras correspondientes al área de habitación, articulada en torno a un patio central, con continuidad a la parcela B indicada, formando un extenso conjunto fechado entre los siglos V y VI d.C.

— Parcela E-1: se han localizado varias sepulturas de época tardorromana (s. IV-V d.C.), con fosas revestidas de mampostería y dos sarcófagos de piedra. Los enterramientos aparecen a los pies de una estructura de planta rectangular, muy arrasada, con orientación este-oeste. También se han encontrado los restos de una almazara del mismo periodo, que conserva la práctica totalidad de los elementos más característicos de este tipo de instalaciones, al igual que se ha podido reconocer el trazado de una antigua acequia que tiene refuerzos de tapial de época islámica.

— Parcela F-1: la excavación ha permitido localizar varios silos reutilizados como basureros, un depósito de vertederos de testares, así como un gran horno cerámico de planta rectangular (9 m. de lado), fechado igualmente en época tardorromana, que se conserva prácticamente en su totalidad, y en buen estado de conservación.

— Parcela F-3: se ha documentado una segunda necrópolis de inhumación de época tardorromana con un total de 21 enterramientos.

— Parcela G: se han localizado restos constructivos pertenecientes a instalaciones de carácter industrial, tales como hornos metalúrgicos, sectores de almacenamiento y piletas, así como un pequeño conjunto de carácter residencial.

4. Normativa legal de aplicación.

En este apartado los informantes, tras señalar los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial previstos en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC en lo sucesivo), realizan las siguientes consideraciones que justifican la intervención de las Administraciones:

- La paralización de obras y la modificación de los proyectos se han debido a la aparición de restos arqueológicos, de ahí que las licencias otorgadas inicialmente se han tenido que adecuar al ordenamiento jurídico y, concretamente, a la legislación de patrimonio cultural.
- En cuanto a la antijuridicidad del daño, el derecho de propiedad no es un derecho ilimitado, sino que su contenido viene determinado por su función social, resultando acorde con el mismo la adopción de medidas de conservación por la Dirección General competente; tampoco la conservación de los restos arqueológicos puede ser considerado como una vinculación singular, sino que integra este derecho, conforme a lo establecido en la ley regional 4/2007.

- Las medidas adoptadas aparecen recogidas en el artículo 10 de la normativa de protección arqueológica del PGM de Murcia, por lo que el Ayuntamiento otorgó licencias de obras en las parcelas A a F, incluyendo una cláusula que especificaba que las obras que implicaran remoción de terrenos deberían ser efectuadas bajo supervisión arqueológica y, si aparecían restos que aconsejaran la actuación arqueológica específica, se procedería a la suspensión de las obras.
- Ultimadas las intervenciones arqueológicas, valorados los restos, se adoptaron medidas de conservación de los elementos más destacados que se iban descubriendo (parcelas A, B, C y F-1), haciendo compatible la continuación del proyecto de construcción con la conservación de estos elementos, al igual que en otras zonas de la Región, posibilidad prevista en la normativa del Plan General de Murcia (artículo 10.2.8 PGM).
- El artículo 10.2.9 de la normativa del PGM de Murcia establece medidas de compensación volumétrica por aparición de restos arqueológicos para resarcir a los afectados, que deben tramitarse por el Ayuntamiento, a petición de los propietarios, sin que hasta ese momento hayan sido reclamadas por la Sociedad Cooperativa x.

5. Valoración de la intervención arqueológica y de los hallazgos del yacimiento de Senda de Granada.

No entienden los informantes por qué razones no se han impugnado los actos administrativos correspondientes, que son firmes y consentidos, si la reclamante consideraba que las medidas adoptadas por la Administración regional eran desproporcionadas y desmesuradas y que le han irrogado perjuicios.

Reiteran que todas las parcelas, salvo la E-1, se encuentran en fase de construcción, destacando el esfuerzo realizado por la Consejería competente para poder compatibilizar un proyecto urbanístico de tales características con la aplicación de las normativas de patrimonio cultural y urbanística, con la finalidad de garantizar, al margen de las presiones y el ruido de fondo que han acompañado este proceso por parte de los intereses entrecruzados de uno u otro signo, el correcto estudio, documentación y conservación de un yacimiento arqueológico, cuyo interés científico e histórico resulta difícil de cuestionar, incluso para los propios técnicos contratados por la promotora.

Por ello, sostienen que buena parte de las argumentaciones de la Sociedad Cooperativa x. resultan difíciles de sostener, cuando el informe pericial aportado no deja de insistir en el indudable valor científico de los hallazgos, la necesidad de completar las labores de campo y la documentación arqueológica, llegando a afirmar “*que se ha venido desarrollando siguiendo escrupulosamente el procedimiento legalmente establecido y supervisado por el Servicio de Arqueología de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia y de la Dirección General de Cultura*”.

Sin embargo, para los informantes las contradicciones, inexactitudes u omisiones del informe pericial de parte comienzan a la hora de valorar la conservación de parte de las estructuras documentadas, si bien no se cuestiona la conservación del gran horno tardoantiguo de la parcela F-1, por el revuelo científico que hubiera producido, ni tampoco la aceña medieval localizada en la parcela B. Incluso, respecto a la solución adoptada para los restos de la parcela A, se considera por los peritos que respeta el área arqueológica y no causa ninguna afección a los mismos. En consecuencia, los técnicos se preguntan qué diferencias existen respecto a los únicos restos cuya conservación *in situ* parecen cuestionar

(parcelas B y C), por cuanto su cronología, características y estado de conservación son similares a los de la parcela A, salvo que responda a otro tipo de intereses, no relacionados con la conservación del patrimonio histórico. Siguiendo este razonamiento, el informe, tras cuestionar determinadas afirmaciones de comparaciones realizadas por los peritos con otros yacimientos (folio 371), destacan un párrafo del citado informe pericial de parte: “*con un gran proyecto de construcción aprobado y en avanzada fase de ejecución, vemos prácticamente imposible encontrar argumentos para la conservación*”.

Por último, los informantes cuestionan los costes y perjuicios alegados, por las razones recogidas en los folios 372 a 374, que no reproducimos aquí, en tanto serán objeto de consideración de forma pormenorizada posteriormente.

SEXO.- Requerido el representante de la mercantil para que acredite documentalmente la representación con la que dice actuar, y la identificación fiscal de la Cooperativa, y para que complete el informe pericial con las firmas de sus autores, así como proponga los medios de prueba de los que pretende valerse, es cumplimentado por aquél mediante sendos escritos registrados el 3 de junio de 2008 (folios 380 a 501).

En cuanto a los medios probatorios, propone la documental aportada con el escrito de reclamación, más los nuevos que acompaña:

- Resoluciones de 7 de febrero de 2006 y de 12 de febrero de 2007 de la Dirección General competente en materia de vivienda, por las que se otorgan declaraciones provisionales de viviendas protegidas a 977 viviendas y 176 viviendas, respectivamente, promovidas por la Sociedad Cooperativa.
- Copias de las certificaciones de obras emitidas por las constructoras por cambio de cimentación de losa A, pilotes y micropilotes en las parcelas B-2 y C (en esta última manzana por cambio de cimentación de micropilotaje). También por el incremento del precio de ejecución de la cimentación y de la estructura de las manzanas B y C, con motivo de la ejecución de los trabajos requeridos, y que tiene su causa en la intervención arqueológica.
- Comunicación de la constructora a la Sociedad Cooperativa sobre revisión de las partidas en el presupuesto final por la paralización sufrida en la manzana B.
- Presupuesto emitido por las mercantiles x, y., sobre el coste de la excavación arqueológica en la manzana G.
- Informe emitido por el arquitecto x., autor del proyecto de ejecución de las viviendas de la Sociedad Cooperativa x., respecto al sobrecoste de los distintos proyectos como consecuencia de la intervención arqueológica (folios 494 a 501).

También solicitan la testifical de los economistas que han elaborado el informe económico aportado con el escrito de reclamación.

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de junio de 2008, el Servicio de Coordinación Jurídico Administrativa de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales emite informe sobre la reclamación presentada (folios 502 a 513), acorde con el evacuado por el Servicio de Patrimonio Histórico citado en el Antecedente Quinto, del que destacamos los siguientes aspectos: a) Que deslinda las competencias del centro directivo, al que corresponde pronunciarse sobre las repercusiones que los proyectos pudieran ocasionar al patrimonio arqueológico, de las del Ayuntamiento, al que corresponde el otorgamiento de las licencias

urbanísticas; b) que la Administración ha actuado en cumplimiento de sus atribuciones legales ante la aparición de los restos arqueológicos; c) que el derecho de propiedad no es un derecho ilimitado, conforme a la normativa de patrimonio cultural; y d) que la normativa del PGMO de Murcia prevé la posibilidad de conservación de restos arqueológicos (art. 10.2.8), integrándolos en la solución arquitectónica, siempre que no menoscaben dichos restos, así como la compensación volumétrica, que no ha sido reclamada por los interesados hasta ese momento ante el Ayuntamiento de Murcia.

Por último, considera que la actuación administrativa en este caso está amparada en la legislación aplicable sobre patrimonio cultural y urbanística, sin que pueda ser calificada de desproporcionada o desmesurada, pues son las que habitualmente se adoptan.

OCTAVO.- El Jefe de Servicio de Patrimonio Histórico emite informe el 3 de julio de 2008, en el que asume el evacuado por los técnicos de su Servicio el 14 de abril anterior (Antecedente Quinto), que reproduce íntegramente, proponiendo también la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, así como la petición de nuestro Dictamen.

NOVENO.- Por Orden de la Consejería consultante de 9 de julio de 2008, se acuerda aceptar la prueba documental propuesta por la reclamante, rechazando la testifical de los peritos, cuyo dictamen ya obra en el expediente, por considerarla innecesaria, así como otorgar un trámite de audiencia a la Sociedad Cooperativa para que pueda presentar alegaciones, constanding la comparecencia de una persona autorizada por su letrado para retirar la documentación que se consigna en el folio 534, sin que conste la presentación de alegaciones.

DÉCIMO.- Con fecha 17 de octubre de 2008, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria (folios 536 a 545), al no concurrir el requisito de la antijuridicidad del daño alegado, exigido por la LPAC para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, en la medida que la Sociedad Cooperativa x. tiene el deber legal de soportar los gastos que se ocasionen como consecuencia de las actuaciones arqueológicas.

UNDÉCIMO.- Además de las anteriores actuaciones, entre la documentación remitida por la Consejería consultante, constan los expedientes de la Dirección General núms. 652/2006, integrado por 334 folios, relativo a la solicitud de prospección y supervisión arqueológica para las obras de urbanización de la Unidad de Actuación 1 del Plan Parcial ZA-Ed3, y 695/2006, sobre la incoación como Bien de Interés Cultural (BIC) “zona arqueológica”, a petición de la Asociación de Vecinos de Senda de Granada Oeste, en ejercicio de la acción pública en materia de patrimonio histórico, compuesto por 35 folios.

Conviene destacar de la documentación integrante de los citados expedientes las siguientes actuaciones:

- Recursos de alzada interpuestos por la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste contra las Resoluciones de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales por las que autorizan los proyectos de obras, tras la finalización de la intervención arqueológica, en relación con las parcelas F-3, F-1, B y C, solicitando que continúen la suspensión de las obras hasta tanto se valore debidamente el yacimiento hallado y la conservación los restos encontrados (aumento de las medidas de protección de determinados elementos y prospección en los viales), fundados en motivos de nulidad y/o anulabilidad previstos en los artículos 62.1e) y 63 LPAC.

- Petición de la Asociación de Vecinos de Senda de Granada Oeste, de 3 de agosto de 2006, para que se incoe el expediente de declaración de BIC (zona arqueológica) del yacimiento localizado y de los bienes inmuebles que lo conforman, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 LPHE, con la consiguiente adopción del régimen preventivo previsto en dicha normativa, suspendiendo los efectos de las licencias municipales de urbanización, edificación y parcelación y, en concreto, del Proyecto de Urbanización de la Unidad de Actuación 1 del Plan Parcial afectado. De otra parte, advierten de las responsabilidades de los funcionarios y autoridades, que no adopten medidas tendentes a la protección del patrimonio cultural, dado el interés científico de los hallazgos.
- Informe de los Servicios de Arqueología del centro directivo competente, de 26 de septiembre de 2006, que considera prematuro en aquel momento establecer una valoración de los restos hallados mientras no avancen las excavaciones. No obstante, advierte que se han adoptado por la Dirección General competente medidas de protección para evitar la destrucción del yacimiento, y que cuando finalice la intervención arqueológica será el momento para acordar si procede o no la incoación. Por Resolución de 16 de octubre de 2006 del titular del centro directivo, se acuerda desestimar la incoación, por las razones ya indicadas.
- Previa denuncia de la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste contra el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales por presuntos delitos contra el patrimonio histórico y prevaricación de funcionario público, por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia (Diligencias Previas 4444/2006) se solicita al centro directivo la remisión del expediente administrativo, siendo cumplimiento el 3 de noviembre de 2006 (registro de entrada en el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia).

DUODÉCIMO.- Recabado el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, se adoptó el Acuerdo 5/2009, de 7 de abril, en el que se estableció la necesidad de completar el expediente con las consiguientes actuaciones:

1ª) Al haber planteado la Sociedad Cooperativa x. una responsabilidad concurrente entre la Administración regional y el Ayuntamiento de Murcia (Gerencia de Urbanismo), habiéndose presentado el escrito de reclamación también ante esta última Corporación (folios 115 y ss.), que se ha tramitado paralelamente, según se desprende de la comunicación dirigida al Jefe de Servicio de Contrataciones y Responsabilidad Patrimonial por el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales (folio 352), debería otorgarse en el presente procedimiento un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Murcia para que alegue lo que estime oportuno y remita copia del expediente íntegro municipal sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial, así como de la resolución recaída, teniendo en cuenta que dicho expediente municipal (76/08 Contratación y R Patrimonial) versa sobre los mismos hechos.

Del resultado de esta última actuación, si se conocieran nuevos hechos o se incorporaran documentos al presente expediente no conocidos por la reclamante, debería otorgarse un nuevo trámite de audiencia para que pueda alegar lo que estime pertinente (artículo 84.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). En todo caso, lo actuado tendrá su reflejo en la propuesta de resolución que de nuevo se redacte, y se eleve al Consejo Jurídico

de la Región de Murcia, conjuntamente con la copia de la documentación incorporada, para la emisión de Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

2ª) Testimonio de las actuaciones obrantes en las Diligencias Previas 4444/2006, seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia, como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste contra el Director General competente en materia de cultura, según se infiere de los folios 16 y ss. del Tomo IV del expediente administrativo.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 5 de junio de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, ratificando la propuesta de resolución de 17 de octubre de 2008 y acompañando las actuaciones complementarias requeridas, entre las que se destacan:

- Por oficio de 20 de abril de 2009 (registro de salida) se otorgó un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Murcia para que pudiera formular alegaciones en el presente procedimiento, así como se le solicitó copia compulsada del expediente municipal y de la resolución recaída sobre el mismo.
- Por el Jefe de Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento de Murcia se remite escrito de 29 de abril de 2009, en el que se expone que el procedimiento municipal se encuentra pendiente del informe de la aseguradora del ente público, encontrándose aún pendiente de resolver, adjuntando, no obstante, el expediente 76/2008, integrado por 266 folios. De otra parte, no se formulan alegaciones.

DECIMOCUARTO.- Asimismo, en cumplimiento de nuestro Acuerdo 5/2009, por la Consejería consultante se solicitó el testimonio íntegro de las Diligencias Previas 4444/2006, que también se remiten, integradas por tres tomos y 729 folios.

Según consta en el expediente, la titular del Juzgado de Instrucción núm. Dos de Murcia dictó Auto de 5 de enero de 2007, por el que se acordaba el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, porque los hechos denunciados no son constitutivos de infracción penal, al considerar que *“la actuación llevada a cabo por parte de las Autoridades administrativas, en estrecha coordinación con el personal que realiza los trabajos de arqueología, resulta correcta y adecuada para la protección del patrimonio histórico”*.

La decisión de sobreseimiento fue recurrida en apelación por la Asociación de Vecinos de la Senda de Granada Oeste y por la Sociedad Cooperativa de Viviendas “x”, siendo resuelta por Auto de la Audiencia Provincial de 2 de marzo de 2009, que desestima los recursos presentados, confirmando el Auto de 5 de enero de 2007.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

1. Legitimación.

La Sociedad Cooperativa, en su condición de propietaria de los terrenos donde aparecieron los restos arqueológicos, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 RRP, en relación con lo dispuesto en el 31.1.a) LPAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, la acción de reclamación se ha ejercitado frente a la Administración regional, en su condición de titular de las competencias exclusivas en materia de “patrimonio cultural, histórico, arqueológico, monumental, artístico, paisajístico y científico de interés para la Región de Murcia”, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.Uno, 14 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia. En su desarrollo, la Ley regional 4/2007 establece que *“integran el patrimonio arqueológico de la Región de Murcia los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico susceptibles de ser estudiados con método arqueológico, fuesen o no extraídos, tanto si se encuentran en la superficie como en el subsuelo o bajo las aguas”* (artículo 54.1). Además, la precitada Ley regula las intervenciones de la Administración regional, a través de la Dirección General competente en la materia, en el patrimonio arqueológico y paleontológico (artículos 56 y ss.), otorgándole un importante protagonismo en la adopción de medidas tendentes a su protección (artículo 1.5).

No obstante, ha de tenerse en cuenta también como marco normativo, puesto que los primeros hallazgos y actuaciones se produjeron de forma casual en los terrenos de la Cooperativa con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley regional, la LPHE (artículos 42 y siguientes) y el Decreto 180/1987, así como la normativa específica de protección del patrimonio arqueológico y paleontológico del PGM de Murcia.

Pero la Sociedad Cooperativa no sólo ha ejercitado la acción de reclamación frente a la Administración regional, que ostenta competencias específicas en materia de patrimonio cultural, sino también frente al Ayuntamiento de Murcia, que ostenta las urbanísticas, concretamente, el otorgamiento de las licencias urbanísticas (artículo 217 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, en lo sucesivo TRLSRM), y la disciplina urbanística (artículo 8 del citado Texto Refundido). También el artículo 25.2,e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), atribuye a los Ayuntamientos, en los términos que establezcan la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, las competencias de patrimonio histórico, que se materializan, entre otras, en el mandato de cooperación con las Comunidades Autónomas en la conservación y custodia del patrimonio histórico español (artículo 7 LPHE), y en los deberes de conservación y protección impuestos a los Ayuntamientos por el artículo 6.2 de la Ley regional 4/2007:

“Las entidades locales conservarán, protegerán y promoverán la conservación y el conocimiento de los bienes integrantes del patrimonio cultural de la Región de Murcia que se ubiquen en su ámbito territorial. Los Ayuntamientos comunicarán inmediatamente a la dirección general competente en materia de patrimonio cultural cualquier hecho o situación que ponga o pueda poner en peligro la integridad o perturbar la función social de los bienes integrantes (...), adoptando, en su caso, las medidas cautelares necesarias para su defensa y conservación, sin perjuicio de las competencias que expresamente se les atribuye por la presente Ley y lo establecido en la normativa urbanística, medioambiental y demás normas que resulten de aplicación en materia de protección de patrimonio cultural”.

Las anteriores consideraciones nos suscitan, por tanto, la cuestión de las Administraciones públicas responsables en los supuestos de procedimientos bifásicos, en los que concurren las Administraciones autonómicas y locales, o en aquellas actuaciones de los Entes Locales sujetas a autorización sectorial de otra de las Administraciones territoriales, como concurre en el presente caso para la realización de intervenciones arqueológicas.

Como precedente de la regulación legal (artículo 140.2 LPAC), resulta de interés traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 15 de noviembre de 1993, destacada por otras posteriores, que resume la doctrina jurisprudencial para la imputación de la determinación causante de la lesión alegada a la Administración autonómica o a la municipal, si bien aplicada en aquel caso al campo urbanístico, que puede, no obstante, servir de referente; en la citada Sentencia se razona que las indemnizaciones habrán de correr a cargo de la Administración Autonómica en cuanto derivasen de determinaciones introducidas por ella, y a cargo del municipio cuando naciesen del resto del contenido del Plan. Sin embargo, puede ser que la ordenación que provoca la lesión actúe en atención al interés público de otra Administración, por lo que desde este punto de vista, la Administración responsable sería la que le corresponde la competencia para la gestión del interés local o autonómico, lo cual no deja de ser también una operación compleja si se tiene en cuenta, además, que la Administración autonómica, por un lado, y la municipal, por otro, aun en el ejercicio de su propia competencia, han de ponderar la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones (artículo 4, 1.b LPAC). También resulta posible que el Municipio establezca una cierta ordenación para hacer viable un proyecto autonómico y que las determinaciones introducidas por la Comunidad Autónoma obedezcan a la realización de intereses locales. Aún podrían añadirse los supuestos en los que la nueva ordenación causante de la lesión sirva para el logro conjunto de intereses locales y autonómicos.

Concluye la mentada Sentencia: “en efecto, recordando la relevancia de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones que con tanto acierto destaca la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional, será de indicar que la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuadra en el campo de las garantías del ciudadano lo que implica que para su virtualidad práctica en los supuestos de actuación de varias Administraciones será necesaria una solución de solidaridad que opere en el ámbito externo de la relación del ciudadano con la Administración independientemente de que en el aspecto interno de la relación de ambas Administraciones las circunstancias de cada caso concreto permitan la imputación a una sola de ellas o a ambas con cuantificación de la participación.

Solución esta de solidaridad que ya cuenta con tradición en el campo de la responsabilidad extracontractual (...)”.

Para la Sociedad Cooperativa las Administraciones regional y local han concurrido en la producción del daño alegado de forma solidaria, según se infiere del ejercicio de la acción ejercitada frente a cada una de ellas, fundada en los mismos hechos, fundamentos y cuantía indemnizatoria, sin que se haya concretado en el escrito de reclamación qué proporción corresponde a cada una de ellas, habiendo reclamado la totalidad del *quantum* indemnizatorio a ambas, sin perjuicio de sus relaciones internas.

Esta posición viene motivada en el presente caso por la dificultad de establecer *a priori* la presunta responsabilidad para cada Administración, atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención (primer criterio previsto en el artículo 140.2 LPAC), teniendo en cuenta que:

- Los hallazgos se produjeron de forma casual inicialmente en zonas no declaradas o protegidas previamente por dichas Administraciones.
- Las actuaciones de las Administraciones regional y local, en ejercicio de sus competencias, han estado coordinadas y consensuadas, como prueban las respectivas resoluciones adoptadas citadas en el escrito de reclamación (Antecedente Primero del presente Dictamen).
- *A priori* la Administración regional tutela con mayor intensidad los intereses del patrimonio cultural en el ámbito de la Región de Murcia, al ostentar específicamente tales competencias, que se ejercitan a través del centro directivo competente, conforme a la normativa descrita con anterioridad; pero ello no excluye que también tenga reconocida la competencia de protección y conservación el Ayuntamiento respecto a los bienes radicados en su término municipal y, más importante aún, dispone del instrumento urbanístico para integrar la protección de tal patrimonio en los planes urbanísticos municipales, como ocurre con la normativa de protección arqueológica incorporada al PGM de Murcia, que juega un papel importante en la resolución de la presente reclamación. Se reitera que en el presente caso no existía una previa declaración de protección de la zona por parte de la Administración regional, por lo que su actuación inicial se contrajo a las autorizaciones para las intervenciones arqueológicas.
- Según las partidas que integran la cuantía reclamada, puede distinguirse una mayor o menor intervención de la Administración regional o local, aunque también es cierto que las soluciones se adoptaron de forma coordinada.
- Los intereses beneficiados —la conservación de nuestro patrimonio cultural y la construcción de vivienda para jóvenes— también son objetivos compartidos por ambas Administraciones.

En todo caso, las acciones ejercitadas frente a ambas Administraciones vendrían amparadas en la reforma operada en el artículo 140 LPAC por la Ley 4/1999 (apartado 2), recogiendo la doctrina jurisprudencial expuesta con anterioridad, que establece que la responsabilidad será solidaria (al igual que en el artículo 18.3 RRP), cuando no sea posible dicha determinación para cada Administración, atendiendo a criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

2. Plazo.

En cuanto a los requisitos temporales, ha de partirse del presupuesto de que el derecho a reclamar prescribe al año siguiente al hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse el hecho lesivo (artículo 142.5 LPAC).

La acción ejercitada el 21 de febrero de 2008 cumple el plazo para su ejercicio en relación con las actuaciones de la Consejería consultante que se adoptaron, a partir de la citada fecha (el 21 de febrero), durante el año 2007, conforme a la descripción recogida en el Antecedente Primero, sin embargo, cabe realizar las siguientes observaciones respecto a resoluciones anteriores, cuyas partidas también se reclaman:

1ª) Respecto a las actuaciones de la Consejería adoptadas en el año 2006 y enero de 2007, que fueron notificadas y no recurridas en su momento por la reclamante, cabe sostener la extemporaneidad para reclamar los gastos arqueológicos correspondientes a las mismas.

2ª) La Sociedad Cooperativa x. reclama por la pérdida de terreno edificable en la manzana A y plazas de garaje en las manzanas A, B y C, si bien respecto a tales partidas se está ejercitando la acción de reclamación sin haber agotado los mecanismos de compensación previstos en la normativa del PGMO de Murcia, que otorga compensaciones de edificabilidad por aparición de restos arqueológicos, sin que conste en el expediente que haya sido solicitada por la interesada, según el informe del arqueólogo responsable de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, pese a que por parte del citado centro directivo se le indicaba tal posibilidad.

Además, para que pueda prosperar la acción de responsabilidad por una vinculación singular que lleve consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico (artículo 43 de la Ley 6/1998, hoy 35,b del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, aprobado por RD. Legislativo 2/2008, de 20 de junio, TRLS), el requisito exigido por la jurisprudencia para que surja el derecho a indemnización es que se hayan agotado todas las vías legalmente establecidas al efecto para que quede acreditado la imposibilidad de su compensación, recaeando la carga de la prueba en el que reclama (por todas, STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 1989), sin que conste en el expediente que se agotaran por la reclamante las citadas vías compensatorias, por lo que también cabría afirmar la extemporaneidad de su ejercicio respecto a las pérdidas de aprovechamiento alegadas.

TERCERA.- Procedimiento.

La identidad sustancial de las reclamaciones ejercitadas frente a la Administración regional y el Ayuntamiento de Murcia, sin que la reclamante haya distinguido la cuota de responsabilidad, hubiera aconsejado la tramitación de un único procedimiento, acogiéndose a la fórmula empleada por el artículo 18.1 RRP para los supuestos de actuaciones concurrentes de Administraciones con fórmulas colegiadas de actuación, que exige consultas preceptivas a la otra Administración, como pretendía el Ayuntamiento de Murcia (folio 350) cuando remitió inicialmente el escrito de reclamación al centro directivo competente de la Administración regional al objeto de que se integrara la tramitación, si bien el titular de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales (folio 352) rechazó tal posibilidad con fundamento en su incompetencia para la tramitación de la reclamación dirigida al Ayuntamiento.

Esta posibilidad de un único procedimiento se encuentra admitida por la STS, ya citada, de 15 de noviembre de 2003:

“La solidaridad señalada ha de producir una matización en las exigencias del privilegio de la decisión previa —art. 1.º 1 de la Ley Jurisdiccional— que quedarán cubiertas con el traslado al Municipio del recurso de reposición interpuesto ante la Comunidad Autónoma —art. 117.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo— y ya en la legislación hoy vigente por la consulta prevista en el citado art. 18 del Reglamento de 26-3-1993.

En el caso que ahora se examina, operando la responsabilidad de las Administraciones implicadas con carácter solidario y formulada la petición de indemnización en el escrito de recurso de reposición, habrá que concluir que el traslado de éste al Municipio resultaba bastante a los fines mencionados”.

En todo caso, tampoco existe obstáculo a la tramitación paralela de ambos procedimientos, que es la adoptada, en tanto se adecua a la pretensión ejercitada por la Sociedad Cooperativa, siempre y cuando se hayan otorgado los correspondientes trámites de audiencia a la otra Administración interesada, después de la instrucción y con anterioridad a la

propuesta de resolución; conviene recordar que la ausencia de este trámite en el presente procedimiento motivó que este Consejo Jurídico, por Acuerdo 5/2009, requiriera a la Consejería consultante para que completara las actuaciones con el otorgamiento de una audiencia al Ayuntamiento de Murcia, solicitando asimismo la resolución recaída en el expediente municipal, de haberse producido; después de completarse este trámite, puede afirmarse que el procedimiento se ha ajustado a lo previsto en los artículos 4 y siguientes RRP.

Queda por señalar que también este Consejo Jurídico consideró necesario disponer del testimonio de las actuaciones obrantes en las Diligencias Previas 4444/2006, seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia, como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste contra el Director General competente en materia de cultura, citadas en el expediente, puesto que, si bien “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan” (téngase en cuenta que el denunciante no es la Sociedad Cooperativa), conforme a lo dispuesto en el artículo 146.2 LPAC, sin embargo, la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal, en relación con las actuaciones de las Administraciones, sí se considera relevante para determinar la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Hechos probados en el orden jurisdiccional penal.

Sobre la incidencia del proceso penal en el posterior procedimiento de responsabilidad patrimonial y, en concreto, sobre la vinculación fáctica, el Tribunal Constitucional ha clarificado su alcance en la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, al enjuiciar el principio “*non bis in idem*”. En efecto, esta Sentencia viene a considerar que cuando un ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse el enjuiciamiento y la calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, puede hacerse con independencia si resulta de la aplicación de normativas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado ha recogido en su doctrina (Dictamen 2.554/94, de 16 de febrero de 1995) que el relato de los hechos, considerados por el Tribunal como probados, tiene una eficacia que trasciende del proceso penal para vincular en el procedimiento administrativo, de tal modo que de esos hechos probados hay que inferir si los mismos permiten sostener la responsabilidad de la Administración. La doctrina anteriormente expuesta ha sido recogida por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes (por todos, el núm. 46/98).

A diferencia de su posición en las actuaciones penales que seguidamente se expondrán, en donde se postulaba que la actuación de la Dirección General era conforme a los protocolos de actuación y a la legalidad aplicable (folio 520 de las Diligencias Previas 4444/2006), la Sociedad Cooperativa x. sostiene en el presente procedimiento administrativo que la actuación de la Administración ha sido desproporcionada por las medidas de excavación en extensión y la obligación de conservación *in situ* de determinados restos. Más aún, se llega a afirmar que “*las resoluciones de la Dirección General de Cultura y las de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia carecen del más mínimo fundamento o razonamiento que permitan a x. conocer los criterios de las Administraciones sobre la valoración de los restos cuya conservación se impone (...) el acceso a una vivienda digna*

está siendo obstaculizada por la actuación de la misma Administración que dice proteger sus intereses (folio 16).

Sin embargo, el Auto de 5 de enero de 2007 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia, confirmado por el de 2 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Murcia, sostiene:

“Por el contrario, todas las pruebas indican que las decisiones administrativas adoptadas al respecto han sido absolutamente diligentes y escrupulosas con la protección de los restos arqueológicos hallados en dicho terreno.

La arqueóloga del Ayuntamiento de Murcia declaró que en la tarde del día 13 de julio de 2006 la Policía Local les dió la noticia del hallazgo de posibles restos arqueológicos en el Plan Parcial de Espinardo ZAEd3 y que por ello se trasladó esa misma tarde al lugar para visitar la zona. La x. se puso en contacto con x., técnico arqueólogo de la Comunidad de Murcia, y ambos se personaron en la obra a la mañana siguiente. Tras la inspección del lugar la arqueóloga x. redactó el informe consensuado de fecha de 17 de julio de 2006 (expediente 21/06) que obra unido a las actuaciones, en el que se enumeraban las medidas que debían seguirse para la protección del hallazgo y se ordenaba la realización de una prospección arqueológica de cobertura total. Consta que dicho informe se remitió a la empresa urbanizadora x., que adoptó de inmediato las medidas propuestas, pues recepcionó el informe un viernes y el lunes siguiente ya había contactado con la empresa x. para que inspeccionara la zona, dirigiera las labores e hiciera una prospección del terreno para delimitar las zonas en las que presumiblemente podían hallarse restos arqueológicos a fin de condicionar en base a ellos las licencias de edificación. Está aportado a los autos y al expediente administrativo el estudio de prospección realizado por x., emitido en fecha de 26 de julio de 2006, en el que se delimitan los sectores y se diferencian en base a su impacto arqueológico. En base a dicho informe la Dirección General de Cultura emitió una resolución en fecha 28 de julio de 2006 (expte 652/2006) en la que acuerda las medidas de protección que se han de adoptar y establece dos zonas distintas de actuación: el área norte, que comprende las parcelas A, B, C, D, E, F, donde no se encontraron restos arqueológicos y el área sur, correspondientes a las manzanas G y H en las que se halló el yacimiento, señaladas y diferenciadas en los planos aportados por el informe de x. En estas dos últimas manzanas G y H, se ordenó la realización de un sondeo y una excavación arqueológica previa a la concesión de cualquier licencia de urbanización. En concreto se ordenó la ejecución de un amplio programa de sondeos que permitiera acotar con precisión la extensión y entidad del yacimiento a la luz de cuyos resultados se establecerían las eventuales medidas de protección que se estimaran convenientes. En el resto de manzanas, de las A a la F, se acordó, conforme a la legislación vigente, conferir un grado de protección C, consistente en otorgar las licencias de edificación condicionadas a un control y supervisión por parte de los técnicos arqueólogos y condicionadas a la suspensión de las obras en caso de hallazgo de algún resto arqueológico en dichas manzanas. En concreto, se determinó la obligación de supervisar arqueológicamente los movimientos de tierra necesarios para las obras de construcción previstas en esas parcelas y en el conjunto de los viales localizados en esa área. Finalmente, en los puntos donde se localizaron los restos con interés arqueológico en el sector de Equipamiento (zanja para el desvío de la acequia Alfatego) y en la zona de la calle D del Plan Parcial (zanja de saneamiento), se determinó la necesidad de emprender una excavación manual con metodología arqueológica previamente al inicio de las obras de construcción, que permita caracterizar, documentar, delimitar y efectuar una valoración cultural del yacimiento.

A la vista de toda la documentación aportada y, tal como se pudo apreciar asimismo en la prueba de inspección ocular, se alcanza la conclusión de que, desde el primer momento, se han acordado las medidas de protección necesarias y ha existido una total supervisión y control de las obras por parte de los técnicos de la empresa x. (...)

Fruto de esa labor fue la redacción del informe que se remitió a la Dirección General de Cultura en fecha de 2 de noviembre de 2006 y que dio lugar a la emisión de la Resolución del Director General de Cultura de fecha 7 de noviembre de 2006, en la que se ordena, a la vista del estudio realizado, la paralización de las obras en las parcelas A, B y C del Plan Parcial U.A. I ZaEd3 de Espinardo (Murcia) y se ordena la excavación arqueológica manual de todo el depósito con interés arqueológico existente en cada una de dichas parcelas”.

En las referidas actuaciones penales se concluye que las pruebas reflejan que la actuación llevada a cabo por parte de las Autoridades administrativas, en estrecha coordinación con el personal que realiza los trabajos de arqueología, resulta correcta y adecuada para la protección del patrimonio cultural e histórico, lo que será objeto de consideración al analizar las imputaciones de la reclamante para sostener la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

QUINTA.- Límites al contenido de la propiedad arqueológica.

En relación con los deberes de los titulares de los bienes integrantes del patrimonio cultural de la Región de Murcia (artículo 8 de la Ley 4/2007), con independencia de su categoría (bienes de interés cultural, bienes catalogados por su relevancia cultural y bienes inventariados), en nuestro Dictamen 188/2006 tuvimos ocasión de analizar los límites al estatuto de la propiedad cultural, señalando a este respecto:

“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.

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)”.

Aplicada la anterior doctrina al presente supuesto, ya puede adelantarse que las actuaciones de las Administraciones implicadas se han orientado a compatibilizar el desarrollo urbanístico previsto en el Plan Parcial ZA ED3 de Espinardo, con la conservación del patrimonio cultural por la aparición de restos arqueológicos, que ha permitido en todo caso materializar los derechos a la transformación urbanística y a edificar (artículo 78 y 81 TRL-SRM), ostentados por la Sociedad Cooperativa conforme a la legislación urbanística citada, en tanto las parcelas (salvo la E-1) se encuentran ya en fase de construcción (folio 357). La propia reclamante reconoce la materialización de estos derechos cuando señala: “*en los referidos terrenos, y después de una larga y complicada tramitación, se están ejecutando obras de urbanización y de construcción de más de 1.300 viviendas destinadas a jóvenes, en régimen de vivienda protegida (...)*”.

Por tanto, las medidas adoptadas por las Administraciones no han afectado al contenido esencial del derecho de propiedad, en la medida que han posibilitado tales derechos de transformación urbanística y de edificación, como integrantes del estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria del propietario de suelo urbanizable, y han sido proporcionadas a la función social del derecho de propiedad (artículo 33.2 de la Constitución), como más adelante se expondrá.

También conviene precisar que los terrenos de la Sociedad Cooperativa x. estaban clasificados inicialmente como suelo no urbanizable, en la zona NP, huerta perimetral (y por lo tanto, sin derecho a la transformación urbanística), siendo clasificados posteriormente como suelo urbanizable por la acción de las Administraciones, que suscribieron un convenio con la citada Cooperativa para la modificación del planeamiento, orientado a desarrollar actuaciones de vivienda protegida, según se publicó en el Boletín Oficial de la Región de Murcia el 24 de octubre de 2003. Por Resolución de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 24 de junio de 2005 se aprobó definitivamente la Modificación del Plan General que aprobaba el cambio de clasificación (publicado en el BORM de 20 de julio de 2005) y por Acuerdo plenario de 24 de noviembre siguiente se aprobó por el Ayuntamiento de Murcia el Plan Parcial del sector afectado, publicado el 31 de diciembre del mismo año. Por tanto, a la vista de estos antecedentes y de las resoluciones sobre las intervenciones ar-

queológicas posteriores, no está justificado el alegato de que la Administración regional ha obstaculizado el desarrollo urbanístico y el consiguiente acceso a la vivienda de los jóvenes cooperativistas, como postula la reclamante.

SEXTA.- Requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

La reclamación de responsabilidad patrimonial se sustenta por la Sociedad Cooperativa x, en que las resoluciones de la Dirección General competente en materia de Cultura imponen la obligación de conservar ciertos restos hallados como consecuencia de la excavación arqueológica, limitando “enormemente” su derecho de propiedad e incrementado notablemente el coste de ejecución de las viviendas, que han sufrido revisiones por la paralización de las licencias de construcción y por la modificación de los proyectos por imperativo de la Administración regional. Sostiene que existe una relación de causalidad entre el actuar de la Administración —centrado en las resoluciones descritas en el Antecedente Primero— y los perjuicios sufridos por la Sociedad Cooperativa.

Añade que el coste de la excavación arqueológica, aun generando un perjuicio, ha estado amparado en la normativa de aplicación en materia de intervenciones arqueológicas, a diferencia de las medidas de excavación en extensión y obligación de conservación, en el que el actuar de la Administración ha ido prescindiendo de las normas de procedimiento y de la legislación de patrimonio cultural, concluyendo que concurren todos los requisitos exigidos por la LPAC para que se reconozca la responsabilidad patrimonial.

Veamos, pues, en las siguientes Consideraciones la concurrencia en el presente supuestos de los requisitos descritos con anterioridad, para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial.

SÉPTIMA.- Imputación del daño al funcionamiento de la Administración competente en materia de protección cultural. Relación de causalidad.

Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que los restos arqueológicos atesoran un patrimonio soterrado y oculto, por tanto, susceptibles de protección y de intervención administrativa, que integran nuestro patrimonio cultural, como proclama el artículo 54.1 de la Ley regional 4/2007, lo que justifica plenamente la actuación administrativa, según reconocen los distintos informes de los especialistas obrantes en la documentación. Dicha competencia viene expresamente recogida en el artículo 57 de la referida Ley regional: “la

Dirección General con competencias en materia de patrimonio cultural podrá ordenar la ejecución de cualquier actuación arqueológica o paleontológica cuando se conozca o presuma la existencia de restos de interés arqueológico o paleontológico". En igual sentido, el artículo 43 LPHE.

Además, se consideran de dominio público los objetos y restos que posean los valores propios del patrimonio cultural y que sean descubiertos por azar o como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole hechas en lugares donde no pudiera presumirse la existencia de aquellos bienes (artículo 54.3 de la Ley 4/2007 y 44.1 LPHE), lo que también justifica la intervención.

La reclamante atribuye el daño a la actuación de la Administración, porque, claro está, para sustentar la presente acción no puede imputarlo al hecho de que hayan aparecido restos arqueológicos en los terrenos de su propiedad, donde no se presumía su existencia, habiendo quedado también probado en el expediente que el yacimiento no se encontraba en la Carta Arqueológica de la Región, ni tampoco era conocido para la Administración, lo que justifica plenamente la siguiente afirmación contenida en el informe del Servicio de Patrimonio Histórico del centro directivo (folio 364): *"la nueva situación creada en la Senda de Granada tiene su origen en un acontecimiento externo a la organización administrativa, la aparición de restos arqueológicos, que habitualmente se encuentran ocultos, lo que ha repercutido directamente en la actuación de esta Dirección General, en cumplimiento de sus obligaciones legales"*.

Cuando la Sociedad Cooperativa imputa el daño al funcionamiento de la Administración regional, incurre en evidentes contradicciones, tales como:

- En el escrito de reclamación (folio 14), se afirma que la Sociedad Cooperativa x. considera que las resoluciones dictadas por las Administraciones con competencias en esta materia vienen inicialmente amparadas en la legislación aplicable sobre patrimonio histórico. Más aún, respecto a cada una de las resoluciones adoptadas que cita, a las que atribuye el daño alegado, no sólo no especifica en qué aspectos contravienen el ordenamiento jurídico, sino que además no fueron recurridas en su momento, como se reconoce expresamente, aspecto que será tratado posteriormente.
- De otra parte, se afirma que el acceso a la vivienda digna está siendo materialmente obstaculizado por la Administración que dice proteger sus intereses (folio 16), cuando simultáneamente añade que la concurrencia de los intereses necesitados de protección en el presente caso es manifiesta (acceso a vivienda protegida y preservación del patrimonio arqueológico), si bien paradójicamente no confiere en este procedimiento la facultad para realizar tal ponderación a las Administraciones, frente a la posición mantenida en las actuaciones penales previas, en las que sí defendía la actuación del titular del centro directivo competente de la Administración regional a la hora de no otorgar inicialmente una mayor protección al yacimiento encontrado, según demandaba la Asociación de Vecinos de la Senda de Granada Oeste, en detrimento de la actuación urbanística prevista.

Se advierten también contradicciones entre el informe pericial arqueológico aportado por la parte (x, y. en lo sucesivo, como autores del mismo) y ciertos argumentos esgrimidos en el escrito de reclamación, acerca de los resultados de la excavación en relación con su coste, ya que como ponen de manifiesto los técnicos de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales (folios 369 a 371), estos peritos destacan el indiscutible valor

científico de los hallazgos, que aportan una importante información para el conocimiento de la evolución del poblamiento de la vega murciana en el periodo que abarca entre el estertor de Roma y el breve episodio bizantino, así como la necesidad de concluir las labores de campo y completar la información arqueológica. En este sentido afirman los peritos de parte: *“los trabajos se han llevado a cabo con rigores técnicos exigibles y la documentación arqueológica que hasta el momento ha generado, verbi gratia, los diversos informes de excavación sectoriales, y obviamente aún preliminares, constituyen una buena muestra de ello, como en su día ya puso de manifiesto el informe del Catedrático de Arqueología de la Universidad de Murcia, x., además de las inspecciones y supervisiones de la Dirección General de Cultura de la Comunidad Autónoma de Murcia”.*

El haber llegado a conocer arqueológicamente esta gran superficie de un yacimiento tan estructurado como complejo no hubiera sido posible sin la intervención arqueológica en extensión derivada del proyecto de construcción de la zona de Espinardo (...) Sin ninguna duda, pues, la valoración de los restos aparecidos, siempre desde el punto de vista del interés científico-arqueológico ha de ser del todo positiva (...)

Asimismo, en el sentido de recomendar la realización de una excavación en extensión para los sectores donde se habían constatado los restos, el perito judicial, x., Catedrático de Arqueología de la Universidad de Murcia, que señala (folio 374 de las Diligencias Previas 4444/2006):

“La excavación en extensión ya no puede ni debe estar condicionada por los trabajos previstos de urbanización, sino que se debe planificar en función de los problemas científicos que los hallazgos iniciales hayan suscitado. En este sentido, conocer con mayor precisión la entidad y cronología de la necrópolis de inhumación, puede ser un dato importante para determinar la entidad del yacimiento (...)

En consecuencia, tanto de las actuaciones penales previas, como del presente procedimiento, se desprende que la actuación de la Administración regional se ha ajustado al ordenamiento jurídico aplicable y ha ponderado los intereses en juego alegados por la Sociedad Cooperativa; tampoco cabe reputar de desproporcionadas las medidas de conservación de restos arqueológicos impuestas a aquella, cuestionadas por la parte reclamante, por las siguientes razones:

1º) Actuación en relación con la intervención arqueológica.

Tras el hallazgo casual de unos restos antiguos, como se ha descrito en el Antecedente Primero, las Administraciones acordaron unas primeras medidas preventivas tendentes a delimitar el patrimonio arqueológico, consistentes en la realización de una prospección arqueológica de todo el ámbito del proyecto, la limpieza y documentación de las zanjas donde se produjo el hallazgo, la excavación manual de las sepulturas y de aquellas que se localizaron con motivo de la limpieza, así como la supervisión arqueológica exhaustiva de todos los movimientos de tierra, todo ello encuadrado en la tipología de las distintas intervenciones arqueológicas recogidas en el artículo 55.1 de la Ley 4/2007, en relación con las obligaciones impuestas por los artículos 6.2 y 57 de la misma Ley a las Administraciones Públicas. En el mismo sentido, el artículo 43 LPHE.

A partir de los resultados de la prospección arqueológica, con la finalidad de no demorar la concesión de las licencias de obras (sic), según refiere el informe del Servicio de Patrimonio Histórico (folio 356), se otorgaron las licencias urbanísticas a las manzanas A-F, incluyendo una cláusula que establecía que los trabajos de remoción de los terrenos se

efectuaran bajo supervisión arqueológica y, en el caso de que dieran resultados positivos, daría lugar a la suspensión de las obras y al inicio de una fase de excavación.

Dicha posibilidad de condicionar la licencia de obras en estos supuestos viene expresamente recogida en la normativa de protección del PGMO de Murcia, concretamente en el artículo 10.2.6 (zonas de entorno arqueológico) que establece:

“La licencia municipal de otorgamiento de permiso de obras que implique remoción de terrenos, incorporará una cláusula que especifique la necesidad de que las obras sean supervisadas por un técnico arqueólogo designado (...) Si en el transcurso de los trabajos apareciesen restos arqueológicos que a juicio del arqueólogo responsable aconsejase la ejecución de una actuación arqueológica específica, se procederá a la suspensión de las obras (...)

Y en el artículo 10.2.5 para las zonas con restos arqueológicos:

“En aquellos proyectos para los que el informe previo de la Sección Municipal de Arqueología estime necesaria la ejecución de una supervisión arqueológica del proyecto, la licencia municipal de otorgamiento del permiso de obras incorporará una cláusula que especifique la necesidad de que las mismas sean supervisadas por un técnico arqueólogo (...) Si en el transcurso de los trabajos apareciesen restos arqueológicos que a juicio del arqueólogo responsable aconsejasen la ejecución de sondeos o excavaciones con metodología arqueológica, se procederá a la suspensión de las obras (...)”

Sobre la paralización posterior de las obras en determinadas parcelas, habilitadas las Administraciones por la citada normativa, fueron los mismos arqueólogos contratados por la Junta de Compensación los que recomendaron las suspensiones de los trabajos de construcción en aquéllas y acometer la excavación arqueológica en extensión del sector meridional (folios 421, 458, 496 de las Diligencias Previas 4444/2006).

La misma reclamante reconoce en su escrito que las actuaciones, en relación con la intervención arqueológica, han estado amparadas en la normativa aplicable y más importante aún, su adecuación ha sido reconocida en los Autos recaídos en las Diligencias Previas 4444/2006, citados en la Consideración Cuarta.

De otra parte, no puede achacarse a la Administración regional no haber ponderado los intereses en juego (el acceso a una vivienda y la protección del patrimonio arqueológico); prueba de ello es el otorgamiento de las licencias urbanísticas, si bien condicionadas a la referida cláusula, así como que sus resoluciones se han tramitado a la mayor brevedad posible, como se desprende del cuadro sinóptico obrante en el folio 373; en opinión de este Consejo Jurídico, la mayor prueba de la conjugación de intereses ya indicados es la continuación de las obras, integrando los restos arqueológicos considerados de interés para su conservación *in situ*.

2º) Actuación de la Administración en relación con la conservación *in situ*.

La Sociedad Cooperativa sostiene en el escrito de reclamación que se le ha obligado a la conservación de determinados restos y estructuras arquitectónicas halladas en el yacimiento, sin una previa, ni tan siquiera somera valoración de las mismas, y que las resoluciones de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de la Gerencia de Urbanismo carecen del más mínimo fundamento para conocer los criterios de valoración de los restos cuya conservación se impone.

Sin embargo, tales afirmaciones no se sustentan por los siguientes motivos:

a) Cada una de las resoluciones adoptadas por el titular del centro directivo de la Administración regional fue precedida de los correspondientes informes de los servicios técnicos de arqueología, que valoraban la conservación o no *in situ* de los restos encontrados. Por ejemplo, en relación con la parcela F-1, el informe del arqueólogo de la Administración regional, de 26 de abril de 2007, emitido con carácter previo a la resolución adoptada (folio 518), señala:

“la excavación ha permitido documentar silos, depósitos de vertederos de testares y un horno cerámico de época tardorromana. En relación con los restos exhumados, ultimados los trabajos de excavación y documentación, no se considera necesaria la adopción de otras medidas de conservación respecto a los silos y vertederos puesto que los restos que restan en la parcela corresponden a las interfaces negativas excavadas en el terreno estéril. En cambio, en relación al horno tardorromano de producción cerámica, localizado en uno de los ángulos de la parcela, dadas sus características y su estado de conservación, se considera necesario su mantenimiento in situ”.

Igualmente, en el informe del Servicio de Patrimonio Histórico obrante en el expediente, aparecen justificadas las soluciones adoptadas (folios 358 a 363).

b) Difícilmente es admisible que no se conocieran los criterios que sustentan tales soluciones por la Sociedad Cooperativa, cuando se señala en el expediente, por ejemplo, en relación con la parcela A, que *“de común acuerdo con los interesados, se planteó una modificación del proyecto inicial que contemplase una zona de reserva integrada dentro de la zona verde prevista al interior de la parcela, evitando cualquier afección a los restos excavados y posibilitando tanto la construcción del sótano como de los edificios proyectados”*(folio 358); también se alude a que se mantuvieron varias reuniones en las que se fueron perfilando algunos aspectos de los planos inicialmente presentados respecto a las parcelas B y C (folio 359). Además, la Sociedad Cooperativa presentó los proyectos modificados, sin cuestionar tal valoración ante la Administración regional.

c) El informe de los peritos de parte (x,y) contiene ciertas contradicciones con este planteamiento de la parte reclamante en contra de las medidas de conservación *in situ*, como destaca el informe del Servicio de Patrimonio Histórico, cuando señala:

“La Junta de Compensación ha propuesto como medida preventiva la modificación del proyecto de edificación previsto en la manzana A, reduciendo la amplitud del sótano y trasladando hacia el norte los edificios A 1 y A2. Desde el punto de vista de la conservación de los restos arqueológicos hemos de expresar que esta propuesta respeta el área arqueológica documentada y no causa ningún tipo de afección a los mismos, por lo que no vemos ningún obstáculo para su aprobación”.

Tampoco cuestionan la conservación del gran horno tardoantiguo de la parcela F-1, e incluso se apunta el interés de conservar la aceña medieval localizada en la parcela B, como un testimonio de los procesos productivos (folios 88 y 89).

Respecto a otros argumentos esgrimidos por los técnicos contratados por la reclamante en contra de la conservación *in situ* de determinados restos, los servicios técnicos del centro directivo competente suscitan la siguiente cuestión (folio 369): *“Cabe preguntarse, entonces, cuál es la diferencia respecto a los únicos restos que parecen quedar en cuestión (parcelas B y C), por cuanto su cronología, características y estados de conservación son similares a los de la parcela A”.*

d) Frente a las opiniones particulares y a veces interesadas en contra o a favor de una determinada opción, corresponde a las Administraciones la decisión, sustentada en razones técnicas, de adoptar las medidas de conservación de los restos más relevantes hallados en las parcelas A, B, C y F-1, de acuerdo con las previsiones del ordenamiento jurídico, como así lo reconoce la arqueóloga contratada por la Junta de Compensación (folio 122 de las Diligencias Previas 4444/2006): “*respecto a si se han de conservar in situ o no manifiesta que cree que esa es una medida que tiene que adoptar, en su caso, la Dirección General de Cultura (...)*”; en todo caso, las adoptadas se encuentran entre las previstas por la normativa de protección del PGM de Murcia (artículo 10.2.8) que establece, entre las formas de conservación de los restos arqueológicos inmuebles, la integración en construcciones, en solución arquitectónica que no menoscabe los restos, así como en espacios abiertos, en solución urbanística que garantice la puesta en valor del monumento y la calidad y funcionalidad del espacio resultante. Por lo tanto, no puede hablarse de desproporcionalidad, si se tiene en cuenta, además, que la zona donde se hallaron los restos se encontraba en el proceso de urbanización (sin haberse edificado aún) y con posibilidades de ajustes y modificaciones, difíciles de ejecutar en un casco urbano consolidado (folio 370). En modo alguno resulta convincente la aplicación al caso que nos ocupa, por el estadio de transformación urbanística en la que se encontraban los terrenos cuando se localizaron los primeros restos, otro de los argumentos esgrimido por los peritos de la parte reclamante para cuestionar las medidas de conservación *in situ* (folio 112): “*especialmente, con un gran proyecto de construcción aprobado y en avanzada fase de ejecución, vemos prácticamente imposible encontrar argumentos mínimamente serios y sólidos, para técnicamente proponer que se protejan estos restos arqueológicos y se hagan visitables*”.

e) Las decisiones adoptadas por la Administración regional, en relación con la conservación *in situ*, notificadas a la Junta de Compensación, no fueron recurridas en su día, ni se discutieron la valoración de los restos, presentando, por el contrario, la Sociedad Cooperativa los proyectos modificados que integraban los mismos, entendiéndose que la posición ahora sostenida contradice sus propios actos, posición que tendrá también su reflejo en el otro requisito determinante de la responsabilidad patrimonial: la antijuridicidad del daño. En este aspecto, el Consejo Jurídico sólo ha tenido conocimiento, a través del expediente municipal remitido (expte. 2568/06), que la reclamante ha recurrido frente al Ayuntamiento de Murcia un acto de comunicación del centro directivo competente en materia de cultura, de 11 de diciembre de 2007, en el que se informaba a la Gerencia de Urbanismo la finalización de la intervención arqueológica en la manzana A (folio 218); por el contrario, la Sociedad Cooperativa no recurrió la Resolución de 25 de octubre de 2007, adoptada por el titular del centro directivo en relación con la citada manzana, que contenía los criterios para la conservación de restos, con la indicación de la posibilidad de solicitar las medidas de compensaciones volumétricas (folio 163). También se ha tenido conocimiento, a través del mismo expediente municipal, que la reclamante ha recurrido algún acto municipal, con posterioridad a la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante la Administración regional (folio 193 y ss. del expediente municipal 2568/06).

Sin perjuicio de lo señalado, las notas anteriormente indicadas que caracterizan la aparición de estos restos arqueológicos, concretamente, la ajenidad a la organización administrativa y su imprevisibilidad, al no encontrarse su referencia en las fuentes escritas, contribuyen a no poder sustentar la imputación del daño a la Administración regional.

OCTAVA.- Antijuridicidad del daño.

Con independencia de lo anterior, puesto que el funcionamiento normal del servicio público puede también originar responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme a lo establecido en el artículo 139.1 LPAC, resulta esencial en el presente caso determinar si concurre otro de los requisitos necesarios para su reconocimiento, la antijuridicidad del daño, es decir si la Sociedad Cooperativa está obligada a soportar los daños alegados, jugando este requisito un papel relevante en el presente caso (art. 141.1 LPAC), en opinión de este Órgano Consultivo.

La aplicación de este principio al caso cabe ser analizada desde una triple perspectiva:

a) Del análisis de los límites de la propiedad por la aparición de restos arqueológicos (Consideración Quinta del presente Dictamen), ya se anticipó que las medidas adoptadas por la Administración regional no han afectado al contenido esencial del derecho de propiedad, en la medida que no se ha privado a la Sociedad Cooperativa de los derechos de transformación urbanística y de edificación, integrantes del estatuto jurídico del propietario de suelo urbanizable, y han sido proporcionadas a la función social del derecho de propiedad cultural (artículo 33.2 de la Constitución), conforme a la definición de las leyes que protegen dicho interés social. Así, el artículo 36.1 LPHE establece que los propietarios de bienes integrantes del patrimonio cultural deberán conservarlos, mantenerlos y custodiarlos. En el mismo sentido el artículo 8 de la Ley 4/2007, cualquiera que sea la categoría de protección asignada a los bienes.

Por tanto, se trata de límites que definen el contenido del derecho de propiedad cultural y, por tanto, no son indemnizables.

b) También están obligados los propietarios a realizar dicha intervención arqueológica en zonas con restos arqueológicos o de entorno arqueológico, por aplicación de la normativa de protección del PGMO de Murcia (artículo 10.2.5 y 10.2.6), y a que sean supervisadas por técnico competente. También por aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la Ley 4/2007, que establece que las actuaciones arqueológicas serán sufragadas por el promotor de las mismas, previsión que cobra aún más sentido en el seno de una actuación urbanística, que permite la justa distribución de beneficios y cargas (artículo 4.3 TRLSRM).

c) Respecto a las medidas adoptadas de conservación *in situ*, las resoluciones que se adoptaron por el centro directivo competente de la Administración regional son firmes por consentidas, ya que no consta en el expediente remitido que estén impugnadas (se otorgaron los correspondientes recursos de alzada ante el titular de la Consejería, según consta en el expediente), dato que es incompatible con la prosperabilidad de una acción de responsabilidad fundamentada en su ilegalidad (en lo que concierne a las medidas de conservación *in situ* tachadas por la reclamante de desproporcionadas y desmesuradas), ya que no permite sostener la antijuridicidad del actuar administrativo (Dictamen 7/2004 del Consejo Jurídico).

Asimismo, la Sentencia de 24 de abril de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, se basa, entre otros, en el mismo argumento (“las resoluciones dictadas por la Administración no fueron recurridas, por lo que resultaron consentidas por la propia parte”), para desestimar la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial allí ejercitada.

En consecuencia, el Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución, en cuanto que la Sociedad Cooperativa tiene el deber jurídico de soportar los daños alegados, cuyas cuantías reclamadas se analizan seguidamente.

NOVENA.- Cuantía indemnizatoria.

La Sociedad Cooperativa solicita una cuantía indemnizatoria de 8.899.867, 88 euros, por los distintos conceptos que se desgranán en el Antecedente Primero.

Por el contrario, la propuesta de resolución no entra a analizar cada una de las partidas, presumiblemente por su carácter desestimatorio, a diferencia del informe del Servicio de Patrimonio Histórico, que sí entra particularmente a su consideración (folios 371 a 375).

a) Gastos arqueológicos.

Por este concepto se solicita la cantidad de 3.321.626,31 euros, por las prospecciones, los sondeos, las excavaciones en extensión y específicas que se han ejecutado en las parcelas de su propiedad. En otro de los apartados incluyen 1.180.366,80 euros por las previsiones de la intervención arqueológica para cada una de las manzanas G y H.

Los gastos de las actuaciones arqueológicas, según el artículo 59.1 de la Ley 4/2007, citado con anterioridad, serán sufragados por el promotor de las mismas. En igual sentido, la normativa del PGMO aprobada con anterioridad a la citada ley regional, aplicable al momento de los primeros hallazgos y realización de prospecciones y otras intervenciones arqueológicas, establece como condicionante de la licencia urbanística en estas zonas la ejecución de una supervisión por un técnico arqueológico, y si aparecieran restos arqueológicos la realización de sondeos o excavaciones, según los casos (artículos 10.2.5 y 10.2.6). Es por tanto, una carga que debe asumir el propietario que pretende edificar en estos terrenos (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 1 de diciembre de 2008).

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 6 de noviembre de 2007:

“Tal hecho, el haber asumido que los gastos de financiación le competían a la actora, tal y como indicó la administración en el documento al que se imputa el origen del mal sufrido, impide posteriormente volverse contra el mismo, desde el momento en que si consintió la obligación de realizar las actuaciones arqueológicas y hacerse cargo de las cargas financieras que ello suponía, no puede ahora desconocerse. Como se recogía en la doctrina de la STC 73/1998, de 21 de abril, la doctrina de los actos propios encuentra su fundamento último en la protección que requiere la confianza, que fundamente se puede haber depositado en los comportamientos ajenos y las reglas de la buena fe, imponiendo el deber de coherencia con el comportamiento y limita por el ello el ejercicio de los derechos”.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 23 de julio de 2008.

Téngase en cuenta, además, lo indicado en la Consideración Segunda. 2, sobre la prescripción de la acción ejercitada respecto a los gastos arqueológicos derivados de las resoluciones de la Dirección General de Cultura adoptadas entre julio de 2006 y 20 de febrero de 2007, que fueron notificadas a la Junta de Compensación y no fueron recurridas.

De otra parte, al haberse alegado por la Sociedad Cooperativa x., como fundamento de su pretensión de indemnización, el artículo 43 LPHE, debe recordarse que el citado precepto, después de señalar que la Administración competente podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones en cualquier terreno, establece: “A efectos de la corres-

pondiente indemnización regirá lo dispuesto en la legislación vigente sobre expropiación forzosa”.

Esta remisión a la legislación en materia de expropiación forzosa a los efectos de la correspondiente indemnización, es referida al caso de que la Administración, en cumplimiento de los deberes que la legislación de patrimonio cultural le impone, se vea en la necesidad de ocupar temporalmente un inmueble a los efectos señalados (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 12 de abril de 2005). En el presente caso los arqueólogos que han actuado han sido por encargo de la propiedad, sin que la Administración haya ocupado temporalmente los citados terrenos.

Por último, tampoco consta en el expediente que la Sociedad Cooperativa solicitara en su momento ayuda financiera a la Administración regional para la realización de las intervenciones arqueológicas, posibilidad prevista en los artículos 2 del Decreto 180/1987 y en el artículo 59.2 de la Ley 4/2007, ni tampoco las compensaciones volumétricas reiteradamente indicadas por la Administración regional en sus resoluciones, notificadas a la Junta de Compensación, como más adelante se indicará.

b) Perjuicios por la paralización de las obras.

Según la reclamante, la intervención arqueológica ordenada por la Dirección General competente y la suspensión de licencias otorgadas por la Gerencia de Urbanismo han supuesto un considerable retraso en el inicio de las obras, que en algunas manzanas han alcanzado 15 meses, por lo que las empresas constructoras de los edificios han comunicado a la Sociedad Cooperativa x. la revisión de precios de determinadas partidas del presupuesto de ejecución de obras de las manzanas B y C, por importe de 187.965,06 euros y 180.138,97 euros, respectivamente, desconociéndose si con posterioridad se aplicará a otras, reservándose el derecho a incrementar tal partida.

La paralización de obras por la aparición de restos arqueológicos se encuentra prevista en la normativa de protección del PGMO de Murcia, concretamente en los artículos 10.2.5 y 10.2.6: *“si en el transcurso de los trabajos apareciesen restos que a juicio del arqueólogo responsable aconsejasen la ejecución de sondeos o excavaciones con metodología arqueológica, se procederá a la suspensión de las obras (...)”*. De hecho la paralización de los trabajos se propuso por los arqueólogos contratados por la Junta de Compensación (x), como se ha indicado con anterioridad. Además, dicha determinación se introdujo como *condictio iuris* en las licencias otorgadas, que son cláusulas que evitan la denegación de la licencia mediante la incorporación a éstas de exigencias derivadas del ordenamiento jurídico (STS, Sala 3ª, de 2 de febrero de 1989)

De otra parte, como insiste el informe del Servicio de Patrimonio Histórico del centro directivo (folio 372) la paralización de obras *“no son consecuencia de las decisiones adoptadas por la Administración regional, sino del hecho de la aparición de restos arqueológicos y la obligación de proceder a su excavación, estudio y valoración como paso previo a la reanudación de las obras, conforme a lo previsto en la citada normativa urbanística municipal”*. Muy al contrario, en atención a los tiempos consignados en el cuadro existente en el folio 373, puede afirmarse que la Administración regional ha tramitado a la mayor brevedad, sin que haya incurrido en demoras injustificadas que excedan de lo razonable, en atención a los bienes protegidos, ni conste ninguna denuncia de la reclamante por los retrasos ahora reclamados.

También conviene tener en cuenta que, coincidiendo con los primeros trabajos (verano 2006), la paralización del programa normal de medidas correctoras se produjo como consecuencia de la intervención judicial producida a instancias de las denuncias presentadas por la Asociación de Vecinos Senda de Granada Oeste, que demoró la ejecución de las excavaciones arqueológicas en cada una de las parcelas donde se habían detectado restos (tercera fase) hasta diciembre de 2006/ enero de 2007 (folio 357).

Por último, ha de tenerse en cuenta la complejidad de estas actuaciones, en las que además de proteger los intereses en juego encontrados, se requería la presentación de proyectos modificados ajustados al ordenamiento, la concurrencia de dos Administraciones y consideraciones técnicas a la hora de determinar las resoluciones más acordes con los intereses públicos (STS, Sala 3ª, de 8 de junio de 2006).

c) Micropilotaje.

La reclamante señala que en las manzanas B y C se han tenido que modificar los proyectos iniciales de obras, al objeto de contemplar la construcción en parte del edificio en esta zona sobre micropilotaje, de tal forma que los restos quedarán en la parte de abajo y se podrá acceder a los mismos por una escalera. Por estos conceptos reclaman la cantidad de 378.115,94 euros.

A este respecto, los técnicos informantes de la Dirección General señalan sobre el empleo de esta técnica (folio 374):

“Respecto al empleo de micropilotaje, aspecto limitado a una parte de las parcelas B y C, se ha de insistir en que se trata de la solución habitual para casos de integración de restos arqueológicos bajo edificios de nueva construcción y son, por tanto, las medidas técnicas que permiten hacer compatible el proyecto de nueva edificación con la conservación visitable de los restos más relevantes descubiertos, en solución arquitectónica que no menoscabe los restos según lo previsto en el PGOU de Murcia para estos casos (art. 10.2.8). Y en todo caso reiterar que se trata de la solución propuesta por la interesada que, al cumplir con las necesidades de conservación, ha contado con la autorización de esta Dirección General”.

De lo anterior se deriva que la Administración se encuentra habilitada por el artículo 10.2.8 PGMO de Murcia para la aplicación de esta técnica (“integración en las construcciones, en solución arquitectónica que no menoscabe los restos”), conforme a la propuesta realizada por la reclamante.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 6 de noviembre de 2007, incide —para desestimar el recurso— en que los gastos fueron asumidos sin queja de ninguna clase por la promotora, quien aceptó la obligación de llevar a cabo las obras de naturaleza arqueológica que se determinaron por la Administración autonómica, que no reaccionó en contra de la misma, por lo que asumió tal solución constructiva.

d) Pérdida de plazas de garaje y de terrenos.

Se señala por la reclamante que por la obligación de conservar determinados restos en las manzanas A, B y C se ha perdido terreno destinado a plazas de garaje, que concreta en 32, 50 y 58 plazas, respectivamente. Por este concepto se solicita la cantidad total de 2.317.392 euros.

También manifiesta que por la obligación de conservar los restos de estructuras tardo-romanas localizados en el sector meridional de la manzana A, pierde 1.800 m² de terreno edificable, lo que ha provocado el desplazamiento de dos bloques de edificios y la reducción considerable del espacio destinado a sótanos. Por este concepto se solicita un total de 153.900 euros.

En relación con tales partidas, los técnicos informantes de la Administración regional (folios 373 y 374) contraponen los siguientes argumentos:

- Las licencias estaban condicionadas a los resultados de la intervención arqueológica, por lo que los proyectos podían ser modificados en el caso de necesidad de conservación de los restos arqueológicos.
- A pesar de la reducción de plazas de garaje, siguen existiendo suficientes para todas las viviendas.
- Respecto a la pérdida de terreno en la manzana A, la solución propuesta por la reclamante y aceptada por la Administración regional, no implica la pérdida de edificabilidad, sino el reajuste de volúmenes que permiten conservar los restos al aire libre.
- Para estos supuestos existen, además, previsiones en el PGM de compensación volumétrica, que en el momento de la emisión de informe no se habían demandado por la reclamante.

Lo anteriormente indicado conduce a las siguientes cuestiones, que deben ser abordadas:

- 1ª) Compensación volumétrica por aparición de restos arqueológicos.

El PGM de Murcia establece con carácter general, como medidas de compensación, condiciones especiales de edificabilidad por aparición de restos arqueológicos. Así el artículo 10.2.9 prevé la alteración de las condiciones de edificación cuando los restos deban conservarse *in situ*, regulando diversas situaciones en función de si los restos se conservan integrados en la edificación, en la planta de sótano, cubiertos bajo la cimentación o integrados en espacios abiertos.

No consta que la reclamante haya hecho uso de tal posibilidad, como reiteran los técnicos informantes de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, e indicaban las resoluciones adoptadas por el citado centro directivo.

- 2ª) Vinculación singular por restricción de aprovechamiento urbanístico.

Para que surja el derecho a indemnización por vinculaciones o restricciones singulares, previsto en las legislaciones urbanísticas, el artículo 35,b) TRLS establece los siguientes requisitos:

“Las vinculaciones o limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto a construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o del uso que no sea susceptible de distribución equitativa”.

Por tanto, para que estas vinculaciones o limitaciones singulares sean indemnizables, es necesario que lleven consigo una restricción de aprovechamiento del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, de forma que se de una privación singular que vulnere el principio de equidistribución de beneficios y cargas.

La jurisprudencia ha fijado los criterios sobre esta modalidad indemnizatoria, señalando que han de agotarse todas las vías legalmente establecidas al efecto para que quede acreditada la imposibilidad de su compensación, recayendo la carga de la prueba en el que reclama.

En su aplicación al presente caso, resulta que:

- Las previsiones del PGMO de Murcia se aplican con carácter general a todos los propietarios afectados por la aparición de restos arqueológicos, por lo que, en ningún caso, se trata de una limitación singular impuesta a la reclamante.
- De otra parte, la Sociedad Cooperativa no ha acreditado pérdida de edificabilidad, pues de los informes obrantes en el expediente se desprende que se optado por la reordenación de volúmenes, por ejemplo en la manzana A. Por la pérdida de plazas de garaje, no consta que la reclamante haya solicitado la aplicación de las medidas de compensación anteriormente citadas.
- De lo anterior se deriva que no se han agotado por la reclamante todas las medidas de compensación para que pueda aplicarse esta modalidad indemnizatoria, de acuerdo con las previsiones del PGMO de Murcia.

DÉCIMA.- Recapitulación final.

En primer lugar, las actuaciones de la Administración regional se han acomodado al ordenamiento jurídico, conforme se desprende del presente procedimiento y de las actuaciones penales previas, sin que sea imputable el daño alegado al funcionamiento de la Administración competente en materia de protección cultural.

En segundo lugar, la Sociedad Cooperativa tiene el deber jurídico de soportar los daños alegados, derivados de los límites que definen el contenido del derecho de propiedad cultural, por otra parte consentidos y no recurridos en lo que concierne a las actuaciones del centro directivo competente. Además, las medidas adoptadas por la Administración regional no han privado a la Sociedad Cooperativa de los derechos de transformación urbanística y de edificación, integrantes del estatuto jurídico básico del propietario de suelo urbanizable, y han sido proporcionadas a la función social del derecho de propiedad cultural.

También las medidas de conservación *in situ* ordenadas por la Administración regional, asumidas por la reclamante, son acordes con la normativa de aplicación que se cita en el presente Dictamen.

Por último, respecto a los gastos por las intervenciones arqueológicas, de la normativa regional en materia de patrimonio cultural y del PGMO de Murcia se desprende que corresponden al promotor de la actuación urbanística, mientras que para otro tipo de perjuicios alegados (reducción de aprovechamiento o pérdida de plazas de garaje), no consta que la Sociedad Cooperativa haya solicitado los mecanismos compensatorios previstos en el Plan General citado, pese a que fue indicada tal posibilidad por el centro directivo competente.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la Sociedad Cooperativa x., al no concurrir los requisitos legalmente previstos, dictaminando favorablemente la propuesta de resolución elevada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 194/09.- Anteproyecto de Ley de Medidas en materia de Tributos Cedidos, Tributos Propios y Medidas Administrativas, año 2010.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)

Fecha: 05/11/09

Extracto de Doctrina

Partiendo de que el contenido institucionalmente aceptable de un Anteproyecto como el consultado deben ser las disposiciones 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, ya que, de no cumplirse esta limitación, se produciría una infracción del principio de seguridad jurídica (Dictamen 150/2007, entre otros), es evidente que la Disposición final segunda no cumple con tales postulados.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 22 de junio de 2009, la Dirección General de Tributos remitió a la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda el Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010, al que acompañaba una memoria justificativa, un informe del Servicio Jurídico Tributario de dicha Dirección General (que incluye una valoración sobre el impacto por razón de género de las medidas tributarias), las propuestas de la Intervención General, de la Dirección General de Presupuestos, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, de la Jefa del Servicio Económico-Administrativo del Instituto de la Juventud y los escritos de alegaciones de la Federación Murciana del Recreativo y de la Asociación Española de Casinos de Juego.

SEGUNDO.- El 26 de junio de 2009 el mismo Director General de Tributos remitió, también a la Secretaría General de la Consejería citada, la memoria económica del Anteproyecto, en la que cifra el impacto recaudatorio de las medidas propuestas en 4.837.449,99 euros para el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), 600.000 euros en el impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), 3.700.000 euros en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPAJD), 1.030.000 euros en los tributos del juego, y 50.000 euros para el conjunto de las modificaciones de las tasas. El 6 de julio siguiente el mismo Director General trasladó a la Secretaría General de la

Consejería consultante un escrito de la Secretaría General de la Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia, solicitando la derogación expresa del artículo 3, punto 2, de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social para el año 2007.

TERCERO.- El Anteproyecto fue informado por el Servicio Jurídico de la Secretaría General (6 de julio de 2009) y por la Vicesecretaría (también el 6 de julio de 2009). El texto fue conocido por la Comisión de Secretarios Generales y elevado por ésta al Consejo de Gobierno (8 de julio de 2009), que acordó, el 10 de julio de 2009, someterlo a los informes del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia y de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria, además del Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

CUARTO.- El Consejo Económico y Social emitió su Dictamen el 22 de septiembre de 2009; tras analizar el contenido del Anteproyecto concluye, en síntesis, lo siguiente:

- Valora positivamente que sus contenidos son exclusivamente tributarios.
- Considera que la memoria económica debería ser más completa, y falta información sobre la gestión de los tributos cedidos.
- Valora positivamente, aunque con matices, las medidas que se proponen respecto a los tributos cedidos.
- Considera adecuadas las modificaciones que afectan a las tasas regionales.
- También valora positivamente las modificaciones al texto refundido de la Ley de Hacienda.

Los miembros del Grupo I del Consejo Económico y Social y el miembro del Grupo Tercero que representa a la Unión de Consumidores de Murcia formularon voto particular discrepante con el Dictamen aprobado, al entender que el conjunto de deducciones tributarias no es equitativo; que la rebaja tributaria a los casinos y máquinas recreativas motivada en la crisis económica no está suficientemente justificada, ya que existen otros sectores económicos en los que la crisis incide con igual o mayor intensidad y con mayor impacto en términos de empleo, sin que el Anteproyecto incluya medidas fiscales para ellos; y que el Anteproyecto debería incluir las medidas necesarias para llevar a efecto lo acordado por el Consejo de Gobierno el 17 de abril de 2009 al ratificar el acuerdo suscrito por la Administración regional y las Organizaciones Sindicales.

QUINTO.- El 1 de octubre de 2009 la citada Dirección General de Tributos remitió a la Secretaría General de la Consejería un informe de esa misma fecha sobre las observaciones del Consejo Económico y Social, señalando las que se proponen para incluir en el Anteproyecto, adjuntando, además, un informe de 14 de agosto de 2009 de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria (Secretaría Permanente) emitido a los efectos del artículo 64.3,B) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, según el cual las medidas proyectadas se ajustan a las competencias normativas de las Comunidades Autónomas conforme están reguladas en la citada Ley 21/2001. No obstante indica, respecto al ITPAJD (artículo 3), que la fijación de exenciones atendiendo a características subjetivas de los obligados tributarios es contraria a la naturaleza objetiva del impuesto, pudiendo distorsionar su estructura interna, y respecto al artículo

5 (comprobación de valores), que se aclare la redacción del apartado VI de la Exposición de Motivos. A virtud de esta observación se rectificó el Anteproyecto.

Tras ello, elaborados el texto definitivo, el índice de documentos y el extracto de secretaría, fue solicitado el Dictamen al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 13 de octubre de 2009.

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.- Contenido y procedimiento.

I. El Anteproyecto se compone de 3 Títulos, 1 Disposición transitoria, 1 derogatoria y 1 final. El Título I, dedicado a los tributos cedidos, está integrado por 5 artículos, dedicados a deducciones autonómicas del IRPF (art.1), a reducciones autonómicas en el impuesto sobre sucesiones y donaciones (art.2), a normas del ITPAJD (art. 3), a la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar (art.4) y a la tasación pericial contradictoria (art.5). El Título II, relativo a los tributos propios, se compone de un artículo, el 6, relativo a las tasas regionales, que introduce hasta 7 modificaciones al Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio. El Título III se denomina “medidas administrativas” y se compone de un artículo, el 7, dedicado a modificar el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda. La Disposición transitoria única se refiere a las deducciones autonómicas en el IRPF; la Disposición derogatoria produce dicho efecto respecto a la Disposición adicional octava de la Ley 4/2009, que creó 3 impuestos por contaminación ambiental, y al apartado 3 del artículo 4 de la Ley 8/2004, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de función pública; y las Disposiciones finales contienen, la primera, una delegación legislativa al Consejo de Gobierno para elaborar y aprobar sendos textos refundidos, uno de disposiciones relativas a tributos cedidos y otro a tributos propios, y la segunda al Consejero de Educación, Formación y Empleo para aprobar los currículos de las enseñanzas de formación profesional; la entrada en vigor se prevé para el 1 de enero de 2010.

II. En cuanto al procedimiento seguido, aunque se han instruido los trámites procedimentales básicos establecidos por la Ley 6/2004 para el ejercicio de la iniciativa legislativa, no consta que se haya dado cumplimiento a la prescripción del artículo 2.2, inciso final, de la Ley 23/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, según la cual la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia remitirá a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado los proyectos de normas elaborados como consecuencia de las facultades normativas ejercitadas dentro del régimen de financiación de las Comunidades Autónomas, antes de la aprobación de las mismas. Carecen de valoración de impacto por razón de género las modificaciones normativas propuestas por la Intervención General y por la Dirección General de Presupuestos. Además, el informe de la Vicesecretaría no valora las alegaciones presentadas y no se pronuncia sobre las disposi-

ciones legales que se pretende derogar, aspectos de preceptivo tratamiento según el artículo 46.4 de la Ley 6/2004.

TERCERA.- Congruencia y cobertura competencial de las normas proyectadas.

Las normas recogidas en el Anteproyecto se encuentran en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma, particularmente las relativas a los tributos cedidos por el Estado, que se amparan en el artículo 43.1,b) del Estatuto de Autonomía y en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que introdujo las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en régimen común, estableciendo el alcance y condiciones de la cesión de tributos.

No obstante, partiendo de que el contenido institucionalmente aceptable de un Anteproyecto como el consultado deben ser las disposiciones 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, ya que, de no cumplirse esta limitación, se produciría una infracción del principio de seguridad jurídica (Dictamen 150/2007, entre otros), es evidente que la Disposición final segunda no cumple con tales postulados.

El expediente carece del fundamento, con el grado de detalle suficiente (art. 46.2 Ley 6/2004), de algunas de las medidas propuestas. Así, según la memoria, el artículo 4 establece unas deducciones en la tasa sobre juegos de suerte, envite o azar, a favor de las empresas operadoras de juego motivándola en que, como consecuencia de la crisis económica, sufren una “caída importante de los ingresos” y un descenso de su solvencia, siendo el fin de esta medida tributaria atenuar “en términos de empleo” estas notables caídas de ingresos. El hecho que fundamenta la medida —el descenso importante de ingresos— no se justifica en el expediente, que carece de un estudio que avale estas afirmaciones y, además, tratándose de una medida protectora del empleo, debiera haber partido de la Consejería competente, a la cual no se ha pedido tampoco su pronunciamiento.

También es de observar que las medidas propuestas no siempre se ajustan a los fines que las motivan. La Disposición final segunda faculta al Consejero de Educación, Formación y Empleo para aprobar los currículos de las enseñanzas de formación profesional para “agilizar la aprobación de los mismos”, cuando el procedimiento que ha de seguirse será igual, incluido el Dictamen de este Consejo Jurídico, ya que en el currículo concurren las notas características de reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma es cumplir con el mandato establecido por el artículo 6.4 en relación con el 46.1 de la Ley Orgánica de Educación (LOE). Se trata de un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición final quinta.

Por último, carece de motivación suficiente la Disposición derogatoria primera, que impide la entrada en vigor de una completa regulación sobre imposición ambiental que supuso la creación de 3 impuestos, con la única explicación de que “no mejora la redacción vigente de los mismos”. La derogatoria segunda, por su parte, parece referirse a un precepto que no está en vigor al haber sido derogado por el artículo 3 de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Anteproyecto sometido a consulta es conforme con el ámbito competencial autonómico.

SEGUNDA.- El Anteproyecto sometido a consulta también responde a los contenidos propios de su carácter, excepto en lo que se refiere a la Disposición final segunda.

TERCERA.- Las demás observaciones contenidas en el Dictamen contribuyen a su mejora y congruencia.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 195/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 09/11/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la establecida en el Dictamen 4.

DICTAMEN 196/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 09/11/09

Extracto de Doctrina

Con independencia de la valoración que se haga de la praxis médica en la asistencia al paciente por el Servicio de Urgencias, lo cierto es que no se llegó a establecer la etiología concreta de la enfermedad que el paciente presentaba y el alta hospitalaria se produjo sin agotar los medios diagnósticos al alcance, pues de haber permanecido ingresado el paciente, de 47 años de edad, se habrían realizado nuevas pruebas y se habría observado su evolución, con independencia del resultado final no predecible. Por tanto, cabe indicar la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera, por lo que resulta plenamente aplicable la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, ya formulada. En definitiva, se ocasionó un daño indemnizable (artículo 141.1 LPAC), que no es el fallecimiento que finalmente se produjo, como sostiene la parte reclamante, sino la citada pérdida de oportunidad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 15 de julio de 2005, x., en nombre y representación de x., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por deficiente prestación del servicio sanitario.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

A principios del mes de julio de 2004, el hijo de su representada x., de 47 años, acudió al Hospital Rafael Méndez de Lorca aquejado de dolores estomacales para su reconocimiento y realización de una endoscopia, que finalmente no se pudo practicar, siendo enviado a su domicilio.

El 15 de julio siguiente acudió al Servicio de Urgencias del citado Hospital por sufrir graves dolores, suministrándole suero, tras lo cual se procedió a darle el alta, remitiéndole a su domicilio.

Unas horas después, sobre las 4 del día siguiente, ya en su domicilio, el paciente sufrió una agudización de su dolor, que finalmente le provocó la muerte por fracaso cardio-respiratorio secundario a peritonitis.

Comparecieron en el domicilio familiar, además de los Servicios de Urgencia, la Guardia Civil del puesto de Águilas y el médico forense, que ordenó el traslado del cadáver al Instituto Anatómico Forense, a fin de practicarle la autopsia, en cuyo apartado “Consideraciones Médico Legales” se indica (folio 45): *“los hallazgos de la necropsia demuestran la existencia de una peritonitis por una infección masiva en la cavidad abdominal cuyo origen debe estar en las asas del yeyuno, que se encuentran más inflamadas y rodeadas de un exudado purulento”*, alcanzando la conclusión de que la causa de la muerte fue “fracaso cardiorrespiratorio secundario a peritonitis”.

Instruido Atestado (1.497/04), el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lorca incoó Diligencias Previa 1.531/04, que fueron archivadas mediante Auto de 9 de marzo de 2005, según la documentación que acompaña la parte reclamante (folio 48).

En el presente procedimiento se imputa a los servicios públicos sanitarios las siguientes actuaciones:

- Un error de diagnóstico, pues no se apreció en ningún momento la gravedad del paciente.
- No le practicaron las pruebas necesarias, acordes con la gravedad del caso, para detectar la etiología de sus padecimientos.
- No se ordenó el ingreso del paciente en el Hospital Rafael Méndez para observación y control de los síntomas, dándole el alta prematuramente. Tampoco se le remitió a ningún centro hospitalario donde le pudieran atender.
- El tratamiento suministrado el 15 de julio de 2004 no fue acertado, a tenor de los resultados.
- Al darle el alta prematuramente y remitirlo indebidamente a su domicilio, falleció sin ningún tipo de asistencia en presencia de su madre.

Concluye que los servicios sanitarios colocaron al paciente en una situación de abandono sanitario, pese al riesgo extremo para su vida, que desembocó en su fallecimiento, que se podía haber evitado.

En relación con el daño alegado, manifiesta que la reclamante, entonces de 70 años de edad (madre soltera del fallecido), era su único ascendiente, sin que tampoco tuviera otros descendientes; además, convivía con ella, contribuyendo a su mantenimiento, a través de trabajos ocasionales, recibiendo ayuda por presentar algún tipo de minusvalía.

Finalmente, el letrado actuante, cuya representación acredita, propone prueba documental y solicita la cantidad de 150.000 euros, atendiendo a los 47 años de convivencia exclusiva de la reclamante con el fallecido y a los criterios de relación entre ambos.

SEGUNDO.- Por Resolución de la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud de 21 de julio de 2005, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, notificándose a la reclamante, a la correduría de seguros para su traslado a la aseguradora del ente público, y al Director Gerente del Hospital Rafael Méndez, a efectos de la remisión de la copia de la historia clínica e informes de los profesionales que asistieron al paciente.

Igualmente se remite copia de la reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- Consta la historia clínica del paciente en el Hospital Rafael Méndez, así como un informe de la facultativa que le atendió, que señala lo siguiente (folio 57):

“El paciente x. fue atendido en este servicio el día 14-7-04 a las 21:03 horas, aquejado de dolor abdominal localizado en epigastrio y sensación de dificultad respiratoria, no objetivada por mí, ni mencionada por el mismo al realizarle la historia clínica. La exploración practicada, así como las pruebas complementarias realizadas, resultaron normales a excepción de una glucemia no basal algo elevada, que se aconseja control por su médico de Atención Primaria. Se instaura tratamiento sintomático con omeoprazol y analgesia, quedando el paciente asintomático, por lo que es dado de alta con diagnóstico de epigastralgia e hiperglucemia a las 0:38 h. del día 15-7-04.

Adjunto fotocopia de HC de urgencias, analíticas (hemograma, coagulación, bioquímica y gasometría) y ECG, quedando en la historia clínica los originales, así como la Rx de tórax y abdomen practicados ese día”.

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es evacuado el 2 de marzo de 2006 con la siguiente conclusión:

“La asistencia sanitaria prestada en los Servicios de Urgencias de Lorca el día 14-7-04 se ajustó a lo razonable, pues al paciente, una vez realizada la anamnesis, se le exploró y se le hicieron las pruebas complementarias adecuadas, procediéndose al alta tras comprobar que los resultados de las mismas no ofrecían indicios de patología que necesitase ingreso hospitalario, no demostrándose, por lo tanto, con los datos disponibles, negligencia en la actuación médica”.

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, el letrado actuante presenta escrito de alegaciones el 29 de marzo de 2006, sosteniendo, frente a lo argumentado por la Inspección Médica, que en el presente caso no existió un diagnóstico de los síntomas que presentaba el paciente, pues la epigastralgia no determina la etiología. Estos síntomas, en su opinión, sustentada en el Diccionario de Enfermería, podían hacer sospechar de una peritonitis localizada, sin que se acertara en su diagnóstico; pero, al menos, deberían haberle practicado una ecotomografía y un escáner, según indican los protocolos en el caso de sospecha de peritonitis localizada. En su defecto, el paciente debería haber quedado ingresado para observación y posterior realización de una ecografía, escáner y laparoscopia.

pia. Tampoco se consultó con el especialista del aparato digestivo, prosigue, que, ante los síntomas que presentaba podría haber ordenado su ingreso. Sin embargo, el paciente murió al día siguiente desatendido, en presencia de su madre.

Reitera, desde el punto de vista jurídico, los siguientes incumplimientos:

- El principio de eficacia que impone a la Administración el artículo 7 de la Ley General de Sanidad.
- Deficiente prestación de los servicios sanitarios.
- Conductas descuidadas de las que resulta un proceder irreflexivo. No se adoptaron las cautelas de generalizado uso.
- No se practicaron las pruebas, investigaciones o averiguaciones precisas para seguir la evolución del enfermo.

Acompaña a su escrito de alegaciones bibliografía médica sobre la sintomatología y vigilancia de la peritonitis localizada (folios 126 y 127).

SEXTO.- A la vista de la documentación aportada, se solicita informe complementario a la Inspección Médica, que hace constar el 5 de junio de 2006 que “*su análisis no modifica la valoración del informe previo, en el que nos ratificamos*”.

SÉPTIMO.- La Compañía Aseguradora x. aporta dictamen médico colegiado de 25 de agosto de 2006, que alcanza la conclusión de que los profesionales intervinientes actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*, no existiendo indicios de mala *praxis*, señalando que algunos informes por ellos analizados resultan ilegibles, por lo que se atienen a lo relatado por la Inspección Médica, indicando también que la propia evolución del cuadro será la que permita alcanzar un diagnóstico sobre la causa del mismo. Por último, manifiestan que las patologías detectadas en la autopsia (peritonitis y hemorragia pulmonar) resultaban imposible de diagnosticar en base a la clínica y resultado de las exploraciones realizadas el día anterior, sosteniendo que aparecieron con posterioridad a dicha asistencia (folio 142, apartado 8).

OCTAVO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia a la reclamante con las últimas actuaciones, el letrado actuante presenta alegaciones el 14 de febrero de 2007, reiterando el contenido del escrito de reclamación; en particular, destaca que el paciente presentaba todos los síntomas que los manuales señalan como propios de un cuadro clínico de peritonitis y no sólo se erró en el diagnóstico, sino que ni tan siquiera se reconocieron los síntomas, ni se sospechó de la existencia de una peritonitis. Interroga acerca de por qué no fue atendido por un especialista de medicina interna, e insiste en que las pruebas practicadas fueron insuficientes para establecer el diagnóstico preciso, pese a lo cual se envió al paciente a casa, sin que la remisión al médico de cabecera exima de responsabilidad. Rechaza la argumentación de los peritos de la aseguradora que afirman que la peritonitis apareció de forma inesperada, ya que considera que resultaba totalmente previsible, diagnosticable y tratable, incluso quirúrgicamente. Acompaña nuevamente bibliografía sobre la peritonitis (folios 155 a 161) y extrae las siguientes conclusiones:

1. El diagnóstico no existe o fue erróneo.
2. Existían síntomas claros e indicativos de la peritonitis que no fueron reconocidos.

3. Las pruebas practicadas al paciente fueron insuficientes y no adecuadas para el correcto y preciso diagnóstico.
4. No se sometió al fallecido a observación y vigilancia, ni permaneció ingresado hasta la obtención de un diagnóstico preciso previa realización de las necesarias pruebas.
5. No se consultó con el especialista en medicina interna o especialista en aparato digestivo.
6. El tratamiento fue inadecuado o insuficiente.

Finalmente, señala que el paciente falleció en menos de 28 horas, después de haber sido dado de alta hospitalaria y remitido en ambulancia a su domicilio, aquejado de fortísimos dolores, en presencia de su madre, y carente de toda asistencia. Lo único que pudo hacer la madre del fallecido fue avisar al 061, esto es, a los Servicios de Urgencias, que constataron su fallecimiento, que ocurrió entre las 3 y las 4 de la madrugada del día 16, según el certificado de defunción.

De dichas alegaciones se da traslado a la Inspección Médica a efectos de que elaborara un nuevo informe complementario, siendo emitido el 21 de marzo de 2007, en el sentido de hacer constar que *“no se aportan más datos de los ya existentes en el expediente, que nos hagan modificar la valoración previamente emitida”*.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 30 de marzo de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al entender que los facultativos del Servicio de Urgencias realizaron las pruebas diagnósticas necesarias a la vista de los síntomas que presentaba el paciente, descartando a la vista de los resultados la existencia de una patología que requiriese una actuación inmediata.

DÉCIMO.- Recabado el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, el representante de la reclamante presente escrito ante este Órgano Consultivo interesando que se le otorgue una audiencia y vista del expediente, así como la voluntad de su representada de alcanzar un acuerdo con la Administración regional y la aseguradora del ente público por una cuantía de 61.393,97 euros, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso (único hijo, septuagenaria, analfabeta, carente de medios económicos para afrontar un proceso judicial, etc.).

UNDÉCIMO.- El Consejo Jurídico evacuó el Dictamen 97/2008, informando la procedencia de completar la instrucción en los términos que se expresan seguidamente, debiendo de elevarse de nuevo el expediente para la emisión del Dictamen sobre las cuestiones de fondo planteadas (folio 198).

“En consecuencia, sería conveniente que dicho trámite diera respuesta a las siguientes cuestiones relevantes para la resolución de la reclamación, puestas de manifiesto por la parte reclamante:

1ª) De acuerdo con los síntomas que presentaba el paciente (dolor abdominal de varias horas de evolución, vómitos en una ocasión, heces diarreicas, abdomen molesto a palpación, dificultad respiratoria), y sus antecedentes (en octubre de 2001 presentó cuadro agudo de epigastralgia con vómitos, intolerancia a alimentos líquidos y sólidos, etc.), si la facultativa que le atendió en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez el 14 de julio de 2004 debería haber sospechado de un cuadro clínico compatible de peritonitis o,

al menos, haberlo descartado, mediante la realización de nuevas pruebas sumadas a las ya practicadas, antes de dar el alta al paciente en la misma noche (a las 0,38 horas del día 15 siguiente), teniendo en cuenta, además, los datos de la analítica (11.000 leucocitos, con 87% de neutrófilos).

2º) *¿Qué pruebas deberían haberse realizado al paciente si se hubiera sospechado de una peritonitis de acuerdo con el protocolo?*

3º) *Si la facultativa que le atendió en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez consultó con un especialista de medicina interna los resultados de las pruebas. En el caso de que la respuesta fuera negativa, en opinión de la Inspección, si debería haberse consultado con un especialista del aparato digestivo a la vista de los antecedentes clínicos del paciente, y de los resultados de las pruebas (entre ellas la analítica) previo a su alta; también si se le tendría que haber repetido las exploraciones cada cierto tiempo permaneciendo en el centro hospitalario, al que había llegado en ambulancia a las 21 horas del día 14 de julio, procedente del Servicio de Urgencias de Atención Primaria, pues la propia evolución del proceso podría dar el diagnóstico, según refieren los peritos de la aseguradora.*

Además, el Consejo Jurídico considera que deberían solicitarse los análisis toxicológicos, a que se refiere el informe de la autopsia (“se toman muestras de sangre que se remiten al Servicio de Laboratorio de este Instituto para la prácticas de estudios químico-toxicológicos”) al objeto de que puedan ser considerados por la Inspección Médica.

II. En cuanto a la documentación remitida, determinadas folios de la historia clínica, especialmente relevantes para la emisión de nuestro Dictamen sobre las cuestiones de fondo planteadas, no son legibles por su deficiente reproducción (folios 91 y 92), por lo que deberían ser remitidas otras copias en su sustitución y, si no fuera posible, su transcripción.”

DUODÉCIMO.- Completado el expediente por el órgano instructor, es remitido nuevamente a este Órgano Consultivo el 5 de mayo de 2009 (registro de entrada), destacando las siguientes actuaciones complementarias:

— Informe toxicológico de 26 de julio de 2004, que resulta negativo para las sustancias investigadas (folio 217).

— Informe complementario de la Inspección Médica, de 23 de febrero de 2009, en respuesta a las aclaraciones solicitadas por este Consejo Jurídico respecto a determinados aspectos de la *praxis* médica (folio 224):

“Respuesta a la pregunta 1): Según los datos de la historia clínica, no hubo evidencias de peritonitis.

Respuesta a la pregunta 2): Lo que a juicio del facultativo hubiesen aclarado la sospecha, de acuerdo con la exploración clínica y pruebas complementarias.

Respuesta a la pregunta 3): No teniendo conocimiento de más datos que los aportados al expediente, el cuidado del paciente en el Servicio de Urgencias corresponde a los facultativos allí destinados, y en base a los resultados de la evaluación realizada podrán solicitar otras opiniones profesionales.”

— Trámite de audiencia otorgado a la reclamante, y a la compañía aseguradora, presentado un nuevo escrito de alegaciones el representante de la primera (folios 232 a 237), en el que se ratifica en las imputaciones realizadas a la atención sanitaria prestada al pa-

ciente, insistiendo en que presentaba síntomas claros e indicativos de la peritonitis, siendo remitido por el médico de Atención Primaria de Águilas en ambulancia al Hospital de Lorca ese mismo día, al sospechar que su dolencia podía revestir gravedad, anotando en el historial “epigastralgia ¿ulcus?”. También insiste en que se le dio de alta prematuramente y se le remitió a casa en ambulancia (puesto que no se encontraba bien), devolviendo al paciente esa misma noche a su domicilio de Águilas, sin un diagnóstico de su dolencia, cuando debió quedar ingresado en el Hospital. También destaca, por la respuesta evasiva de la Inspección Médica, que la facultativa que le atendió en el Servicio de Urgencias no consultó con un especialista en medicina interna o del aparato digestivo, concluyendo que el tratamiento suministrado fue inadecuado e insuficiente, a la vista del fallecimiento del paciente a las 28 horas de ser dado de alta hospitalaria. Por último, frente a la opinión de los peritos de la aseguradora, que sostienen que la peritonitis apareció de forma inesperada con posterioridad, manifiesta que ya venía presentado síntomas desde que le reconoció el médico de Atención Primaria en Águilas y lo envió en ambulancia al Hospital; sobre la causa de su fallecimiento, tras el alta, se descarta el consumo de drogas o de alcohol, según el informe de toxicología.

— La propuesta de resolución, de 6 de abril de 2009, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, sustentada en que el paciente fue asistido en el Servicio de Urgencias y se le realizaron las pruebas necesarias para descartar la patología, cuyo resultado no reveló alteraciones importantes, confirmando el diagnóstico de epigastralgia, razón por la que los peritos de la aseguradora afirman que su fallecimiento pudo deberse a una evolución inesperada. Finalmente, sostiene que la obligación de la asistencia sanitaria es de medios, siendo acorde la analizada con 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, 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 condición de la reclamante 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 fallecido.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

2. 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 16 de julio de 2004 (folio 20), y la

acción de reclamación se presentó el 15 de julio de 2005, teniendo en cuenta, además, que las Diligencias Previas 1531/2004 fueron sobreseídas provisionalmente por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lorca, de 9 de marzo de 2005 (folio 48).

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP.

En relación con la instrucción complementaria recomendada por nuestro Dictamen 97/2008 en el presente expediente, justificada en la falta de actividad probatoria de la Administración, en relación con unas concretas imputaciones de la reclamante, que podría llevar a estimar la existencia de responsabilidad patrimonial —al no demostrar una actitud en acreditar los fundamentos por los que dicha actuación fue adecuada a los estándares admisibles en el funcionamiento del servicio (Memoria del Consejo correspondiente al año 1999)— no ha cumplido su finalidad, en tanto el informe de la Inspección Médica, que ha eludido la contestación a los interrogantes que se le suscitaban por este Órgano Consultivo sobre la *praxis* médica seguida, se ha limitado a remitirse a la historia clínica y a la actuación de la facultativa que le atendió, sin profundizar, como se esperaba, en determinados aspectos de dicha *praxis*, en relación con el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que el fallecimiento del paciente se produjo al día siguiente de su alta hospitalaria, siendo la causa de su muerte una parada cardiorespiratoria secundaria a una peritonitis (folio 29).

TERCERA.- 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.

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

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

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan a la Administración sanitaria y concreción de los hechos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

La reclamante achaca al Servicio Murciano de Salud, concretamente a la facultativa que le atendió en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez, las siguientes actuaciones u omisiones:

1. El diagnóstico no existe o fue erróneo.
2. Las pruebas practicadas fueron insuficientes y no adecuadas para el correcto y preciso tratamiento.
3. Existían síntomas claros e indicativos de la peritonitis.
4. No se sometió al fallecido a observación y vigilancia, ni permaneció ingresado hasta la obtención de un diagnóstico preciso, previa realización de las pruebas necesarias. Tampoco se consultó con un especialista de medicina interna o del aparato digestivo antes del alta hospitalaria.

En suma, la parte reclamante, no sin cierta ironía sino fuera por el resultado luctuoso, sostiene que el paciente fue enviado por el médico de Atención Primaria de Águilas al Hospital Rafael Méndez por epigastralgia (dolor en la región superior y media del abdomen) y fue devuelto por el mismo motivo (epigastralgia) esa misma noche, sin un diagnóstico de su dolencia, falleciendo al día siguiente (fue encontrado muerto). Sostiene, además, que el paciente presentaba síntomas sugestivos de una peritonitis.

Frente a tales imputaciones, la propuesta de resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al sostener que la obligación de la Administración sanitaria no es de resultados, sino de medios, y la facultativa que trató a la paciente en el Servicio de Urgencias realizó las pruebas necesarias a la vista de los síntomas que presentaba, descartando la existencia de una patología que requiriese una actuación inmediata.

A la vista de las imputaciones realizadas por la reclamante, la instrucción inicial y complementaria, que ha durado más de 3 años, así como los informes evacuados en el procedimiento, que no han permitido despejar algunas de las dudas que suscita el presente caso, el

Consejo Jurídico considera necesario, para centrar las imputaciones realizadas, relacionar, en primer lugar, los antecedentes que motivaron que el paciente acudiera al Hospital Rafael Méndez y su estado en aquel momento, según la historia clínica:

— El 14 de julio de 2004, a las 19,16 horas, el paciente acudió al Servicio de Atención Primaria de Águilas, anotando el médico que le atendió, entre otros aspectos, sobre su estado general (folios 91 y 210):

“Motivo de la consulta: A. P de epigastralgia.

Explorar. Se encuentra muy alterado, vómitos, sin posos y diarrea desde ayer. (...)

Diagnóstico: epigastralgia ¿ulcus?

Derivo al Hospital por la no mejoría del paciente.”

Unos 8 o 10 días antes —dato no controvertido por la instrucción— el paciente estuvo en el Hospital Rafael Méndez realizándose unas pruebas estomacales, y al introducirle el tubo, al parecer, no pudo pasar de la boca del estómago (declaración de la reclamante en el procedimiento abreviado 1531/2004).

— El mismo día 14 fue trasladado en ambulancia desde Águilas al Hospital Rafael Méndez de Lorca, registrándose la hora de ingreso a las 21,03 horas en el Servicio de Urgencias del citado Hospital (folios 92 y 211). En el parte de este Servicio se anota por la facultativa que le atendió:

“Antecedentes: ulcus hace años cicatrizado, colelitis. Barro biliar.

Motivo de la consulta: consulta por epigastralgia de unas 8 horas de evolución según refiere. Vómitos en una ocasión y heces diarreicas.

Exploración: C y O (consciente y orientado). REG (regular estado general). Delgado.

Abdomen blando, depresible, molestia a palpación.

Rx torax y abdomen: sin hallazgos patológicos.

ECG: sin cambios con los antiguos.

(...)

Juicio Diagnóstico:

Epigastralgia

Hiper glucemia.

Recomendaciones terapéuticas:

Control de glucemia por su médico de cabecera.

Nexium Mups: 1 comprimido por la noche.”

En el informe posterior emitido por la misma facultativa, de 30 de agosto de 2005, añade que *“el paciente x. fue atendido en este servicio el día 14 de julio de 2004 a las 21,03 horas, aquejado de dolor abdominal localizado en el epigastrio y sensación de dificultad respiratoria, no objetivada por mí ni mencionada por el mismo al realizarle la historia clínica”*.

— Fue dado de alta esa misma noche, a las 0,38 horas del día 15 (habían pasado, aproximadamente, 3 horas y media desde su ingreso).

— Cuando recibió el alta hospitalaria fue trasladado en ambulancia a su domicilio de Águilas, lo que evidencia, según la reclamante, que no se encontraba en buenas condiciones.

— El paciente falleció en la madrugada del día 16, a las 3 o 4 horas según la autopsia (por fracaso respiratorio secundario a peritonitis), siendo encontrado muerto a la mañana siguiente.

De otra parte, el informe toxicológico que también fue recabado por este Consejo Jurídico en la medida que algún informe suscitó ciertas dudas sobre la causa de la muerte, es negativo para las sustancias investigadas (folio 217).

Alcanzado este punto, procede entrar a analizar la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.

QUINTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Incidencia en el caso del principio de facilidad probatoria y de la doctrina de la pérdida de posibilidades.

Ante la activa actitud probatoria de la parte reclamante a lo largo de la tramitación del presente expediente, orientada a acreditar las cuatro imputaciones descritas con anterioridad, apoyándose en cierta bibliografía que se acompaña, que sin duda ha suscitado dudas razonables sobre determinados aspectos de la *praxis* médica seguida con el paciente, como más adelante se expondrá, este Órgano Consultivo, como se ha adelantado en la Consideración Segunda, recomendó al órgano instructor, que ya lo había intentado sin éxito con anterioridad (Antecedentes Sexto y Octavo), que se aclararan determinados aspectos de la *praxis* seguida con el paciente, por parte de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (conocida como la Inspección Médica), facilitando para ello las dudas suscitadas (Antecedente Undécimo), y teniendo en cuenta su condición de órgano al que la normativa regional (Decreto 15/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba su Reglamento de Ordenación) atribuye la elaboración de los informes técnico-sanitarios en los expedientes de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, que se instruyan por el Servicio Murciano de Salud, u otros departamentos de la Administración regional que así lo soliciten (artículo 14.6,a), con plena autonomía funcional (artículo 12), sirviendo con objetividad los intereses generales (artículo 9).

Sin embargo, en el presente caso su actuación no ha respondido a lo esperado y no ha permitido esclarecer tales cuestiones, considerando insatisfactorio y poco convincente el resultado de la instrucción complementaria recomendada (con anterioridad se intentó dos veces por el órgano instructor) lo que obliga, sin más, al Consejo Jurídico a entrar a considerar las cuestiones de fondo planteadas, teniendo en cuenta, desde la perspectiva jurídica, la distribución de la carga de la prueba, como advertimos en nuestro Dictamen 97/2008:

“En este sentido, la ausencia probatoria de la Administración instructora podría llevar a estimar la existencia de responsabilidad patrimonial al no demostrar una actitud en acreditar los fundamentos por los que su actuación fue adecuada a los estándares admisibles en el funcionamiento del servicio (Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999).”

Veamos, pues, las imputaciones a dicho funcionamiento por parte de la reclamante, en contraste con la instrucción y con la propuesta de resolución elevada a este Consejo Jurídico:

1. En primer lugar, se sostiene que el diagnóstico no existe o fue erróneo; esto último, obviamente, se infiere del resultado, pues el paciente fue diagnosticado de epigastralgia, falleciendo, tras el alta hospitalaria, por una insuficiencia respiratoria secundaria a una peritonitis (a las 28 horas, aproximadamente), como destaca el médico forense en su autopsia (folios 44 y 45), cuando describe la causa de su fallecimiento: *“los hallazgos de la necrosis demuestran la existencia de una peritonitis por una infección masiva en la cavidad abdominal cuyo origen debe estar en las asas del yeyuno que se encuentran más inflamadas y rodeadas de un exudado purulento”*.

Ciertamente, el error en el diagnóstico *per se* no genera responsabilidad patrimonial, como destaca la propuesta de resolución al referirse a que la asistencia sanitaria no implica una obligación de resultados, siempre y cuando, claro está, que dicho error no se haya producido por haberse omitido determinadas pruebas necesarias para intentar esclarecer la patología que sufría el paciente, en atención a los síntomas que presentaba (omisión de medios).

2. Respecto a los síntomas que presentaba el paciente, en relación con la segunda imputación de la reclamante sobre la insuficiencia de pruebas realizadas al mismo, puede admitirse que las ordenadas inicialmente por la facultativa del Servicio de Urgencias fueron las adecuadas para averiguar la etiología del dolor abdominal (analíticas, radiografía de tórax y abdomen, y electrocardiograma), según señalan la Inspectoría Médica y los peritos de la aseguradora (folio 138), puesto que los dolores de abdomen constituyen una de las causas más frecuentes de atención en los Servicios de Urgencias, siendo el objeto de su valoración por estos Servicios no tanto el diagnóstico preciso de la causa del dolor abdominal, sino distinguir aquellos casos que requieren una atención inmediata, de aquellos cuyo estudio y tratamiento se puede continuar de forma ambulatoria, aunque conviene destacar que en el presente caso no se logró ni el diagnóstico preciso, ni la valoración de que el paciente requería una atención, al menos, continuada en el centro hospitalario.

Respecto al resultado de las pruebas, se señala por la facultativa que le atendió (folio 57), que las complementarias resultaron normales, salvo una glucemia, si bien el informe de la Inspectoría Médica no despeja totalmente las dudas cuando, en alusión al examen de la radiografía simple de abdomen realizado conjuntamente con el Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico, refleja que la imagen es anodina.

Sin embargo, no se desprende de la historia clínica, sino todo lo contrario, que el paciente presentara un buen estado general, según afirman los peritos de la aseguradora, pues el parte de asistencia cuando ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez detalla que su estado era regular, teniendo en cuenta, además, que el médico de Atención Primaria de Águilas le había remitido al Hospital en ambulancia porque su “estado no mejoraba”, tras padecer varias horas de dolor abdominal.

3. Sobre la tercera imputación realizada por la reclamante acerca de que el paciente presentaba síntomas claros e indicativos de una peritonitis, aportando bibliografía médica al respecto, este Consejo Jurídico ha tratado de contar con un juicio técnico, sin conseguirlo (instrucción complementaria recomendada en nuestro Dictamen 97/2008), acerca de si la facultativa que le atendió en el Servicio de Urgencias debería haber sospechado de un cuadro compatible con la peritonitis (dolor abdominal de varias horas de evolución, abdomen molesto a la palpación, vómitos en una ocasión, heces diarreicas y dificultad respiratoria), antes de darle el alta hospitalaria. Sin embargo, las respuestas dadas por la Inspección Médica, a quien se le requería un juicio terapéutico de la actuación, limitándose en su con-

testación al historial y a la decisión adoptada en el caso por la médica responsable, no ha despejado las dudas que suscita la cuestión, como se ha indicado con anterioridad, sin que tampoco aclare esta cuestión el informe pericial de la aseguradora del ente público, que llega a aseverar que la peritonitis apareció con posterioridad a dicha asistencia, si bien cabría preguntar a qué se debieron los síntomas que presentaba el paciente con anterioridad, más aún cuando la médico forense reconoce en la autopsia una infección masiva de la cavidad abdominal (folio 45).

Esta ausencia de prueba en contrario perjudica en el presente caso a la Administración, por las razones transcritas con anterioridad (Memoria del año 1999) y también por aplicación del principio de facilidad probatoria, en función de la mayor disponibilidad de medios probatorios al alcance de cada parte, criterio recogido por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 217.6 señala: “(...) *el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio*”.

4. Restaría por considerar la cuarta imputación de la reclamante, sobre las razones por las que el paciente no quedó ingresado en el centro hospitalario a la espera de su evolución y para la realización, en su caso, de nuevas pruebas. Además, se cuestiona el alta hospitalaria sin que la facultativa dispusiera de la opinión de un especialista de medicina interna o del aparato digestivo.

A este respecto, los propios peritos de la aseguradora manifiestan que en los casos estables hemodinámicamente y en los que no existe rigidez abdominal, la localización del dolor ayudará a plantear un diagnóstico diferencial, siendo lo más razonable la observación del paciente, repitiendo las exploraciones cada cierto tiempo. Señalan en este sentido:

“En concreto y por su interés en el caso la localización epigástrica del dolor orienta a la presencia de ulcus péptico, esofagitis, rotura de esófago, pancreatitis y cardiopatía isquémica. En estos casos lo más razonable es la observación del paciente repitiendo la exploración física y las exploraciones que se consideren necesarias cada cierto tiempo ya que la propia evolución del proceso puede dar el diagnóstico (...)”

Ha de tenerse en cuenta, además, como antecedentes significativos en este caso, que el estado del paciente previo a su ingreso (Consideración Tercera), motivó que el médico de Atención Primaria de Águilas lo enviara en ambulancia esa misma tarde (llegó a las 21 horas del día 14), porque no mejoraba con evolución de varias horas, y que el centro hospitalario le diera el alta tres horas y media después de su ingreso (0,38 horas del día 15), trasladándole en ambulancia a su domicilio, sin que conste en el historial la consulta a un especialista de medicina interna o del aparato digestivo sobre el resultado de las pruebas, cuya valoración también fue solicitada por el Consejo Jurídico a la Inspección Médica, sin obtener respuesta; y, más importante aún, que el paciente falleciera 28 horas después del alta hospitalaria (a las 3 o 4 horas de la madrugada del día 16) en su domicilio, debido a una peritonitis.

A la vista de lo expuesto, cabría plantearse, por tanto, si como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario se privó al paciente de la oportunidad de obtener la curación o una mejoría de haber permanecido ingresado en el centro hospitalario. Ello conduce, inexorablemente, a la doctrina de la pérdida de oportunidades, que este Consejo Jurídico considera plenamente aplicable al presente caso, y que se justifica, como señalamos en nuestro Dictamen núm. 35/2008:

“Sin embargo, como sostiene la propuesta de resolución, la actuación del Hospital Morales Meseguer generó una pérdida de posibilidades u oportunidades terapéuticas, concurriendo, por tanto, un título de imputación para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que nos conduce a la conocida doctrina jurisprudencial de pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, puesta de manifiesto, entre otros, por nuestro Dictamen 71/2006, que afecta esencialmente a los supuestos de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, y a los de tratamiento o asistencia tardía.

La consecuencia de la aplicación de esta doctrina es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidades de obtener una curación en tiempo oportuno, como recoge la STS, Sala 3ª, de 4 de julio de 2007, y que, conforme a los datos obrantes en el expediente, sólo podía obtenerse en función de porcentajes muy bajos atribuibles a esa posibilidad de recuperación.

Así se señala en la sentencia citada: “Es por ello que el Tribunal de instancia ha modulado la total indemnización a percibir teniendo en cuenta que ésta solamente debía de cubrir esa pérdida de oportunidad de ser sometido a un tratamiento óptimo, e informado de la existencia del mismo en el extranjero, pero tomando muy en consideración que ello no garantizaba una completa sanidad puesto que, aunque la prontitud de la intervención elevaba las posibilidades de recuperación, había de partirse necesariamente de unos porcentajes muy bajos de curación.

Por ello, y rectificando la existencia en el presente caso de una concurrencia de culpas como erróneamente expresa la sentencia recurrida, dado que, en puridad, no existe esa concurrencia de culpas, sino una ponderación de la indemnización a satisfacer en función de las circunstancias especiales concurrentes, la cifra resarcitoria señalada por el Tribunal de instancia no puede ser rectificada en función de (...), ni tampoco en la aplicación de los baremos sobre responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación que, como reiterada doctrina de esta Sala ha establecido, tienen un mero carácter orientador, siendo necesario destacar que, en cualquier caso, la cifra señalada por el Tribunal de instancia, como expresamente recoge el mismo en el párrafo primero de su fundamento de derecho cuarto, ha sido ya actualizada debidamente para comprender en la cantidad fijada (...) la plena indemnidad del perjuicio sufrido por el recurrente resultante de una pérdida de oportunidad de ser sometido a un mejor tratamiento en tiempo oportuno que, en cualquier caso, solo garantizaba en muy bajo porcentaje la posibilidad de recuperación”.

También por su interés al caso que nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de abril de 2008:

“La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, así como las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis, que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio (...).”

En suma, en el presente supuesto, con independencia de la valoración que se haga de la praxis médica en la asistencia al paciente por el Servicio de Urgencias, lo cierto es que no se llegó a establecer la etiología concreta de la enfermedad que el paciente presentaba y el alta hospitalaria se produjo sin agotar los medios diagnósticos al alcance, pues de haber permanecido ingresado el paciente, de 47 años de edad, se habrían realizado nuevas pruebas

y se habría observado su evolución, con independencia del resultado final no predecible. Por tanto, cabe indicar la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera, por lo que resulta plenamente aplicable la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, ya formulada. En definitiva, se ocasionó un daño indemnizable (artículo 141.1 LPAC), que no es el fallecimiento que finalmente se produjo, como sostiene la parte reclamante, sino la citada pérdida de oportunidad.

SEXTA.- Cuantía indemnizatoria.

Si bien inicialmente la parte reclamante solicitaba la cantidad de 150.000 euros, posteriormente, a través del escrito presentado ante este Órgano Consultivo el 17 de septiembre de 2007, que también se trasladó a la Consejería consultante, se modificó la petición inicial, solicitando alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la Administración regional por un montante de 61.393,97 euros, citando para ello los conceptos indemnizatorios del baremo de indemnizaciones por accidentes de circulación correspondiente al año 2007, por las razones que se esgrimen en el folio 201 (septuagenaria, residencia en una zona deprimida de Cuevas del Disco en el municipio de Águilas, situación personal que roza la indigencia, carencia de medios económicos para afrontar pruebas periciales, etc.).

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

Sin embargo, en el presente caso, el daño a indemnizar no es el fallecimiento del paciente, sino la pérdida de oportunidades, como se ha manifestado anteriormente, aspecto sobre el que nada se razona en el expediente instruido, puesto que se propone su desestimación.

Por tanto, 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 adecuado.”*

Asimismo en nuestro Dictamen 71/2006 se señaló que la valoración de la pérdida de oportunidades, necesariamente compleja, ha de basarse en criterios orientativos y equitativos.

Por ello, partiendo de la cantidad reclamada por la parte reclamante —algo inferior a la que le correspondería por aplicación del baremo indicado para el año 2005, fecha en la que ocurrieron los hechos (artículo 141.3 LPAC)—, el órgano instructor habrá de determinar las posibilidades de supervivencia en el caso de que el paciente hubiera permanecido ingresado en el Hospital y, consecuentemente, establecer el porcentaje indemnizatorio correspondiente a la pérdida de oportunidad; en su defecto, el 50% de la cantidad propuesta (30.697euros), más la actualización correspondiente, conforme a nuestro criterio, expresado, entre otros, en el Dictamen 4/2006.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al considerar que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración, procediendo a la estimación parcial de la reclamación (Consideración Quinta).

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria habrá de determinarse de la forma prevista en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 197/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 09/11/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 12.

DICTAMEN 198/09.- Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de las estructuras sanitarias de atención primaria de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 09/11/09

Extracto de Doctrina

Conforme con la jurisprudencia constitucional y el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedi-

miento Administrativo Común, el reglamento puede introducir especificaciones al cuadro de infracciones previamente establecido en las leyes (en nuestro caso, en la ley ya citada, o en otras que pudieran ser de aplicación en la materia), lo que es algo distinto a la tipificación “ex novo” de las mismas.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de febrero de 2008, la Jefe del Servicio de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Dirección General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica de la Consejería de Sanidad emitió una memoria justificativa de un Proyecto de Decreto, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de las estructuras sanitarias de atención primaria de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- El 7 de marzo siguiente, el titular de dicho centro directivo formuló propuesta a la Consejera de Sanidad para la tramitación del Proyecto.

TERCERO.- El 24 de marzo de 2008 se emite una memoria sobre la repercusión económica de la aprobación del Proyecto.

CUARTO.- Mediante oficios de 24 de septiembre siguiente se remite el borrador de Proyecto a los Colegios Profesionales, asociaciones empresariales y otras entidades interesadas, presentando alegaciones de mejora técnica del texto los Colegios Profesionales de Médicos y de Farmacéuticos y la Asociación Empresarial de Oficinas de Farmacia de Murcia.

QUINTO.- El 27 de noviembre de 2008, el Consejo de Salud de la Región de Murcia informó favorablemente el Proyecto.

SEXTO.- El 4 de febrero de 2009 se emite informe sobre el impacto por razón de género de la futura norma.

SÉPTIMO.- Mediante oficios de esa fecha se remite un nuevo borrador de Proyecto a las entidades interesadas, al que se incorporan modificaciones puntuales derivadas de las alegaciones presentadas.

OCTAVO.- El 27 de abril de 2009, la Jefa del Servicio de Desarrollo normativo de la Secretaría General de la Consejería emite informe, con el visto bueno del Vicesecretario, en el que, tras analizar la tramitación y fundamento legal del Proyecto, se pronuncia favorablemente a su aprobación, con la introducción de algunas modificaciones puntuales para la mejora técnica del texto.

NOVENO.- Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 23 de junio de 2009, del que, en síntesis, se destaca su consideración de que la memoria económica formulada resulta insuficiente y que el proyectado artículo 25 contiene una determinación sancionadora que no se ajusta a las exigencias del principio de legalidad en esta materia, junto a otras observaciones puntuales para la mejora técnica del texto.

DÉCIMO.- El 6 (debe ser 26) de junio de 2009, el Subdirector General de Asuntos Económicos del Servicio Murciano de Salud emite un informe en el que se analizan algunos aspectos del Proyecto con repercusión económica en el presupuesto de dicho año.

UNDÉCIMO.- El 15 de julio de 2009 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Secretario General de la Consejería en el que, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando un nuevo texto de Proyecto de Decreto y el expediente, con su extracto e índice reglamentarios. Dicho texto constituye el objeto del presente Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un Proyecto de Decreto que constituye desarrollo reglamentario de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia, y de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, concurriendo el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista del expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente con lo establecido al respecto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, y demás normativa aplicable en la materia. Se echa en falta, no obstante, un informe en el que se hubieran analizado las alegaciones presentadas y el consiguiente razonamiento sobre su aceptación o no, como medio más adecuado para motivar las decisiones luego tomadas en los correspondientes borradores. No obstante, en el presente caso, a la vista de la naturaleza de las alegaciones presentadas, de simple mejora técnica del texto, y de su confrontación con los correspondientes borradores, puede deducirse, en lo esencial, las razones de las decisiones tomadas a este respecto, por lo que no se considera imprescindible requerir ahora tal informe.

TERCERA.- Competencia autonómica y cuestiones de legalidad.

I. Como se desprende de la Exposición de Motivos y del artículo 1 del Proyecto, éste tiene como objeto el desarrollo reglamentario de la legislación estatal básica y regional aplicable en materia de servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos farmacéuticos en el ámbito de la atención sanitaria primaria en la Región de Murcia.

Partiendo de la competencia regional de desarrollo normativo y ejecución de las bases estatales en materia de sanidad (artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía), el artículo 103 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, atribuye a los servicios de farmacia de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud las funciones de custodia, conservación y dispensación de los medicamentos, bien para su aplicación en los centros de dicho nivel asistencial, bien para los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud.

Asimismo, el artículo 81 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, contempla, entre las funciones de los servicios de farmacia de las estructuras de gestión de atención primaria, la de garantizar y asumir la responsabilidad técnica de la adquisición, calidad, correcta conservación, cobertura de

las necesidades, custodia, preparación de fórmulas magistrales o preparados oficinales y dispensación de los medicamentos para ser aplicados dentro de los centros de atención primaria, y de aquellos medicamentos para los que se exijan una particular vigilancia, supervisión y control, así como otras funciones en esta materia.

Por otra parte, el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, establece las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, entre los que incluye los servicios de atención primaria y los depósitos de medicamentos.

En el plano regional, la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia, establece en sus artículos 31 a 35 el régimen jurídico de los servicios de farmacia de las estructuras de atención primaria y el de los depósitos de medicamentos en este nivel asistencial, estableciendo respecto de estos últimos (que también han de ser de productos sanitarios, en el sentido dado a este concepto por la ya citada, y posterior, Ley 29/2006) que los centros públicos de atención primaria que no cuenten con servicio de farmacia y no estén obligados a tenerlo, y los centros de titularidad privada de este nivel sanitario asistencial, deberán disponer de tales depósitos en los supuestos que reglamentariamente se determinen; depósitos que se vincularán a un servicio de farmacia de los anteriormente citados o a una oficina de farmacia.

Considerando que la legislación básica estatal obliga a disponer de tales servicios de farmacia a "*las estructuras de gestión*" de atención primaria, el Proyecto establece que, en cada una de estas estructuras administrativas existentes en cada Área de Salud, deberá existir uno de estos servicios farmacéuticos (artículo 3.2), y que, en las Áreas de Salud con Gerencias Únicas (es decir, con una estructura de gestión unificada), los servicios de farmacia del nivel asistencial hospitalario y del nivel de atención primaria podrán estar integrados en un solo servicio, que tendrá las funciones de ambos (artículo 3.3).

A partir de lo anterior, es decir, de la existencia de tales servicios farmacéuticos en cada estructura de gestión sanitaria, el Proyecto establece la necesidad de poseer un depósito de medicamentos en los Centros de Salud (es decir, en los centros propiamente asistenciales), en los Servicios de Urgencias en Atención Primaria (SUAP) y en los Puntos de Atención Continuada (PAC); y, respecto de los centros de atención primaria privados, en aquellos que dispongan de medicamentos para su aplicación en el propio centro (artículo 7.1).

Asimismo, el Proyecto establece el régimen de vinculación o dependencia de tales depósitos de medicamentos, disponiendo que los existentes en centros asistenciales públicos se vincularán a uno de los servicios de farmacia existentes en la correspondiente estructura u órgano de gestión de atención primaria (artículo 8.1), y que los depósitos existentes en los centros privados se vincularán a una oficina de farmacia de la zona farmacéutica donde se ubique dicho centro, de entre las oficinas que voluntariamente lo soliciten, y por turno rotatorio (artículo 8.2). Asimismo, y conforme con lo previsto en el citado Real Decreto 1277/03, se sujeta a previa autorización administrativa el establecimiento de tales servicios de farmacia y depósitos, que deberán reunir los requisitos establecidos en el Proyecto. A este respecto, debe tenerse en cuenta también que el artículo 34 de la citada Ley regional 3/97 establece que reglamentariamente se establecerán los procedimientos de autorización y registro de dichos servicios y depósitos, así como los requisitos, localización y condiciones técnico-sanitarias de los mismos, aspectos que asimismo se incluyen en el Proyecto.

Las reseñadas determinaciones del Proyecto, que configuran lo esencial del régimen jurídico de los servicios farmacéuticos y depósitos de medicamentos y productos sanitarios

objeto del mismo, deben considerarse acordes con lo establecido en las referidas normas legales, o reglamentarias básicas, de obligada observancia, por lo que no hay reparos que oponer al Proyecto desde la perspectiva de su respeto competencial y habilitación legal.

II. Sin perjuicio de lo anterior, debe realizarse una observación al artículo 25 del Proyecto desde la perspectiva de su ajuste a las exigencias constitucionales sobre el principio de legalidad en la tipificación de las infracciones administrativas.

Dicho precepto expresa que *“sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier tipo en que se pueda incurrir, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Decreto constituirá, en su caso, infracción administrativa, aplicándose a tal efecto el régimen sancionador previsto en la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.”*

Tal y como está redactado, parece que el futuro Decreto tipificaría por sí mismo una serie de infracciones (los incumplimientos de las obligaciones establecidas en el mismo) cuya respectiva sanción deberá hallarse en la citada Ley. Es claro que tal tipificación de infracciones *“ex novo”* no sería aceptable, por cuanto, conforme con la jurisprudencia constitucional y el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el reglamento puede introducir especificaciones al cuadro de infracciones previamente establecido en las leyes (en nuestro caso, en la ley ya citada, o en otras que pudieran ser de aplicación en la materia), lo que es algo distinto a la tipificación *“ex novo”* de las mismas.

Por ello, resulta más correcto que el proyectado artículo 25 establezca que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Decreto se sancionará, en su caso, de acuerdo con el régimen de infracciones establecido en la citada ley u otras aplicables por razón de la materia, o expresión análoga.

Por otra parte, debe añadirse que, examinado el régimen sancionador previsto en dicha Ley 3/97, se observa que, en general, contiene una adecuada previsión de conductas infractoras en la materia, cuya especificación viene a completar el Proyecto mediante el establecimiento de las diferentes obligaciones que prevé; sin perjuicio, además, de que, en hipótesis, en algún caso hubiera que acudir a otras leyes a los efectos de hallar la adecuada predeterminación legal a estos efectos.

CUARTA.- Otras observaciones al Proyecto.

Sin perjuicio de lo anterior, procede realizar otras observaciones para la mejora del Proyecto.

— Artículo 3.3.

Debe mejorarse y simplificarse la redacción: *“...mientras que para el resto de los farmacéuticos adscritos al servicio, la especialidad de farmacia hospitalaria será considerada de forma preferente.”*

— Artículo 6.4,e).

Completar: *“Fármaco-terapéutica...”*.

— Artículo 7.1.

Sería más correcto expresar: “*De entre los centros de atención primaria de titularidad pública, dispondrán de un depósito de medicamentos los centros de salud y, en su caso (...); y, de entre los centros de atención primaria de titularidad privada...*”.

— Artículo 9.1.

Corregir: “*En los depósitos de medicamentos de su ámbito geográfico...*”.

— Artículo 12.1.

En su segundo párrafo, precisar: “*El traslado de los servicios de farmacia y de los depósitos de medicamentos y productos sanitarios requerirá la obtención de una nueva autorización de funcionamiento para las nuevas instalaciones...*”.

En su tercer párrafo, precisar: “*Asimismo, en los supuestos de integración (...) se requerirá una nueva autorización sanitaria de funcionamiento*”.

— Artículo 12.2.

Completar: “*La autorización sanitaria de modificación de la de funcionamiento faculta a los titulares de los servicios (...) para realizar cambios en la estructura y titularidad de los mismos, en su caso, así como en las restantes condiciones originarias que fundamentaron su otorgamiento, y será exigible de modo previo a dichos cambios.*”

— Artículo 14.3.

Precisar: “*El procedimiento (...) se incoará por la Dirección General...*”.

— Artículo 15.

En su número 1, corregir: “*El interesado que pretenda iniciar un procedimiento...*”.

En su número 2, corregir: “*Registro de Recursos Sanitarios Regionales*”.

En su número 3, completar: “*Las solicitudes de autorización de servicios de farmacia deberán...*”.

En su número 4, completar: “*Las solicitudes de autorización de depósitos de medicamentos y productos sanitarios...*”.

— Artículo 20.

En su número 1, corregir y completar: “*La autorización caducará si, en el plazo (...) siguiente al que se hubiera recibido la notificación de su otorgamiento, no se hubiesen puesto en funcionamiento (...). La resolución por la que se declare la caducidad se adoptará previa audiencia de los interesados...*”.

En relación con lo previsto en sus números 2 y 3, debe señalarse que no parece necesario anudar al transcurso del plazo de vigencia de la autorización, sin solicitar su renovación, el efecto jurídico de su caducidad, y la consiguiente necesidad de dictar una resolución al efecto, sino que simplemente habrá de considerar extinguida aquélla (de forma que el interesado no podrá ya solicitar su renovación, sino solicitar una nueva, en su caso). Dado que la simple extinción de la autorización por agotamiento de su plazo de vigencia dejaría al interesado sin título habilitante para el funcionamiento del correspondiente servicio o depósito, parece claro que, de pretenderlo, aquél deberá solicitar su renovación con la antelación que se establezca a este respecto.

— Artículo 21.

Dicho artículo establece un régimen de comunicación a la Administración para las modificaciones de carácter no sustancial de las condiciones que sirvieron de base para el otorgamiento de la autorización de funcionamiento (el precepto se refiere a cualquier modificación no sustancial “*que altere la situación originaria que consta en la documentación aportada al expediente de autorización*”), añadiendo que, si a la vista de tal comunicación, la Administración considera que la modificación pretendida requiere autorización de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Proyecto, lo comunicará al interesado para que presente la oportuna solicitud de modificación de la autorización, regulada en dicho artículo. Este último exige tal autorización de modificación en los supuestos de traslado e integración de servicios, casos en los que no parece haber duda de que se trata de modificaciones sustanciales. También añade que la autorización de modificación de la de funcionamiento habilita para realizar cambios “*en la estructura y titularidad*” (de los servicios y depósitos de que se trata, se entiende), “*así como en las restantes condiciones originarias que fundamentaron su otorgamiento*” (tanto si la modificación afecta a otras condiciones originarias sustanciales como a las no sustanciales). Tampoco parece haber duda de que los cambios en la estructura y titularidad de tales servicios y depósitos son modificaciones sustanciales. En todos estos casos, es claro que no rige el sistema de comunicación previa de las modificaciones, sino la obligación directa de solicitar la autorización de modificación.

Considerando que no se dedica un precepto, análogo al ahora comentado, para el supuesto de modificaciones sustanciales (sin perjuicio de la deducción de lo anterior, por contraste entre los proyectados artículos 12 y 21), sería conveniente incluir uno nuevo en el Decreto que abordase este aspecto, y en el que se estableciese que las modificaciones sustanciales de las condiciones que motivaron el otorgamiento de la autorización de funcionamiento requerirán previa autorización, especificando que, entre otras posibles (no tasadas), se considerarán como modificaciones sustanciales los supuestos de traslado e integración de servicios o depósitos y los cambios en la estructura o titularidad de los mismos. Asimismo, y para mayor seguridad jurídica, deberían especificarse cualesquiera otros supuestos que sea posible prever en el Decreto.

De esta manera, en el actual artículo 21.3 debería sustituirse la referencia al artículo 12 por una más directa y expresiva al nuevo artículo que se propone.

— Disposición transitoria única, 2.

Corregir y completar: “*Transcurrido el plazo previsto en el número anterior sin que por los titulares de los centros se hayan solicitado las correspondientes autorizaciones, se procederá, previa audiencia a los interesados, a ordenar la clausura de las instalaciones afectas al servicio de farmacia o depósito y el cese de sus actividades, sin perjuicio de la instrucción del correspondiente expediente sancionador*”, o similar.

En general, debe revisarse la puntuación del texto, especialmente en lo que se refiere a la utilización de las comas.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto objeto de Dictamen, sin perjuicio de lo expresado en la Consideración Tercera sobre su artículo 25.

SEGUNDA.- Para la mejora del texto, deberían introducirse las modificaciones expresadas en la Consideración Cuarta del Dictamen sobre los siguientes preceptos del Proyecto: artículos 3.3; 6.4,e); 7.1; 9.1; 12.1 y 2; 14.3; 15.1 a 4; 20; 21 y Disposición transitoria única, 2.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 199/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 16/11/09

Extracto de Doctrina

Sobre la duración de la llegada al domicilio de la ambulancia medicalizada y si dicho tiempo es o no razonable, resulta evidente que en sentido abstracto y general siempre será mejor una disponibilidad de medios mayor en el servicio de ambulancias medicalizadas, como indicamos en nuestro Dictamen 201/2008, pues con ello se mejora la atención sanitaria y se disminuye el riesgo para la salud de los ciudadanos; pero, en el presente caso, se trata de examinar si, a la vista de los hechos acreditados en el expediente, existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de junio de 2006, x, y, z, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por los siguientes hechos según describen:

“Antes de comenzar con el relato de los hechos que dan lugar a esta reclamación, hemos de decir que nuestra madre era una anciana de 97 años de edad que presenta, antes de su ingreso el 22/4/2006 en el Hospital Morales Meseguer, los siguientes antecedentes personales: encefalopatía vascular y ACV isquémicos crónicos cerebelosos y occipitales izquierdos, hasta ese momento caminaba con dificultad precisando andador; intervenida de cataratas bilaterales y de desprendimiento de retina en dos ocasiones; artrosis generalizada desde hace dos años con limitación para deambulación desde hace aproximadamente 20 años; patología intestinal, posibles pólipos o diverticulitis con dolores abdominales autolimitados frecuentemente (...)

El pasado 22 de abril de 2006, a partir de las 8,30 de la mañana, ante el mal estado que presentaba nuestra madre (la encontramos por la mañana arreactiva, obnubilada, desconectada del medio, con los ojos abiertos, afásica), y tremendamente nerviosos y asustados dada la edad de la misma y lo delicado de su salud, realizamos diversas llamadas al servicio de urgencias del 061 y 112 solicitando urgentemente asistencia sanitaria inmediata, a pesar de lo cual no recibimos respuesta por lo que, movidos por la angustia de la situación y la falta de asistencia sanitaria urgente, la policía local, que se encontraba por las inmediaciones del domicilio, tras preguntarnos qué ocurría, también requirió la presencia inmediata al servicio de urgencias.

Finalmente, y después de una larga y tensa espera, se personó el servicio de urgencias, concretamente a las 9,40 horas, es decir, una hora y diez minutos después de nuestras llamadas y las de la Policía Local solicitando asistencia médica.

Una vez personado dicho servicio, la paciente fue trasladada al servicio de urgencias del Hospital Morales Meseguer, donde fue atendida desde las 10 horas hasta las 13,34 horas de dicho día, pasando a continuación al Servicio de Medicina Interna de dicho Centro Hospitalario, en planta, a las 13,35 horas, donde permaneció hasta el 8 de mayo de 2006, día en que la paciente presentó deterioro neurológico progresivo hasta exitus.”

Los reclamantes consideran que la tardanza de los servicios de urgencias les produjo una profunda angustia, zozobra, impotencia, etc., en definitiva un sentimiento de abandono y desolación, por lo que consideran que existe un daño moral que debe ser indemnizado en la cuantía de 30.000 euros.

Por último, proponen como prueba documental las transcripciones escrita de las llamadas efectuadas por los familiares, así como los protocolos que rigen la actuación de los servicios de ambulancias.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de junio de 2006, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, que se notificó a las partes interesadas, y se solicitó tanto a la Gerencia del 061, como al Servicio de Emergencias 112, la transcripción escrita de las llamadas efectuadas por los familiares, relativas a los hechos que sustentan la reclamación.

Por parte de la Gerencia del 112 se remitió un CD-ROM con las grabaciones de las llamadas (folio 42 y 42 bis), y por la Gerencia de Emergencias del 061 se remitió el registro de las llamadas realizadas (folios 27 a 29).

TERCERO.- Por la Gerencia de Atención Primaria de Murcia se remitió copia de la historia clínica e informe del Coordinador SUAP de San Andrés, Dr. x., según el cual:

“Después de leer la historia clínica, de hablar con x., médico que atendió a x., de examinar el informe (P.A.) del CCU (Centro Coordinador de Urgencias) y ver la interpretación de este informe que me facilita x. (Coordinador Médico del CCU), entiendo que los hechos ocurrieron así:

- *Nuestra ambulancia de atención a domicilio estuvo ocupada realizando otros servicios en domicilios hasta las 08:46.*

- *A partir de esta hora se puso en contacto un operador del 061 para informarnos del aviso en la Avda. de Zarandona, 100. En la historia clínica consta la hora en que se terminó de escribir los datos de filiación y la dirección, 08:55.*

- *Posteriormente vuelven a llamar del CCU para corregir el número del domicilio, nº 98 en vez de 100.*

- *Llegan al domicilio sobre las 9:30 horas (según el P.A. a las 9:35 horas informa el conductor al CCU que el médico está en el domicilio de la enferma).*

- *Después de explorar a la enferma, hace un diagnóstico de presunción de A. C. V. (accidente cerebro vascular).*

- *A las 10:01 comunica el conductor que la paciente se encuentra instalada en la ambulancia y salen hacia el Hospital G.U. José María Morales Meseguer.”*

CUARTO.- El 26 de septiembre de 2006 (registro de salida), la Directora Gerente del Hospital Morales Meseguer remitió copia de la historia clínica de la paciente, e informe de la Dra. x. (Servicio de Medicina Interna), según el cual:

“X., de 97 años de edad, con antecedentes personales de encefalopatía vascular y ACV de repetición, artrosis generalizada con situación basal deteriorada, vida cama-sillón y dependiente para las actividades básicas, acudió al Servicio de Urgencias de este centro el día 22.04.06, por desconexión con el medio y empeoramiento de su situación neurológica, con la siguiente exploración física: TA 167/78, Tª 35°C Sat O2 95% e inconsciente, desviación de la mirada hacia la izquierda y parálisis de MSI. Se ingresó en planta siendo diagnosticada de encefalopatía vascular, ACV y neumonía basal izquierda. Permaneció ingresada en planta de Medicina Interna desde el 22 de Abril hasta el 8 de Mayo 2006, fecha de su fallecimiento. Durante su estancia en planta se le administra tratamiento antibiótico iv, sueroterapia y alimentación por sonda nasogástrica, además de los cuidados habituales de los pacientes hospitalizados. Dada la mala situación basal de la paciente y el estado avanzado de su edad, la evolución no fue favorable, presentando deterioro neurológico progresivo hasta su fallecimiento.”

QUINTO.- Con fecha 18 de julio de 2007 tuvo entrada en el Servicio Murciano de Salud la Providencia del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 2 de Murcia (Procedimiento Ordinario 504/2007), por la que se tiene por interpuesto por los interesados recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, y se solicita la remisión del expediente de responsabilidad patrimonial, así como el emplazamiento de las partes interesadas, que consta cumplimentado (folios 131 a 156).

SEXTO.- La Inspectora Médica emite un informe el 12 de febrero de 2009, en el que se contienen las siguientes conclusiones:

“PRIMERA: X. era una anciana de 97 años, con situación vital cama-sillón y dependencia para las actividades de la vida diaria (AVD), secundaria a una encefalopatía vascular crónica, hipertensión arterial, artrosis generalizada, etc., que el 22 de abril de 2006, durante la noche sufrió una descompensación de su estado general, bien por un nuevo accidente cerebro vascular (no confirmado en TAC), o por una neumonía aguda.

SEGUNDA: La demora real en la asistencia del Servicio de Urgencias es de 50 minutos, desde que se recibe la primera llamada en el Centro Coordinador del 061 y de 35 minutos, desde que la unidad asignada (VT-1) recibió el aviso (8,55h.) hasta su llegada al domicilio de la paciente (9,30).

TERCERA: El estado de la paciente fue invariable entre la atención urgente en su domicilio (9,30h), y su ingreso en el Servicio de Medicina Interna (13,00h), no precisan-

do tratamiento médico inmediato, y este no hubiera variado, aunque la atención hubiera sido inmediata y/o el traslado al centro hospitalario se hubiera realizado antes, por lo tanto no creemos que se derive daño material (patrimonial), que justifique la reparación solicitada.

CUARTA: El progresivo deterioro del estado neurológico, que finalmente provocó la muerte de la paciente es más imputable a la patología preexistente, a su edad y a la evolución desfavorable del proceso neumónico final, que a la atención médica prestada por el Servicio de Urgencias domiciliarias. “

SÉPTIMO.- Otorgado un trámite de audiencia, los reclamantes formulan alegaciones (folios 173 a 178), en las que se reiteran lo ya manifestado en su escrito de reclamación, a la vez que expresan su sorpresa por otorgarse un trámite de audiencia después del tiempo transcurrido, cuando, además, se encuentra en trámite el recurso contencioso administrativo, correspondiendo a esta última jurisdicción resolver ahora la reclamación en su día presentada.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 29 de mayo de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

NOVENO.- Con fecha 8 de junio de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. Los reclamantes, en su condición de hijos de la fallecida —usuaría del servicio público sanitario—, ostentan la condición de interesados y están legitimados para ejercitar la presente acción de reclamación, a tenor de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde, en principio, a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia.

2. En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, teniendo

en cuenta que el fallecimiento de la paciente se produjo el 8 de mayo de 2006, conforme al certificado de defunción (folio 12), y la reclamación se presentó el 22 de junio siguiente.

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

También conviene precisar, puesto que se cuestiona por los reclamantes la oportunidad de resolver el presente procedimiento, al encontrarse en trámite el Recurso Contencioso Administrativo en el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 2 de Murcia (Procedimiento Ordinario 504/2007) interpuesto por aquéllos contra la desestimación presunta, que esta circunstancia 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. A este respecto, en nuestro Dictamen 67/2009, relativo a una consulta efectuada por la Consejería consultante sobre actuaciones a seguir en los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los supuestos de simultaneidad del procedimiento administrativo con un proceso contencioso-administrativo con el mismo objeto, alcanzamos la misma conclusión:

“De la conjunción de los transcritos preceptos de la LPAC y LJCA se concluye sin dificultad que la Administración ha de dictar resolución expresa sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial siempre que se produzca antes del dictado de la sentencia que hubiere de recaer en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la correspondiente reclamación. Y ello porque, en tal momento, su deber de resolver expresamente tales reclamaciones (posibilitando con ello al reclamante el conocimiento de los motivos de la resolución así adoptada, lo que le permite defender sus derechos con mayor conocimiento de causa, por las vías jurídicas que en cada caso procedan), no encuentra obstáculo legal alguno; antes al contrario, es, como se ha visto, una circunstancia prevista en las normas procesales de referencia. Por consiguiente, es plenamente correcta la doctrina de este Consejo Jurídico plasmada en los Dictámenes reseñados en el informe jurídico de la Consejería consultante (Antecedente Séptimo).”

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 se ha sugerido reiteradamente este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 70/2008).

TERCERA.- Requisitos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Consideraciones generales.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional

(artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención sanitaria que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultados, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la asistencia del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado de la misma, una obligación de desplegar adecuadamente los medios y recursos disponibles, lo que requiere un juicio valorativo acerca del estándar de disponibilidad de dichos medios y su aplicación a las circunstancias del caso de que se trate.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de medios disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

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

CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado. Antijuridicidad del daño.

1. Funcionamiento del servicio público.

En el supuesto que nos ocupa, los reclamantes achacan el daño no a la actuación de los profesionales que atendieron a la paciente, sino a la tardanza en la llegada de la ambulancia al domicilio de su progenitora, tras la primera llamada de auxilio médico (60 minutos). Con posterioridad, en el escrito de alegaciones, cuestionan también el tiempo invertido por la ambulancia (21 minutos) para trasladar a su madre desde su domicilio al centro hospitalario.

Para valorar la corrección de la asistencia sanitaria prestada en el presente caso, hay que tomar en consideración la cronología de los hechos probados, según relata la Inspectora Médica, tras la audición de las transcripciones (folio 162):

- La primera llamada para la atención domiciliaria fue registrada a las 8,36 horas del día 22 de abril de 2006, dura 3 minutos y finaliza cuando el comunicante facilita su número de teléfono móvil, a solicitud de la operadora. Después se registran otras llamadas para modificar el domicilio.
- A las 8,38 horas el punto de atención (PA), tras valoración del riesgo, asigna el caso a la unidad VT-1 (unidad medicalizada), que en ese momento estaba atendiendo otra urgencia, por lo que se colocó en espera (estado P).
- A las 8,46 horas la unidad VT-1 informa que está libre (estado A), procediendo a tomar los datos del nuevo aviso en la hoja 78 (historia clínica de urgencias), figurando las 8,55 horas como la hora de recepción del aviso.
- A las 9,35 horas la unidad VI-1 informa que están en el domicilio (estado E).

De los anteriores datos se extrae que fue necesario enviar una unidad medicalizada al domicilio de la enferma, que en ese momento estaba atendiendo otra urgencia, y que desde que recibió el aviso y se trasladó al domicilio indicado transcurrieron 35-40 minutos, y si se toma como referencia la hora de la primera llamada —pese a que luego se produjeron otras modificando el domicilio dado inicialmente—, habría transcurrido aproximadamente una hora, aunque en el informe de la Inspección Médica se reduzca a 50 minutos, pues considera como hora de llegada de la ambulancia al domicilio las 9,30 minutos (a las 9,35 horas, según el listado de llamadas registrado en el folio 68, la unidad informa estado E).

Una vez en el domicilio de la enferma, de 97 años de edad, la médica evaluó la sintomatología que manifestaba en el momento de la atención de urgencia (folio 78), destacando las siguientes notas: “*desde hace unas horas, síntoma de obnubilación, no responde al interrogatorio (...) ojos abiertos, no dolor torácico, no dolor vegetativo.*” Como juicio diagnóstico accidente cerebral vascular (ACV), siendo trasladada al Hospital Morales Meseguer para valoración. Conviene advertir que la facultativa destaca tales síntomas desde hacía unas horas, sin que se pudiera determinar en qué momento sufrió el probable ACV, puesto que la encontraron en tal estado los familiares por la mañana.

La paciente ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer el 22 de abril de 2006, a las 10 horas, y en el parte del Servicio de Urgencias (folio 89) se anota, entre otros aspectos:

“M. Consulta: obnubilación, dificultad para hablar.

E.A: 98 años que esta mañana los familiares la encuentran obnubilada, sin respuesta a estímulos, con dificultad para hablar. No otra clínica.

E.F: consciente. TA 167/78. FC 100 Sat O2 95%

A.C: rítmico, no soplos.

Abdomen blando y depresible. No signos de irritación peritoneal.

SN: desviación mirada hacia la derecha.

Desviación comisura bucal.

Hemiplejía izquierda (...) No responde a estímulos verbales”.

Permaneció ingresada en planta de Medicina Interna desde el 22 de abril hasta el 8 de mayo de 2006, fecha de su fallecimiento. Durante su estancia en el centro hospitalario se

le administró tratamiento antibiótico, sueroterapia y alimentación por sonda nasogástrica. Dada la situación basal de la paciente y el estado avanzado de su edad, la evolución no fue favorable, presentando deterioro neurológico progresivo hasta su fallecimiento, según detalla la especialista de medicina interna que la atendió (folio 83).

2. Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado. Antijuridicidad del daño.

Los reclamantes fundamentan su pretensión en el daño moral que les causó la excesiva tardanza en la llegada de la ambulancia para asistir a su madre, produciéndoles desasosiego, zozobra, impotencia, temor, etc., es decir, un sentimiento de abandono y desolación por parte de los servicios sanitarios susceptible de ser indemnizados.

Sin embargo, este Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución desestimatoria, que concluye en la inexistencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado por cuanto:

En primer lugar, aun cuando la demora pudiera parecer excesiva, la prestación del servicio de emergencias del 061 se encuentra limitada por la disponibilidad de los recursos, y en la atención prestada se valoró la demanda y la elección del recurso más adecuado entre los disponibles (hay constancia de una llamada del coordinador médico al teléfono del comunicante en el folio 69) considerando la conveniencia de que acudiera al domicilio una ambulancia medicalizada, que se encontraba en ese momento ocupada, y que una vez cumplido su cometido acudió al aviso (a las 8,55 horas).

En segundo lugar, cabría interrogarse si la tardanza expresada influyó en el resultado, si supuso, en definitiva, una pérdida de oportunidad para la curación de la paciente, siendo la respuesta negativa por las siguientes razones sustentadas en el expediente:

— La Inspectora Médica concluye que el estado de la paciente fue invariable entre la atención urgente en su domicilio y su ingreso en el servicio de medicina interna, no precisando tratamiento médico inmediato, y éste no hubiera variado, aunque la atención hubiera sido inmediata y/o el trayecto al centro hospitalario se hubiera realizado antes. También que el progresivo deterioro del estado neurológico, que finalmente provocó la muerte de la paciente (después de estar ingresada en el centro hospitalario desde el 22 de abril hasta el 8 de mayo), fue debido a su patología existente, a su edad (97 años) y a la evolución desfavorable del proceso (folio 165).

— La edad de la paciente y las patologías previas que presentaba influyeron en su evolución, como destaca la facultativa de medicina interna.

— Los familiares se encontraron a la paciente con tales síntomas por la mañana (no se puede determinar en qué momento sufrió el probable ACV), según se escribe en el parte del Servicio de Urgencias a domicilio, en el que se plasma también “*desde hace unas horas, síntomas de obnubilación, no responde al interrogatorio (...)*” (folio 78).

Sobre la duración de la llegada al domicilio de la ambulancia medicalizada y si dicho tiempo es o no razonable, resulta evidente que en sentido abstracto y general siempre será mejor una disponibilidad de medios mayor en el servicio de ambulancias medicalizadas, como indicamos en nuestro Dictamen 201/2008, pues con ello se mejora la atención sanitaria y se disminuye el riesgo para la salud de los ciudadanos; pero, en el presente caso, se trata de examinar si, a la vista de los hechos acreditados en el expediente, existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

Por tanto, lo relevante en el presente caso es que no se produjo una pérdida de oportunidad y que el fallecimiento de la paciente no se puede imputar a la actividad sanitaria, sino a su mala situación basal y al estado avanzado de su edad, presentando deterioro neurológico progresivo hasta su fallecimiento (folio 72).

En sentido contrario, no se ha acreditado por los reclamantes, a quienes incumbe, que el tiempo de asistencia incidiera en la posibilidad de la recuperación de la paciente, careciendo de sentido la nueva imputación realizada en el escrito de alegaciones, sobre la tardanza entre el traslado desde su domicilio al hospital, pues la ambulancia medicalizada disponía de los medios para la atención a la paciente.

En consecuencia, se desprende la ausencia de antijuridicidad del daño alegado (temor, zozobra, etc.), de otra parte, consecuencia ineludible del estado de un familiar con patologías previas y de tan avanzada edad, y la falta de acreditación del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el resultado, pues la Administración puso a disposición de la paciente los medios disponibles en aquel momento. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 2001, cuyo fundamento jurídico quinto señala:

“En este caso queda probado que la reacción administrativa fue rápida, si bien por los medios de que se disponía actuó como actuó. Significa esto que no cabe apreciar un funcionamiento anormal pues una cosa es el nivel ideal de funcionamiento de un servicio y otra es el estándar o nivel posible, nivel este que desde el mandato legal del artículo 7 citado deberá aproximarse a lo más eficaz y deseable pero siempre desde los medios de que se dispone.”

En el mismo sentido que el indicado los Dictámenes 201/2008 y 78/2009 de este Consejo Jurídico.

Por lo demás, este caso difiere del enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 20 de octubre de 1998, citada por los reclamantes, en el que se apreció en la actuación del médico una negligencia omisiva (negativa a la asistencia domiciliaria).

Por último, la cuantía indemnizatoria reclamada no aparece justificada, pues se limita a solicitar una cantidad genérica sin mayor motivación, por ejemplo, en relación con la convivencia de algún hijo con la progenitora, etc.

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

CONCLUSIONES

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

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria solicitada no aparece justificada.

TERCERA.- Por el tiempo transcurrido, antes de adoptar la correspondiente resolución, habrá de coordinarse la Consejería consultante con la Dirección de los Servicios Jurídicos para conocer el trámite en el que se encuentra el recurso contencioso administrativo citado en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 200/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)****Fecha: 16/11/09****Extracto de Doctrina**

A la hora de valorar la posible concurrencia de un retraso en el diagnóstico deben ponderarse dos circunstancias. Por un lado, la presencia de síntomas clínicos suficientes para que la enfermedad hubiera podido ser razonablemente detectada, empleando los medios disponibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento del diagnóstico y, por otro, la influencia que dicho retraso diagnóstico haya podido tener en el agravamiento de la enfermedad sufrida por el paciente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de diciembre de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida del sistema sanitario público regional. Según el interesado, el día 25 de octubre de 2005 solicitó asistencia del servicio sanitario domiciliario, debido a que tenía un fuerte dolor abdominal y náuseas. A las 7:15 de la mañana fue atendido por un médico de este servicio que le diagnosticó “dolor abdominal y náuseas”. A instancias del reclamante fue trasladado en ambulancia al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), para ser evaluado más detenidamente.

A las 7:45 de la mañana llegó al Servicio de Urgencias del HUVA en el que, tras tomarle la tensión y realizarse un electrocardiograma, fue dado de alta con el diagnóstico de “gastritis”.

Como quiera que las molestias persistían, ese mismo día, sobre las 15 horas, ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Vega, donde, después de practicarle diversas pruebas médicas tales como radiografías y ecografías de abdomen, se le diagnosticó una apendicitis aguda supurada. Al día siguiente, es decir, el 26 de octubre, se le practicó una apendicectomía.

Estima el reclamante que la atención sanitaria recibida adoleció de una grave negligencia, que le obligó a acudir a la medicina privada para obtener un diagnóstico y un tratamiento adecuados. Todo ello le ha producido unos gastos que ascienden a 4.225,46 euros, cuyo reintegro solicita, amparándose para ello en el instituto de la responsabilidad patrimonial consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrollado 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).

Acompaña a su escrito copia de diversa documentación relacionada con la asistencia sanitaria recibida tanto en la sanidad pública como en la privada, así como factura de los gastos médicos a los que tuvo que hacer frente.

SEGUNDO.- El Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud (SMS) envía copia de la reclamación a la Inspección Médica, con el ruego de que informe si los hechos re-

latados constituyen un supuesto de urgencia vital que determinaría el reintegro de gastos médicos, de acuerdo con el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, por el que se regula la Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Mediante informe fechado el 20 de febrero de 2006, la Inspección Médica manifiesta que *“no consideramos que la asistencia sanitaria realizada en el Hospital Virgen de la Vega pueda calificarse de urgente o inmediata, ni que tuviera un carácter vital, no quedando tampoco comprobado que no se pudieran utilizar oportunamente los servicios del SMS”*.

TERCERO.- Seguidamente se dicta Resolución del Director Gerente del SMS por la que se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del SMS.

A continuación, por el órgano instructor se solicita a la Gerencia de Atención Primaria, al HUVA y al Hospital Virgen de la Vega las historias clínicas del paciente e informes de los profesionales que le 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.

CUARTO.- Los requerimientos son cumplimentados del siguiente modo:

1. La Gerencia de Atención Primaria de Murcia remite historia clínica del paciente.

2. El Director Gerente del HUVA envía escrito señalando que el médico que atendió al reclamante el día 25 de octubre de 2005, Dr. x., se encuentra prestando sus servicios en el Equipo de Atención Primaria del Barrio del Carmen. Requerido dicho facultativo para que informe sobre los hechos, aquél lo hace señalando lo siguiente:

“En relación con la atención ofrecida el día 25 de octubre de 2005 al x., he de decirle que presentaba un dolor epigástrico con náuseas de alguna hora de evolución y que a la exploración sólo presentaba dolor epigástrico sin signos de irritación peritoneal. Teniendo en cuenta los antecedentes del paciente se le instauró al alta un tratamiento sintomático, a mi entender correcto, ante la sospecha clínica de gastritis”.

3. Obtenida la autorización del paciente para la remisión de la historia clínica, el Hospital Virgen de la Vega hace llegar una copia de la misma a la instructora, de la que interesa destacar los informes radiológicos correspondientes a las exploraciones efectuadas los días 25 y 26 de octubre de 2005:

— La exploración efectuada a las 18:05:55 horas del día 25 de octubre es informada del siguiente modo:

“INFORME

Hígado de tamaño y ecoestructura normal, sin detectarse lesiones focales. Porta y suprahepáticas permeables. Vesícula con un cálculo de 22 mm. Vía biliar y páncreas normales. Riñones y bazo sin alteraciones morfológicas. No adenopatías retroperitoneales. No líquido libre intraperitoneal.

RESUMEN

Colelitiasis”.

— La exploración llevada a cabo a las 11.48:28 horas del día 26 es informada del siguiente modo:

“INFORME

Como hallazgo casual colelitiasis.

En FID se aprecian alteraciones ecográficas sin la imagen TÍPICA de proceso inflamatorio apendicular, pero con imagen de probable plastrón apendicular. No se aprecian colecciones ni abscesos en Douglas.

RESUMEN

Probable proceso inflamatorio apendicular”.

QUINTO.- Solicitado, mediante escrito fechado el 31 de mayo de 2006, informe a la Inspección Médica, se evacua el 23 de enero de 2009 en el que, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica y efectuar las consideraciones médicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

“PRIMERA: No hemos encontrado a lo largo del proceso estudiado mala praxis, error diagnóstico o funcionamiento anormal del Servicio Murciano de Salud.

SEGUNDA: El paciente fue correctamente diagnosticado y tratado por los Servicios de Urgencias, primero en su domicilio y después en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, donde el mismo insistió en ser trasladado. En ambos informes se describe una sintomatología inespecífica abdominal, para la que el tratamiento indicado es sintomático.

TERCERA: Ante la no mejoría o el agravamiento de sus síntomas, el paciente debería haber consultado de nuevo en los servicios de urgencias de Atención primaria o en el hospital de referencia (Virgen de la Arrixaca), antes de acudir a un centro privado, Hospital “Virgen de la Vega”.

CUARTA: El paciente estuvo en observación en el Hospital “Virgen de la Vega” durante 24 horas, desde su ingreso el día 25 de octubre de 2005 a las 15,30h hasta la apendicectomía, realizada a primera hora de la tarde del día 26, lo que pone de manifiesto el carácter no urgente de la intervención. Durante todo este tiempo pudo haberse demandado asistencia, al Servicio Murciano de Salud, por él mismo, por sus familiares, o a instancia del centro hospitalario privado.

CUARTA (sic): Consideramos que el paciente se sometió, por voluntad propia, a esta intervención quirúrgica (Apendicectomía) en un centro privado, sin demandar y sin agotar los recursos humanos y materiales que le ofrecía el Servicio Murciano de Salud”.

SEXTO.- Trasladado el expediente a la Compañía de Seguros ésta comparece 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 estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

“1. X. consultó en atención primaria y en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca por un cuadro de dolor localizado en el epigastrio y náuseas

2. La valoración del paciente fue correcta. Al no presentar inestabilidad hemodinámica, ni rigidez abdominal (datos de peritonismo), tener buen estado general y localizarse el dolor en la región epigástrica es correcta la decisión de no practicar pruebas complementarias, optándose por la observación domiciliaria del enfermo con tratamiento sintomático.

3. A las pocas horas el paciente decide consultar en la medicina privada, habiéndose producido una modificación de la clínica al localizarse el dolor a la exploración en fosa

iliaca derecha, por lo que con buen criterio se solicitan unos análisis que demuestran la presencia de leucocitosis con neutrofilia.

4. El diagnóstico de la causa de un cuadro de dolor abdominal agudo requiere en muchas ocasiones la valoración de la evolución del paciente. En este caso dicha evolución ha sido fundamental para poder alcanzar este diagnóstico, pues ni siquiera en el momento de su asistencia inicial en la privada y pese a la localización del dolor en fosa iliaca derecha y la presencia de leucocitosis, se consigue establecer un diagnóstico de certeza, por lo que mucho menos se podía establecer el mismo en la asistencia dispensada en la medicina pública.

5. La decisión del paciente de abandonar a la medicina pública ha privado a los profesionales de la misma del valioso dato que supone la evolución del enfermo.

6. Finalmente se optó en la medicina privada por tratamiento quirúrgico que se realizó al día siguiente de su asistencia en los Servicios de Urgencias de la medicina pública y privada. En dicha intervención se confirmó el diagnóstico de apendicitis aguda que fue tratada de forma correcta.

7. En la documentación que se nos aporta no existen secuelas derivadas del supuesto retraso en el diagnóstico de la patología apendicular del paciente”.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante éste presenta escrito de alegaciones en el que ratifica las formuladas con ocasión de su reclamación inicial, pues considera que ha quedado acreditado que los servicios sanitarios regionales no procedieron conforme a la *lex artis* al no practicarle las pruebas oportunas para realizar un correcto diagnóstico.

OCTAVO.- 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 8 de junio de 2009.

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, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa las actuaciones anómalas que se imputan a la Administración sanitaria se habrían producido el día 25 de octubre de 2005, y la reclamación se presentó el día 12 de diciembre de ese mismo año, es decir, antes de que transcurriera un año, por lo que ha de entenderse deducida dentro de plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP. No obstante cabe señalar que se ha rebasado ampliamente el plazo para la resolución de la reclamación (artículo 13.3 RRP), constando la paralización de actuaciones desde el 31 de mayo de 2006, fecha en la que se solicita informe de la Inspección Médica, hasta el día 5 de marzo de 2009, en que el Jefe de Servicios de Inspección de Prestaciones Asistenciales remite el correspondiente informe elaborado el anterior día 23 de enero. 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 supuestos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan solo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados.

A su vez la doctrina jurisprudencial ha venido declarando la necesidad de fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

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

Para el reclamante, la causa del daño se encuentra en el hecho de que en la asistencia domiciliaria que se le prestó el día 25 de octubre de 2005 a las 7:15 horas, así como en la que tuvo lugar en el Servicio de Urgencia del HUVA a las 7:45 horas del mismo día, no le detectaron la dolencia que padecía porque omitieron pruebas fundamentales para su diagnóstico, lo que le obligó a acudir ese mismo día a la medicina privada en la que fue correctamente diagnosticado de apendicitis aguda supurada, siendo intervenido quirúrgicamente al día siguiente.

A la hora de valorar la posible concurrencia de un retraso en el diagnóstico deben ponderarse dos circunstancias. Por un lado, la presencia de síntomas clínicos suficientes para que la enfermedad hubiera podido ser razonablemente detectada, empleando los medios disponibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento del diagnóstico y, por otro, la influencia que dicho retraso diagnóstico haya podido tener en el agravamiento de la enfermedad sufrida por el paciente.

En primer lugar, resulta del expediente que la falta de diagnóstico en la primera asistencia de la patología que padecía el reclamante no fue contraria a la *lex artis*. Los síntomas presentados por el paciente cuando fue examinado en el Servicio de Urgencias del HUVA el día 25 de octubre eran de abdomen blando y depresible, doloroso en epigastrio. No refiriendo otros síntomas y con los antecedentes del paciente (fumador, bebedor moderado y tratado con antidepresivos), el médico que lo trató emitió como juicio diagnóstico el de gastritis, pautándole el tratamiento correspondiente y reenviando a control por su médico de cabecera. Estas actuaciones son, según la Inspección Médica, ajustada a la *lex artis*, pues ante un dolor abdominal inespecífico lo correcto es aplicar un tratamiento sintomático y mantener una actitud expectante de su evolución. En el mismo sentido se manifiestan los peritos de la aseguradora al afirmar que “la valoración del paciente fue correcta. Al no

presentar inestabilidad hemodinámica, ni rigidez abdominal (datos de peritonismo), tener buen estado general y localizarse el dolor en la región epigástrica es correcta la decisión de no practicar pruebas complementarias, optándose por la observación domiciliaria del enfermo con tratamiento asintomático”.

En segundo lugar, tampoco ha quedado acreditado que esa falta de diagnóstico en la primera asistencia hospitalaria haya tenido incidencia sobre la dolencia que padecía el paciente. En efecto, a la vista de la documentación incorporada al expediente, se constata que el reclamante tan sólo ocho horas después de ser examinado en el Servicio de Urgencia del HUVA, presenta un empeoramiento de su situación, refiriendo dolor en fosa ilíaca derecha y flanco derecho, de seis horas de evolución. Ante esta nueva sintomatología el paciente opta por no regresar al HUVA o a cualquier otro centro de la sanidad pública y, por el contrario, acudir a la sanidad privada, más concretamente al Hospital Virgen de la Vega. En el Servicio de Urgencias de este último Hospital se diagnostica “dolor abdominal a estudio” y la ecografía que se le practica informa de “colelitiasis, sin ningún otro hallazgo patológico”. Es al día siguiente, cuando el resultado de las analíticas y de la ecografía abdominal llevan a la siguiente conclusión: “...alteraciones ecográficas en fosa ilíaca derecha, sin la imagen típica de proceso inflamatorio apendicular, pero con imagen de probable plastrón apendicular. No colecciones ni abscesos en Douglas. Probable proceso inflamatorio apendicular”. Cuando el paciente decide voluntariamente abandonar la medicina pública y acudir a la privada, los síntomas habían cambiado y aún así en el Hospital Virgen de la Vega no fue diagnosticado inmediatamente, fueron precisas 24 horas de observación para llegar al diagnóstico. Tal como señalan los peritos de la aseguradora, el diagnóstico de apendicitis aguda “resultaba imposible de plantear en la medicina pública, pues el dolor no se localizaba en fosa ilíaca derecha y no presentaba datos de irritación peritoneal”. Está claro que la decisión del reclamante de abandonar la medicina pública privó a los profesionales de la misma del valioso dato que supone observar la evolución del paciente y de poder, así, haber llegado al diagnóstico correcto.

Finalmente, se ha de destacar, como lo hace la Inspectora Médica, que el paciente estuvo en observación en el Hospital privado durante 24 horas, antes de someterse a la intervención quirúrgica, tiempo que evidencia el carácter no urgente de dicha intervención y la posibilidad que en todo momento tuvo el reclamante para haber demandado asistencia al SMS, pero optó por hacerlo, voluntaria e injustificadamente, en la medicina privada (folio 96).

En definitiva, el diagnóstico alcanzado en la sanidad pública no resulta, según los informes médicos que obran en el expediente, irrazonable o inadecuado a la vista de la sintomatología que presentaba el paciente y, de otra parte la violación de *lex artis* no ha sido acreditada por el reclamante, a quien incumbe su prueba conforme a lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cabe por último señalar que la garantía de una cobertura universal, que sirviera de mecanismo de resarcimiento patrimonial indiscriminadamente en supuestos como el presente (esto es, que, permitiera acudir a la sanidad privada sin ser derivado de la pública o fuera de los supuestos previstos, y obtener después el correspondiente reembolso de los gastos médicos ocasionados por la vía de la responsabilidad patrimonial), comprometería la virtualidad del sistema público de la asistencia sanitaria.

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, huérfanas de prueba pericial alguna que las respalde.

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 201/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente deportivo.

Consultante: Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)

Fecha: 16/11/09

Extracto de Doctrina

Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 7 de julio de 2008 x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT), por las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente acaecido en la Pista Polideportiva de la denominada “Casa de la Juventud”.

Describe lo ocurrido del siguiente modo: *“Que en el período comprendido entre las 19 y las 20 horas del día 8 de febrero de 2008 me encontraba jugando un partido de fútbol en la Pista deportiva de la denominada “Casa de la Juventud”, sita en el Paseo de Alfonso XIII de Cartagena.*

Que en un determinado momento del partido sufrí una lesión a causa del mal estado de la pista al introducir el pie, en concreto el talón, en una oquedad que presenta ésta, tal y como se refleja en el reportaje fotográfico que se adjunta”.

Como consecuencia dicho accidente el reclamante sufrió rotura del tendón de Aquiles, lesión de la que fue intervenido quirúrgicamente, permaneciendo impedido para el desempeño de sus ocupaciones habituales durante 119 días, de los cuales 3 estuvo hospitalizado.

Solicita una indemnización de 6.744 euros, según desglose que se contiene al folio 2 del expediente.

Acompaña reportaje fotográfico de la pista en la que ocurrió el accidente, así como diversa documentación relacionada con la asistencia sanitaria que precisó como consecuencia de sus lesiones.

Propone como medios de prueba los siguientes:

1. Documental, consistente en que se tenga por aportada la que acompaña a su escrito, sin perjuicio de la que se obtenga con posterioridad a esta fecha y tenga influencia directa en el objeto de la reclamación.

2. Testifical, consistente en la declaración de x, y, z.

SEGUNDO.- Con fecha de 5 de noviembre de 2008, se acuerda la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y se notifica al reclamante, según consta en el expediente (folios 25 y 26).

TERCERO.- Mediante escrito de la misma fecha la instructora requiere al reclamante, conforme al artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), para que aporte *“certificado médico donde conste que la baja que acredita es debida a la lesión que se produjo en el mencionado accidente, así como la trayectoria de dicha baja y la justificación de los días empleados para su curación”*. Dicho certificado es remitido por el interesado mediante escrito fechado el 14 de enero de 2009.

CUARTO.- También con fecha 5 de noviembre de 2008 la instructora solicita al Servicio de Promoción Deportiva de la UPCT informe sobre los hechos por los que se reclama, que es evacuado por el Jefe de dicho Servicio el siguiente día 24, con el contenido que, a continuación, se transcribe:

“En relación al Expediente de Responsabilidad Patrimonial nº 1/2008, de esta Universidad, iniciado a instancia de parte, en reclamación planteada por x., sobre los daños sufridos por éste como consecuencia del accidente habido el viernes día 8 de febrero de 2008 en la pista deportiva de la Casa de la Juventud, le remito el informe solicitado.

Tuve conocimiento a través del Conserje de las Instalaciones que en un determinado momento del partido el interesado sufrió una caída, al introducir el pie en una oquedad de la pista polideportiva de la Casa de la Juventud, instalación coordinada y dirigida por el Servicio de Deportes de la Universidad Politécnica de Cartagena. Esta Instalación es reservada por este grupo de personas de forma continuada todos los viernes del curso académico de 19 a 20 horas, y son usuarios No Universitarios que realizan su abono de reserva en la cuenta general de la universidad de forma trimestral.

La información del suceso se me comunicó telefónicamente el mismo día del suceso por el conserje de la instalación, comentándome que la persona que se había caído había sufrido una lesión en el pie izquierdo. Acudiendo por la mañana del sábado a la instalación comprobé exactamente que existía tal oquedad, y después de determinar como se produjo la avería (fue debido a las lluvias de los días anteriores), se procedió a su reparación, realizándose al día siguiente hábil al de incidencia.

Las Instalaciones de la Casa de la Juventud, están cedidas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de un convenio de fecha 9 de Julio de de 2001, por un periodo de cesión de diez años, caducando el 9 de julio de 2011.

Con respecto a los seguros, la instalación se acoge al seguro de responsabilidad civil de nuestra universidad, ya que al ser una instalación cedida depende de nuestro seguro”.

QUINTO.- La instructora acuerda abrir un período de prueba, lo que se notifica al interesado a fin de que pueda proponer aquellas que estime oportunas, lo que así hace mediante escrito fechado el 27 de enero de 2009, ratificándose en las pruebas documental y testifical propuestas en su escrito de iniciación del procedimiento.

Señalado día y hora para que depusiesen los testigos propuestos por el reclamante, comparecen todos ellos, y manifiestan haber presenciado los hechos y coincidiendo, al describirlos, con la versión dada por el interesado de que la causa de sus lesiones fue la existencia en la pista de una oquedad donde metió el talón (folios 66, 67 y 68).

SEXTO.- El 5 de marzo de 2009 se notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia al objeto de que pueda examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, sin que aquél haya hecho uso de este derecho.

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de abril de 2009 la instructora acuerda requerir al interesado para que aporte documento justificativo de sus ingresos netos anuales, con la finalidad de poder cuantificar la indemnización. El requerimiento es atendido mediante la incorporación al expediente de certificado de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, entidad de la que es empleado el reclamante, de la que se deduce que sus ingresos netos anuales ascienden a 21.901,84 euros.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 14 de mayo de 2009, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que existe relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, reconociendo al reclamante el derecho a percibir una indemnización de 6.893,31 euros, según desglose que aparece al folio 82 del expediente.

NOVENO.- Con fecha de registro de entrada de 16 de junio de 2009, el Consejero de Universidades, Empresa e Investigación, solicita al Consejo Jurídico de la Región de Murcia la emisión del preceptivo Dictamen sobre el expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por la UPCT.

A la vista de los referidos Antecedentes, procede a realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

Este procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de

marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva, también se ha acreditado que el accidente se produjo en las instalaciones pertenecientes a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, pero cedidas a UPCT mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno del que figura una copia al folio 54 del expediente. Se trata, pues, de unos daños que se imputan a elementos materiales en donde se presta un servicio público, por lo que conviene recordar que cuando el elemento real en el que se produce el daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Pues, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 153/2004, *“lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afeción teleológica o instrumental al servicio”*.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho que motiva la indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP, salvo en lo que se refiere a la audiencia que preceptivamente tendría que haberse dado a la compañía aseguradora referida en el informe del Jefe de Servicio de Promoción Deportiva; tampoco consta la póliza correspondiente.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación, al ser necesario retrotraer actuaciones y completar el expediente en los términos expuestos en la Consideración Segunda.

SEGUNDA.- Una vez ultimada la instrucción del procedimiento, con incorporación de las anteriores actuaciones y documentos, se procederá por el órgano instructor a ponerlo de manifiesto al reclamante, inmediatamente antes de redactar nueva propuesta de resolución que ha de remitirse a este Consejo Jurídico, a fin de que pueda pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 202/09.- Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios sobre la señalización adicional e identificación de las oficinas de farmacia de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 16/11/09

Extracto de Doctrina

Coincide este Órgano Consultivo con la Dirección de los Servicios Jurídicos en poner de manifiesto la innecesaria dispersión normativa que genera la aprobación de la disposición proyectada como Decreto singular y diferente de aquél con el que guarda una evidente conexión por su objeto: el 44/1998.

Considera el Consejo Jurídico que la alternativa más adecuada habría sido la tramitación del Proyecto de Decreto sometido a consulta como modificativo del primero, facilitando así el conocimiento de la norma y dificultando la existencia de eventuales antinomias. En el mismo sentido se expresan las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, al establecer que, en la medida de lo posible, en una misma disposición debe regularse un único objeto, todo el contenido del objeto y, si procede, los aspectos que guarden relación con él (Directriz 3).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de julio de 2007, el Director General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica formula a la Consejera de Sanidad propuesta de Orden de dicho Departamento sobre señalización adicional e identificación de las oficinas de farmacia de la Región de Murcia. El objetivo de la futura Orden es desarrollar los artículos 36 y siguientes del Decreto 44/1998, de 16 de julio, por el que se regula el régimen de atención al público y la publicidad de las oficinas de farmacia, fijando los criterios para la concesión de la autorización de señalización adicional de las oficinas de farmacia, siempre que éstas tengan especiales dificultades de localización o visibilidad, con la finalidad de facilitar a los ciudadanos el acceso a la atención farmacéutica, y sin que ello suponga una promoción de tales establecimientos.

Se acompaña la propuesta de la siguiente documentación:

a) Informe del Servicio de Desarrollo Normativo, de fecha 28 de marzo de 2007, que menciona la existencia de una petición formulada el 25 de octubre de 2006 por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, para que se regule la señalización de las oficinas de farmacia en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 36.3 del Decreto 44/1998. El informe concluye afirmando la adecuación a Derecho del Proyecto.

b) Memoria económica, de 5 de junio de 2007, según la cual la aprobación de la futura Orden no supondrá gasto adicional alguno, pues los costes estimados de su puesta en funcionamiento, que ascienden a un total de 12.300 euros, serán atendidos con los medios económicos y personales ya existentes.

c) Un primer borrador de Orden de la Consejería de Sanidad por la que se establecen criterios sobre señalización adicional e identificación de las oficinas de farmacia de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de agosto de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad informa el Proyecto. En él alude a la preceptividad del presente Dictamen, al considerar que el Proyecto se dicta en desarrollo de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia (LF).

TERCERO.- Sometido el Proyecto a la consideración del Consejo Asesor Regional de Consumo y del Consejo de Salud de la Región de Murcia, obtiene sendos informes favorables tanto de la Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos constituida en el seno del primero, como del segundo de los órganos consultivos citados.

CUARTO.- Conferido trámite de audiencia a la Federación de Municipios de la Región de Murcia y al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, únicamente presenta alegaciones este último, adjuntando asimismo la formulada por una colegiada.

QUINTO.- Las alegaciones son objeto de informe valorativo por el Servicio de Ordenación y Atención Farmacéutica, a consecuencia del cual se asumen un elevado número de aquéllas, rechazándose el resto. Únicamente se motiva el rechazo de las observaciones y sugerencias, no su aceptación.

La incorporación de las alegaciones al texto da como resultado un nuevo borrador de Orden, el segundo.

Sometido a nuevo informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad, el 18 de marzo de 2008 se emite en sentido favorable, excepto en relación con una modificación de la Disposición transitoria, por la que se pretendía atribuir al Colegio Oficial de Farmacéuticos facultades que el indicado Servicio considera exorbitantes. Este reparo determina la elaboración de un nuevo borrador, el tercero.

SEXTO.- Con fecha 6 de mayo de 2008, se incorpora al expediente el preceptivo informe de la Vicesecretaría, que es favorable al Proyecto.

Tras unir los preceptivos extracto de secretaría, índice de documentos y copia autorizada del texto definitivo del Proyecto de Orden, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 30 de mayo de 2008.

SÉPTIMO.- Por Dictamen 176/2008, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia concluye que la Consejera de Sanidad y Consumo carece de potestad reglamentaria suficiente para aprobar el Proyecto como Orden, siendo su rango normativo más adecuado el Decreto de Consejo de Gobierno. En consecuencia, se sugiere a la Consejería consultante que, con carácter previo a la emisión de Dictamen sobre el fondo, reconfigure el Proyecto como de Decreto y se complete su tramitación con el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

OCTAVO.- El 27 de febrero de 2009, el Director General de Planificación, Ordenación Sanitaria y Farmacéutica e Investigación eleva propuesta a la Consejera de Sanidad y Consumo para la tramitación como Decreto del borrador que se adjunta a la misma.

Esta propuesta se acompaña de informe del Servicio de Ordenación y Atención Farmacéutica, expresivo del contenido y del marco normativo en el que se fundamenta el futuro Decreto.

NOVENO.- Con fecha 26 de marzo de 2009, el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante, con el visto bueno del titular de aquélla, informa que, habiéndose cumplido los trámites exigibles en la elaboración de la norma, procede someter el Proyecto a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

DÉCIMO.- Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 19 de mayo, en sentido favorable al Proyecto, si bien efectúa diversas observaciones relativas a la dispersión normativa en la materia, al procedimiento de autorización, al régimen sancionador, al desarrollo de las previsiones del futuro Decreto y a su entrada en vigor.

UNDÉCIMO.- Una vez atendidas la mayor parte de las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se elabora un nuevo borrador que, autorizado por el Secretario General de la Consejería consultante, constituye el texto definitivo del Proyecto de Decreto objeto de este Dictamen.

Se incorporan, además, los trámites e informes preceptivos cuya omisión en el procedimiento de elaboración de la disposición habían sido puestos de manifiesto por el indicado órgano jurídico: informe de impacto de género, informe de la Vicesecretaría y propuesta de la Consejera de Sanidad y Consumo al Consejo de Gobierno para que apruebe el texto como Decreto.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite de nuevo el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 8 de julio de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se solicita con carácter preceptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al estimar que el Proyecto sometido a consulta es una disposición de carácter general dictada en desarrollo o ejecución de una Ley de la Asamblea Regional.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

I. De conformidad con el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de ordenación farmacéutica, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 16 del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos.

En desarrollo de dicha competencia autonómica se promulga la LF, cuyo artículo 16.2 remite al reglamento la determinación de las características, requisitos y condiciones de autorización para carteles indicadores u otros tipos de señalizaciones de ubicación y localización de las farmacias.

Dicha habilitación reglamentaria dio como fruto el Decreto 44/1998, cuyos artículos 36 y 37 regulan la señalización e identificación, respectivamente, de las oficinas de farmacia.

El artículo 36 establece los rótulos que señalizan las oficinas de farmacia, con carácter ordinario, previendo no obstante la posibilidad de instalar carteles indicadores en lugares y en número diferentes a los anteriores, por razón de las especiales dificultades de localización o visibilidad de la oficina de farmacia, en atención a los criterios que establezca la Consejería de Sanidad y Política Social. Dicha instalación se somete a autorización previa por la Dirección General de Salud.

El artículo 37, por su parte, regula la identificación en el exterior de la farmacia, de su titular y de la propia oficina de farmacia, mediante la consignación del número de registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios que le corresponde. El apartado 2 habilita a la Consejería de Sanidad y Política Social, previo informe del Colegio Oficial de Farmacéuticos, para establecer los criterios precisos que permitan que los elementos identificadores de las oficinas de farmacia tengan la mayor uniformidad posible, sin perjuicio de la necesaria observancia de las normas urbanísticas y de protección del patrimonio histórico-artístico que pudieran ser de aplicación.

Como ya se indicó en el Dictamen 176/2008, con base en la doctrina de este Consejo Jurídico relativa a la potestad reglamentaria de los Consejeros, las habilitaciones conferidas por los artículos 36.3 y 37.2 del Decreto 44/1998 a la Consejería de Sanidad ya no pueden ser interpretadas como remisiones a la actividad reglamentaria de su titular, pues, en tal caso, y en la medida en que constituirían llamadas al ejercicio de la actividad normativa de un Consejero efectuadas en un reglamento y no en una disposición de rango legal, entrarían en contradicción con los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, determinando su ilegalidad sobrevenida.

Por otra parte, el contenido del Proyecto excede los límites de la habilitación efectuada por el Decreto 44/1998 y se encuadra mejor en los términos de la remisión reglamentaria del artículo 16 LF. En efecto, como se ha dicho, el artículo 36.3 del Decreto deja a la Consejería la fijación de criterios que permitan determinar cuándo se dan esas especiales dificultades de localización o visibilidad de las oficinas de farmacia que justifican la señalización adicional, mientras que la habilitación contenida en el artículo 37.2 de la misma disposición se contrae a la fijación de criterios uniformadores de los elementos identificadores de los indicados establecimientos, remisión reglamentaria esta última que posibilitó el dictado de la Orden de 22 de diciembre de 2005, por la que se regulan las características de las placas identificativas de las oficinas de farmacia.

El Proyecto, sin embargo, lejos de limitar su objeto a la fijación de los citados criterios, a los que únicamente dedica sus artículos 3, 4 y 5, establece normas procedimentales y requisitos formales (arts. 6, 7 y 8), nuevas obligaciones no contenidas en el Decreto 44/1998 (art. 9 y Disposición transitoria) y una disposición de régimen sancionador (art. 10). Tales previsiones concuerdan mejor con las que, con carácter más genérico, el artículo 16.2 LF remite al reglamento, a saber: la determinación de las *“características, requisitos y condiciones de autorización para carteles indicadores u otros tipos de señalizaciones de ubicación y localización de las farmacias”*.

Conclusión de lo expuesto es que la Comunidad Autónoma goza de competencia material sobre el objeto de la disposición sometida a consulta, correspondiendo al Consejo de Gobierno su aprobación como Decreto.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

En términos generales, una vez incorporados al expediente los trámites cuya omisión fue puesta de manifiesto por la Dirección de los Servicios Jurídicos, puede afirmarse que el procedimiento de elaboración ha cumplido las normas que rigen el ejercicio de la potestad reglamentaria, contenidas en el artículo 53 de la Ley 6/2004, sin que se aprecien carencias esenciales. No obstante, cabe hacer las siguientes observaciones:

a) No existe en el expediente una adecuada justificación de las concretas determinaciones normativas propuestas, pues el informe que debería ofrecerla, salvo respecto del artículo 9 del Proyecto, no lo hace, limitándose a resumir el contenido de la futura disposición.

Sí se efectúa una valoración de las observaciones y sugerencias formuladas por los órganos informantes y por los interesados en el trámite de audiencia, aunque esta correcta técnica se limita en el expediente a las que son objeto de rechazo, mientras que se omite cualquier motivación justificativa de la asunción de las que son incorporadas al texto.

b) No se ha motivado la decisión sobre el procedimiento escogido para dar trámite de audiencia a los ciudadanos interesados, según prescribe el artículo 53.3, letra b) de la Ley 6/2004.

c) Al igual que se comunicó el Proyecto a la Federación de Municipios de la Región de Murcia, habría sido conveniente dar traslado del Proyecto a la Dirección General de Carreteras, pues es posible que los carteles indicadores se ubiquen junto a las vías interurbanas de su titularidad, tanto fuera de poblado (sobre todo en zonas farmacéuticas rústicas) como en las travesías de poblaciones, debiendo en tal caso observar la normativa sectorial correspondiente y obtener la oportuna autorización del indicado centro.

CUARTA.- Observaciones de técnica normativa.

1. Coincide este Órgano Consultivo con la Dirección de los Servicios Jurídicos en poner de manifiesto la innecesaria dispersión normativa que genera la aprobación de la disposición proyectada como Decreto singular y diferente de aquél con el que guarda una evidente conexión por su objeto: el 44/1998.

Considera el Consejo Jurídico que la alternativa más adecuada habría sido la tramitación del Proyecto de Decreto sometido a consulta como modificativo del primero, facilitando así el conocimiento de la norma y dificultando la existencia de eventuales antinomias. En el mismo sentido se expresan las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, al establecer que, en la medida de lo posible, en una misma disposición debe regularse un único objeto, todo el contenido del objeto y, si procede, los aspectos que guarden relación con él (Directriz 3).

De haberlo hecho así, sería innecesario el artículo 2 del Proyecto, que reproduce las normas sobre señalización e identificación contenidas en el Decreto 44/1998, si bien introduce una cierta confusión, pues incluye como “señalización de la oficina de farmacia” a un elemento que el Decreto vigente califica como de identificación: la placa identificativa del titular de la oficina y el número del Registro de Recursos Sanitarios Regionales. Es evidente que la intención que anima este precepto es unificar en un solo cuerpo normativo la regulación sobre señalización e identificación de las oficinas de farmacia para facilitar su conocimiento y aplicación; pero, para hacerlo, si no se opta por incluir la regulación contenida en el Proyecto en el Decreto 44/1998 como modificación del mismo, lo correcto sería derogar sus artículos 36 y 37 e integrar su contenido en la futura norma, que conten-

dría todas las prescripciones sobre señalización (ya no sólo adicional) e identificación de las oficinas de farmacia.

En cualquier caso, un elemental principio de economía normativa aconseja eliminar el artículo 2 del Proyecto, en todo aquello que es una mera reproducción del contenido de los artículos 36 y 37 del Decreto 44/1998.

2. La primera mención que el Proyecto efectúa a una disposición, tanto en su parte expositiva como en el articulado, debe citarse con su denominación oficial completa, con expresión de número, fecha y título, lo que no se hace en relación al Decreto 44/1998, en el tercer párrafo de la Exposición de Motivos y en el artículo 1.

3. Los epígrafes que encabezan cada artículo han de ser suficientemente expresivos de su contenido, lo que no ocurre en los números 7 y 8 del Proyecto, que deberían añadir una referencia a que lo verdaderamente regulado en ellos es la documentación que ha de aportarse al procedimiento de autorización.

QUINTA.- Observaciones al texto.

1. A la Exposición de Motivos.

No es cierto, como se afirma en el párrafo tercero, que el Decreto 44/1998 regule en su Capítulo VII “el régimen de atención al público y la publicidad de las oficinas de farmacia”, pues el indicado Capítulo se destina sólo a la reglamentación del último extremo.

2. Al articulado.

— Artículo 1. Objeto.

a) Debe incorporarse una mención al artículo 16.2 LF, pues como ya se ha dicho, el contenido del Proyecto no se limita a la fijación de los criterios aludidos en los dos preceptos reglamentarios expresamente citados, sino que establece normas de procedimiento y requisitos formales (arts. 6, 7 y 8), nuevas obligaciones no contenidas en el Decreto 44/1998 (art. 9 y Disposición transitoria) y una disposición de régimen sancionador (art. 10).

Este contenido es más amplio que el anunciado en la redacción del precepto objeto de consideración y tampoco tiene reflejo en la Exposición de Motivos, por lo que este artículo 1 debería ser más expresivo del total objeto de regulación del Proyecto.

Por otra parte, el Proyecto, que ahora lo es de Decreto, en rigor no da cumplimiento a las previsiones contenidas en los artículos 36.3 y 37.2 del 44/1998, sino que, más bien, atendida la identidad de rango normativo existente entre la norma vigente y la futura, ésta complementa la regulación de aquélla.

b) El título de la disposición, su Exposición de Motivos y la Disposición transitoria mencionan el término “señalización adicional”, sin que exista una determinación reglamentaria de tal concepto, lo que debería corregirse.

— Artículo 2. Señalización de las oficinas de farmacia.

Según el apartado 4, lo dispuesto en el Proyecto se realiza sin perjuicio del cumplimiento de otras normas sectoriales y de la obtención de otras autorizaciones preceptivas para su instalación. Quizás fuera conveniente sustituir la inespecífica expresión “sin perjuicio de” por una redacción que de forma más clara señalara que el otorgamiento de la autorización regulada en el Proyecto no presupone ni una manifestación de cumplimiento de aquellas

normas sectoriales (cuyo control no realiza la Dirección General competente en materia de ordenación farmacéutica, pues ningún documento tendente a acreditar dichos extremos se requiere en el procedimiento de autorización, conforme a los artículos 7 y 8 del Proyecto), ni exime de la obligación de obtener esas otras autorizaciones, cuya omisión no se vería subsanada con la autorización regulada en el Proyecto.

— Artículo 3. Criterios para apreciar la existencia de especiales dificultades de localización o visibilidad de la oficina de farmacia.

El precepto ganaría en claridad si se eliminara el primer párrafo y se alterara ligeramente la redacción de los dos restantes, identificando cada uno de ellos como especiales dificultades de visibilidad (el primero) y de localización (el segundo).

Debería, asimismo, suprimirse el inciso final de cada uno de los párrafos, que alude a las medidas previstas para compensar tales dificultades: la instalación de una cruz adicional y de carteles indicadores, pues tales extremos no pueden calificarse como “*criterios para apreciar la existencia de especiales dificultades de localización o visibilidad*”. En cualquier caso, la posibilidad de adoptar tales medidas se prevé en los dos artículos siguientes.

— Artículo 4. Criterios para la autorización de una cruz adicional.

El apartado 1 reproduce el artículo 3.1 del Proyecto, lo que podría evitarse estableciendo que sólo se podrá autorizar la instalación de una cruz verde adicional cuando se aprecien especiales dificultades de visibilidad de la oficina de farmacia, en los términos señalados en el artículo 3.1 del Proyecto. Esta observación se hace extensiva, también, al apartado 1 del artículo 5, si bien en este caso, la circunstancia determinante de la posibilidad de instalar carteles indicadores sería la presencia de especiales dificultades de localización.

En el apartado 2, quizás debería añadirse “de edificación”, entre “línea” y “de la vía pública”, para determinar de forma más precisa los criterios de ubicación de la cruz adicional.

— Artículo 5. Criterios para la autorización de carteles indicadores.

a) En el apartado 3, el uso de la expresión “en su caso”, podría llevar a interpretar que existen supuestos en los que la inclusión de la distancia a la oficina de farmacia y la cruz verde es preceptiva en determinados supuestos, que no se explicitan ni en el Proyecto ni en el expediente. Antes bien, parece que la intención del redactor del precepto es configurar tales elementos como meramente potestativos, lo que quedaría mejor expresado sustituyendo “en su caso” por otra expresión indicativa del carácter discrecional o voluntario de dichos contenidos.

b) Los apartados 2, 4 y 6 contienen sendos criterios restrictivos sobre la colocación de los carteles indicadores, al limitar a dos el número máximo de carteles por oficina, prohibir su colocación a más de un kilómetro de la farmacia indicada y exigir que sólo puedan instalarse en el mismo barrio urbano, pedanía, entidad local y municipio en el que se encuentre el establecimiento farmacéutico.

Estas restricciones no han sido debidamente justificadas en el expediente, lo que priva a este Consejo Jurídico y al Consejo de Gobierno de elementos de juicio relevantes. No obstante, cabe interpretar que tales normas persiguen hacer efectiva la prohibición general de publicidad y promoción de las oficinas de farmacia que establece el artículo 16 LF, evitando que mediante la profusión de carteles y su ubicación a distancias considerables

del establecimiento, pueda inducirse al usuario a acudir a una oficina de farmacia en lugar de a otra. Sin embargo, esta finalidad ha de ser alcanzada sin merma de aquella otra que constituye la principal de la ordenación farmacéutica y que no es otra que la atención farmacéutica continua, integral y adecuada a la población, viniendo obligada la Administración a garantizarla por imperativo del artículo 1 de la misma LF.

Desde esta perspectiva, las indicadas restricciones a la colocación de carteles indicadores pueden dificultar dicha atención sanitaria, singularmente en zonas farmacéuticas rústicas, donde las dificultades de localización de las oficinas pueden ser mayores. Por ello, parece conveniente posibilitar en la norma excepciones a tales criterios restrictivos, bien regulándolas de forma expresa —al modo del artículo 19.3 LF en relación a las normas sobre ubicación de oficinas de farmacia—, bien previendo una aplicación ponderada de tales criterios cuando las circunstancias concurrentes en cada caso determinen excepcionales dificultades de localización de la oficina que puedan llegar a poner en peligro la adecuada atención farmacéutica a la población.

— Artículo 6. Procedimiento de autorización.

a) Son innecesarias las normas que contienen trámites propios del procedimiento administrativo común. Es el caso de los apartados 3 y 5, cuya supresión se sugiere.

b) El apartado 6 no debe alterar el régimen de cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución establecido en el artículo 42.3, letra b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual dicho plazo se contará desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Debe, en consecuencia, suprimirse “contados a partir del día siguiente al de la presentación de la solicitud”. Esta consideración tiene carácter esencial.

c) De conformidad con el apartado 8, la autorización caducará si en el plazo de siete meses desde la notificación de su otorgamiento el interesado no ha instalado la señalización. Para reforzar el cumplimiento de la obligación del interesado de comunicar a la Administración la efectiva instalación de los carteles o cruces adicionales, podría incluirse esta comunicación entre las actuaciones que debe realizar el interesado en el indicado plazo y cuyo incumplimiento daría lugar a la caducidad de la autorización concedida.

Del mismo modo, con carácter previo a la declaración de extinción de la autorización por caducidad, sería conveniente establecer un trámite de requerimiento al interesado para que realice la actividad, con apercibimiento de los efectos extintivos que se derivarían de no atender dicha intimación en el nuevo plazo concedido al efecto.

No obstante, y como alternativa a la opción plasmada en el Proyecto, cabría también configurar el plazo de seis meses como de vigencia de la autorización, de tal forma que ésta quedaría automáticamente sin efecto una vez transcurrido aquél, sin necesidad de declaración expresa de caducidad, dando lugar a la simple extinción de la autorización por agotamiento de su plazo de vigencia.

— Artículo 8. Autorización de la cruz adicional.

El precepto exige aportar una descripción completa de la cruz que se pretende instalar, indicando sus características y medidas. Dicha información debería contemplar también las del soporte, toda vez que se impone una limitación en cuanto a la altura de la cruz adicional, que no podrá superar la de la fachada del local (artículo 4.2 del Proyecto).

— Artículo 10. Régimen sancionador.

El precepto es prescindible, en la medida en que la aplicación del régimen sancionador previsto en la LF no depende de su previsión expresa en la disposición proyectada, sino de la incardinación de las conductas contrarias a lo establecido en el futuro Decreto en alguna de las infracciones legalmente establecidas, dada la proscripción del reglamento en la fijación de los tipos infractores.

Si, no obstante, se opta por mantener el precepto, debería sustituirse el modo imperativo utilizado en “y dará lugar” por “y dar lugar”, que, en concordancia con el verbo “podrá”, resulta más acorde con la remisión en bloque al régimen sancionador contenido en la LF, pues será la aplicación de éste y no el futuro Decreto el que determine de forma concreta si una determinada conducta merece o no ser sancionada.

3. A la parte final.

— Disposición final primera. Aplicación y ejecución.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, cabría entender incluida en la facultad 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 dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto objeto de Dictamen.

SEGUNDA.- Son esenciales las observaciones formuladas al artículo 1 en relación al fundamento legal de la regulación proyectada, al artículo 6.6 en relación con el cómputo de los plazos y a la Disposición final primera, de conformidad con lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

TERCERA.- El resto de las consideraciones efectuadas, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 203/09.- Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)****Fecha: 23/11/09****Extracto de Doctrina***Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.***ANTECEDENTES**

PRIMERO.- Con fecha 11 de septiembre de 2008, x., en representación de x, y. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en solicitud de una indemnización por los daños padecidos como consecuencia de accidente de circulación en una carretera de titularidad regional.

Según los reclamantes, cuando el 20 de enero de 2008, la x. conducía el automóvil de x. por el kilómetro 23,3 de la carretera E-16, desde El Albuñón a La Azohía, pasando por Perín y La Aljorra, “*se desprendieron gran cantidad de piedras y rocas del talud de la carretera impactando con el techo y luna del turismo implicado, chocando éste con la valla de protección metálica izquierda, provocando un gran accidente y haciendo que, además de los daños sufridos por el vehículo, la conductora resultara con heridas de diversa consideración*”.

Para los interesados, la causa del accidente se encuentra en la ausencia de medidas de protección que impidieran la caída de rocas y piedras sobre la calzada, lo que acreditan mediante boletín estadístico ARENA de la Guardia Civil en el que se recoge, textualmente, que “*no se observan medidas de seguridad en la vía para evitar dichos desprendimientos*”.

El daño material se valora en 8.526,15 euros, cantidad a que asciende el presupuesto de reparación del vehículo siniestrado, cuya copia se adjunta a la reclamación; el personal, sufrido por la conductora, asciende a 2.571,03 euros, cantidad obtenida, tras aplicar el baremo contenido en la legislación de seguros para la valoración de los daños a las personas ocasionados por accidentes de circulación, para los 49 días de incapacidad temporal que acredita mediante los partes de consulta de los médicos que la trataron desde el mismo día del accidente (20 de enero de 2008), hasta su alta médica recibida el 6 de marzo siguiente. Igualmente se solicita el abono de los intereses legales correspondientes.

Se acompañan a la reclamación los siguientes documentos: a) poder para pleitos otorgado a favor del Letrado que presenta la reclamación en nombre y representación de los interesados; b) informe estadístico ARENA; c) presupuesto de reparación del vehículo; y d) diversa documentación clínica referida a la evolución de las dolencias de la x.

Se propone, además, como prueba, que se recabe de la Guardia Civil el Atestado relativo al siniestro, que identifica con su número.

SEGUNDO.- El 23 de septiembre de 2008, por el órgano instructor se procede a realizar las siguientes actuaciones:

a) Requerir a los interesados para que aporten diversa documentación acreditativa de la representación que ostenta el Letrado actuante, del seguro del coche, de las circunstancias del siniestro y de la evaluación de los daños. Dichos documentos serán unidos al procedimiento el 9 de octubre.

b) Solicitar a la Dirección General de Carreteras el preceptivo informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputan los daños por los que se reclama.

TERCERO.- El informe de la Dirección General de Carreteras, se expresa en los siguientes términos:

“1.- La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.

A).- No se tiene conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación patrimonial, por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del evento lesivo. Tampoco consta aviso de la Guardia Civil de Tráfico por este motivo ni en esta fecha ni en fechas próximas al supuesto accidente.

B).- No se puede determinar la existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.

C).-En fechas próximas a la del siniestro no existe constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar por desprendimientos del terreno ni avisos de emergencia de la Guardia Civil de Tráfico por este motivo.

D).- No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

E).- No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad a esta Administración o a otras administraciones, contratistas agentes.

F).- No se ha llevado hasta la fecha ninguna actuación de conservación relacionada con el evento lesivo descrito en la reclamación.

G).- El tramo de carretera no tiene ninguna señalización que merezca significar en relación con el evento lesivo.

H).- No se pueden valorar los daños causados.

I).- No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.

J).- Con relación a la presente Reclamación Patrimonial se ha de tener en cuenta lo siguiente:

1.- En el escrito se menciona que se produjo un desprendimiento de “gran cantidad de piedras y rocas” y que este hecho se recoge en el Atestado nº 2008300000269. Hay que destacar que el documento nº 2 que se menciona como atestado es un “informe estadístico” por lo que no recoge el testimonio de la Guardia Civil en el momento de ocurrir los hechos, ya que si se hubiera producido un desprendimiento con gran cantidad de piedras y rocas, necesariamente se habría comunicado por la G. Civil de Tráfico que realizó el atestado a esta Dirección General de Carreteras, para que la brigada de conservación se personara en el lugar y retirar el material caído sobre la carretera y evitar así el peligro que la gran cantidad de piedras y rocas podría suponer para el tráfico vial. De este hecho no se produjo aviso ninguno de emergencia, como hubiera sido lo habitual y el personal de esta

Dirección General de Carreteras, que es el único competente para retirar de la calzada el desprendimiento de piedras y rocas descrito, no fue avisada para subsanar el peligro que un desprendimiento supone.

2 - En el escrito de reclamación se menciona que el vehículo chocó contra la valla de protección metálica izquierda, en realidad debería ser, según el sentido de circulación que se describe que llevaba el vehículo, en la derecha. No obstante e independientemente de la margen, en dicha barrera de protección no existe ni ha existido ningún impacto, ni se ha reparado ningún tramo de barrera ni se ha comunicado a esta Dirección General de Carreteras por parte de la Guardia Civil de Tráfico la sustitución de ningún elemento de seguridad de la carretera en este tramo, estando actualmente en el mismo estado que en la fecha del siniestro.

3.- Por otra parte, de lo que sí se tiene conocimiento en esta Dirección General de Carreteras, es de un accidente ocurrido en aproximadamente en el p.k. 23+150, de un vehículo que se salió de la calzada supuestamente por exceso de velocidad e impactó contra un panel direccional situado en esa curva, al trazar mal la misma, y que dicho accidente ocurrió en la semana que se indica en la reclamación. Dicho panel fue repuesto por el personal de esta Dirección General”.

CUARTO.- Recabado reiteradamente (el 21 de octubre de 2008 y el 20 de enero de 2009) el informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras y antes de que aquél se evacue, el órgano instructor otorga trámite de audiencia a los interesados, quienes, el 17 de marzo de 2009, presentan escrito de alegaciones para ratificarse en su inicial pretensión resarcitoria.

QUINTO.- El 23 de junio de 2009 se emite el informe del Parque de Maquinaria, que considera adecuada la relación de las piezas que se han visto afectadas por el accidente, así como el precio de reparación del vehículo, el cual, no obstante, es superior a su valor venal, que estima en 6.400 euros.

SEXTO.- Con fecha 6 de julio de 2009, se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que ha quedado acreditada la concurrencia de todos los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de julio de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien soporte el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. Si los daños son físicos, la legitimación para reclamar corresponde a quien los padece en su persona.

En el supuesto sometido a consulta, uno de los reclamantes declara ostentar la propiedad sobre el vehículo dañado, lo que acredita con el permiso de circulación del automóvil, expedido a su nombre; la segunda reclamante, por su parte, es quien sufre en su persona los daños que imputa al accidente.

La condición de perjudicados que ostentan los reclamantes es la que genera su legitimación para actuar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que reconoce el derecho a la indemnización a cualquier persona que hubiese sufrido el daño.

2. La titularidad autonómica sobre la carretera donde tiene lugar el siniestro, circunstancia acreditada por el informe de la Dirección General de Carreteras, confiere legitimación pasiva a la Administración regional, al funcionamiento de uno de cuyos servicios se imputa el anormal funcionamiento causante del daño por el que se reclama.

3. La reclamación fue interpuesta en el plazo de un año que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC, toda vez que el percance acaeció el 20 de enero de 2008 y la reclamación se presentó el 11 de septiembre del mismo año.

4. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido en su normativa reguladora. No obstante, han de ponerse de manifiesto las siguientes irregularidades:

a) Los interesados solicitan por dos veces (en el escrito inicial y en la proposición de prueba formulada a requerimiento de la Administración) que se recabe de la Guardia Civil el Atestado correspondiente al siniestro causante de los daños por los que se reclama, toda vez que el documento que acompaña a la reclamación es un mero informe estadístico.

Sin embargo, el órgano instructor no sólo no actúa en el sentido señalado por los interesados, sino que tampoco rechaza de forma expresa la práctica de dicha prueba en los términos y por los motivos previstos en el artículo 80.3 LPAC.

De los términos en los que se expresa la propuesta de resolución se desprende que el instructor da por ciertos los hechos en que se basa la reclamación, no obstante, tras las dudas acerca de las circunstancias del siniestro manifestadas por la Dirección General de Carreteras, sería conveniente contar con el atestado elaborado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que cabe presumir mucho más detallado y completo acerca de la forma de producción del accidente y de las consecuencias del mismo.

b) El trámite de audiencia, de conformidad con el artículo 84.1 LPAC, ha de conferirse en un momento muy específico, cual es una vez instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. Es decir, tras el trámite de audiencia no deben realizarse más actos de instrucción; no obstante lo cual, si éstos se producen, ha de repetirse el trámite respecto del resultado de tales actos.

En el supuesto sometido a consulta, tras practicarse el trámite de audiencia, se ha incorporado al procedimiento el informe del Parque de Maquinaria dependiente de la Dirección

General de Carreteras. En él se señala que el valor venal del automóvil al momento del accidente es inferior al de reparación del mismo, según se expresa en el presupuesto del taller mecánico que acompaña a la reclamación.

Este Consejo Jurídico acoge (por todos, Dictamen 35/2000) aquella doctrina según la cual corresponde indemnizar los perjuicios materiales pagando el valor venal del vehículo, no el de la reparación según presupuesto, a menos que se haya acreditado en el expediente mediante la pertinente prueba que la reparación ha sido ya efectuada por el reclamante (Dictamen del Consejo de Estado 643/1999), sobre la base del principio de indemnidad que obliga a resarcir los daños efectivamente causados. En el mismo sentido, la sentencia núm. 976/2005, de 18 octubre, TSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

En consecuencia, y comoquiera que en el supuesto sometido a consulta no consta que se haya reparado el vehículo, si finalmente se estimara la reclamación, la cuantía de la indemnización respecto de los daños materiales no debería superar el valor venal estimado en el indicado informe del Parque de Maquinaria (inferior al reclamado), de donde se desprende que dicho documento incidiría de forma decisiva en el *quantum* de la indemnización, determinando la necesidad de dar audiencia a los interesados respecto al mismo, con anterioridad a la propuesta de resolución.

c) Atendido el sentido estimatorio de la propuesta de resolución sometida a consulta y la cuantía de la indemnización, debe advertirse que no consta en el expediente su sometimiento a fiscalización previa por la Intervención General, conforme a lo establecido en el artículo 9.1, letra a), 3º, en relación con los artículos 10, 11 y 14, todos 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.

Deben, en consecuencia, retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución, en orden a conceder trámite de audiencia a los interesados respecto del informe del Parque de Maquinaria. Comoquiera que dicho trámite de audiencia ha de realizarse una vez terminada la instrucción, ésta sólo puede entenderse completada cuando el órgano instructor acuerde unir al procedimiento el atestado policial —lo que este Consejo Jurídico estima muy conveniente por las razones antes expresadas— o bien lo rechace de forma motivada. Finalizado el trámite, ha de formularse nueva propuesta de resolución y, de mantenerse el sentido estimatorio y ser la indemnización propuesta superior a 4.500 euros, remitir todo lo actuado a la Intervención General en orden a su fiscalización previa, para, una vez evacuado el informe de fiscalización, someter nuevamente el procedimiento al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen sobre el fondo.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar la instrucción y, en su caso, someter el procedimiento a fiscalización previa, en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 204/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 23/11/09

Extracto de Doctrina

Tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, no todo hecho productor de daños en el centro docente pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 2 de julio de 2008 (registro de salida), el Secretario del Colegio Rural Agrupado Valle del Quipar remitió a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por x., en representación de su hija, alumna del citado centro escolar, de tres años de edad en el momento de los hechos, que cursaba estudios de Educación Infantil.

Señala en el escrito de reclamación que el día 14 de marzo de 2008 la menor sufrió daños, según la información recibida de la profesora, relatando lo siguiente:

“El día en cuestión mi hija de tres años salió al aseo a lavarse las manos, como este colegio no tenía lavabos adecuados para los niños de preescolar se tenían que subir a una silla para poder lavarse, mi hija cayó de la silla y se golpeó con la papelera en la boca rompiéndose el diente incisivo dental superior (de leche); la dentista después de examinarla dice que el incisivo definitivo puede estar dañado, con lo cual hay que hacerle un seguimiento y quisiera saber si la Consejería se responsabiliza si al final hubiese algún problema cuando salga el definitivo. Esto me cuesta el desplazamiento a su pediatra de Barranda y a la dentista a Caravaca, una cuantía de 10 euros y la dentista 20 euros. Pocos días después se coloca un lavabo para niños de preescolar.”

Solicita una indemnización de 30 euros, correspondientes a la valoración de los daños sufridos por la niña.

Por último, acompaña la siguiente documentación:

- Un parte de consulta al médico de cabecera (folio 8).
- Un informe de la dentista que la atendió, de 3 de junio de 2008 (folio 9).
- Una factura de la clínica dental por valor de 20 euros (folio 10).

SEGUNDO.- Consta el informe del Director del centro escolar, de 2 de julio de 2008, que describe los hechos ocurridos de forma coincidente con la madre de la menor, pero sin aludir a la causa del accidente: *“la alumna citada anteriormente estando en el aseo de la Almodema, se subió a una silla para lavarse las manos antes de tomar su almuerzo y resbaló cayendo al suelo. Este golpe le ocasionó la caída del incisivo central superior izquierdo*

(de leche). A la alumna, atendida por su tutora, se le cortó la hemorragia en breve y se le informó a la familia de los daños ocasionados a su hija.”

TERCERO.- El 25 de septiembre de 2008 se solicita informe al Director del centro escolar para que amplíe la información sobre los hechos; en concreto, que aclare si el aseo en que tuvo lugar el accidente escolar tenía adaptadas las piezas al tamaño de los usuarios de Educación Infantil, y si tras el accidente fueron sustituidas adecuadamente, así como si un adulto solía acompañar a los menores al aseo; dicho requerimiento es cumplimentado el 17 de octubre siguiente, señalando lo siguiente:

“Sobre las 11 de la mañana todos los alumnos/as de la clase de Educación Infantil de esta pedanía, estando realizando la actividad diaria de hábitos de higiene, fueron al aseo a lavarse las manos acompañados de su tutora (...)

A pesar de la vigilancia de la tutora realizada diariamente, la alumna x., nacida el 1 de mayo de 2004, subió a una silla, resbaló, y sin dar tiempo a sujetarla cayó fortuitamente de ésta.

Dicho golpe le ocasionó la caída del incisivo central superior izquierdo (de leche).

Tras este fatídico accidente se tomaron las medidas oportunas para solventar el problema y que ningún alumno/a tenga que subir sobre ninguna plataforma para realizar esta actividad.

Para ello se instalaron piezas de aseos aptas para estos alumnos en los aseos, ya que es general para todos los alumnos de Educación Infantil y Educación Primaria y aunque la tutora acompañe a los alumnos/as, no vuelva a ocurrir este tipo de accidente.”

CUARTO.- A instancias de la instructora, la Unidad Técnica de la Dirección General de Centros emite informe el 4 de noviembre de 2008 con el siguiente contenido (folio 17):

“El Colegio tiene una antigüedad de 20 años aproximadamente, y fue concebido para las enseñanzas de EGB, por lo que las piezas de los aseos estaban diseñadas acorde a la normativa existente en el momento de su ejecución. No obstante, es de destacar que no existe una normativa técnica o administrativa que indique la altura de los lavabos para los diferentes grados de enseñanzas antiguas y actuales.

Respecto del primer punto de su petición: no nos consta que las piezas primitivas hayan sido cambiadas o alteradas de su posición primitiva, existe en el aseo al día de la fecha de la visita un lavabo que está a menor altura que los proyectados e instalados en la construcción primitiva del centro; no se tiene constancia en esta unidad técnica cuando, quién y por qué fue instalado este lavabo.

Respecto del segundo punto de su escrito (...) deberán ser los servicios jurídicos de esta Consejería los que se pronuncien al respecto, dada la complejidad de las actuaciones de las dos administraciones implicadas en esta materia.

Respecto del tercer punto de su escrito (...) es de sentido común que existen alternativas que en mayor o en menor medida pueden entrañar menos riesgo para que los alumnos accedan a las piezas.”

QUINTO.- Concedido trámite de audiencia a la reclamante el 27 de julio de 2009 (notificado el 29 siguiente), no consta que haya presentado alegaciones.

SEXTO.- La propuesta de resolución, de 20 de agosto de 2009, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al haber quedado acreditado el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio educativo, así como que se trata de daños que no tiene obligación de soportar la menor, incumbiendo a la dirección del centro escolar atender los actos escolares habituales y el cuidado de los medios materiales, que debe hacer uso la población escolar de Educación Infantil.

SÉPTIMO.- Con fecha 2 de septiembre de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Requisitos previos: legitimación y plazo de reclamación. Procedimiento.

1. La reclamación fue presentada 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 la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, si bien no se ha aportado documento acreditativo de la relación de parentesco (libro de familia), aunque se infiere de la documentación remitida por el centro escolar.

2. En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Formación y Empleo es 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 docente donde ocurrió el accidente, lo que no obsta, como recoge la propuesta de resolución, que la conservación de los centros educativos públicos de educación infantil y primaria corresponda a las Corporaciones Locales, según la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, como indicamos en nuestro Dictamen 25/09:

“Una interpretación literal de este precepto llevó a trasladar la reclamación a la Corporación Local competente para el mantenimiento de las instalaciones docentes, cabe suponer que en el entendimiento de que dicha competencia le atribuía una legitimación pasiva exclusiva y excluyente de cualquier otra. Dicha interpretación es abiertamente contraria a la doctrina mantenida por este Consejo Jurídico, expresada de forma reiterada en numerosos Dictámenes (por todos, 52 y 128/2003, 157/2004, 132/2006, 33/2007) emitidos a solicitud de la Consejería ahora consultante, en cuya virtud, la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, no sólo porque el interesado ha deducido su recla-

mación frente a ella, 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 Consejería de Educación 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 el correcto mantenimiento de los inodoros, instando del Ayuntamiento su reparación o sustitución si así se consideraba necesario, evitando que perduraran unas condiciones de riesgo que se han desvelado especialmente peligrosas para la integridad física de los menores.

Desde esta perspectiva, una instrucción acorde con 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, 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 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), 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.

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.

(...)

No obstante si, como parece, la Administración educativa no intimó, antes del accidente, a la Corporación Local a que efectuara las labores de mantenimiento y reparación necesarias sobre el sanitario que causó los daños a la menor, sería difícil una imputación de responsabilidad municipal en vía de regreso, como ya se indicó en nuestro Dictamen 157/2004.”

En el presente caso, conforme se propone por la instructora, la Consejería consultante pretende asumir en exclusiva la responsabilidad frente a la reclamante. En caso contrario, debería haberse otorgado la correspondiente audiencia al Ayuntamiento, lo que se hace constar para futuros expedientes.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, si bien cabe reseñar la paralización que ha sufrido el procedimiento, desde

la emisión de informe por la Unidad Técnica de Centros Educativos hasta el otorgamiento del trámite de audiencia a la reclamante (más de seis meses), sin que, además, dicha paralización se encuentre justificada en la complejidad del expediente, lo que colisiona con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa.

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

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

De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa. Ahora bien, en cuanto a los daños acaecidos en centros escolares, este Consejo Jurídico ha razonado que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de los servicios públicos, con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el sistema de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (por todos, Dictamen núm.134/04). Por tanto, como dice la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, de 2 de julio de 2002, tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, no todo hecho productor de daños en el centro docente pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio.

En el presente supuesto la reclamante sostiene un defecto en las instalaciones, pues el centro escolar no disponía de lavabos adecuados para alumnos de Educación Infantil, pero también se infiere de su reclamación una *praxis* inadecuada por parte del centro escolar para que los menores accedieran a las piezas de aseo (subirlos a una silla), aun cuando fueran acompañados por su tutora, produciéndose el daño precisamente por la caída al suelo de la menor.

Este Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución estimatoria, al haberse acreditado en el procedimiento:

1º) El Colegio, de una antigüedad de 20 años aproximadamente, fue concebido para las enseñanzas de EGB (por lo tanto, no para Educación Infantil), por lo que las piezas de los aseos estaban diseñadas acorde en el momento de su ejecución, siendo general el aseo para los alumnos de Educación Infantil y Primaria.

2º) La práctica de la actividad diaria de hábitos de higiene, que implicaba subir a los menores a un silla para acceder al lavabo, era generadora de un riesgo como se materializó en el caso concreto, pese a que estuvieran acompañados por la tutora.

3º) La existencia de tal riesgo se confirma por la sustitución posterior de las piezas de aseo aptas para este alumnado.

4º) Según expresan los técnicos de la Dirección General de Centros, existían alternativas que, en mayor o menor medida, podían entrañar menos riesgo para que los alumnos accedieran a las piezas sanitarias (folio 17).

Por último, también se muestra la conformidad con la propuesta de resolución, en cuanto determina que el daño es imputable a la Administración regional como titular del servicio docente, con independencia de que con posterioridad se sustituyeran las piezas (se ignora por quién, según la Unidad Técnica del centro directivo), pues no consta en el expediente que la dirección del centro escolar denunciara tal circunstancia y/o hubiera solicitado con anterioridad la sustitución de algunos lavabos a las Administraciones competentes para que pudieran acceder estos menores, ni tampoco se adoptó una solución con menor riesgo para los alumnos de tan corta edad.

En consecuencia, el daño alegado se incardina en el ámbito propio de funcionamiento del servicio público, ya que han concurrido elementos adicionales generadores de riesgo, existiendo la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión de indemnización formulada (entre otros, Dictamen 161/2005, del Consejo Jurídico).

Además, se trata de daños que la alumna no tiene obligación de soportar (artículo 141.1 LPAC).

Por último, también se dictamina favorablemente la cuantía indemnizatoria reclamada (30 euros), sin perjuicio de su actualización (artículo 141.3 LPAC).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía solicitada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 205/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 23/11/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 154.

DICTAMEN 206/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 23/11/09

Extracto de Doctrina

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 fue cortada por los profesores que se encontraban presentes. Parece que se trataría de una situación que “por incontrolable resulta inevitable”, 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 n.º. 289/94 del Consejo de Estado y n.º. 86/01 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 10 de marzo de 2008, x., en nombre y representación de su hija, alumna del Colegio Público de Educación Infantil y Primaria (CEIP) Gabriela Mistral de Los Gabatos, Cartagena, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por los siguientes hechos según describe:

“Se peleó con un niño de su clase (x) y el niño le quitó las gafas y las dobló por la mitad.”

Solicita la cantidad de 145 euros, acompañando la factura de una óptica por dicha cantidad.

SEGUNDO.- Consta un “informe de accidente escolar” suscrito por la Directora del centro escolar, en el que señala que el día 11 de febrero de 2008, a las 14,05 horas, en la escalera de bajada, a la salida de clase, estando presentes dos maestras y otros alumnos del Centro, se produjeron los siguientes hechos:

“Al salir de la última sesión de la clase la alumna ya en las escaleras se dirigió agresivamente al otro alumno, x., el cual se defendió. A x. se le cayeron las gafas y al parecer se rompieron. No queda claro cómo se rompieron las gafas. Las maestras cortaron la pelea.”

TERCERO.- Requerida por la instructora la emisión de informe a la Dirección del establecimiento educativo sobre los hechos ocurridos, solicitando declaración de las dos profesoras presentes, el 14 de mayo de 2008 tuvo registro de entrada el informe del tutor x., en el que se reproduce el contenido del informe anteriormente emitido por la Directora.

CUARTO.- Concedido un trámite de audiencia a la interesada el 15 de julio de 2009 para alegar y presentar la documentación que en apoyo de su pretensión creyera oportuno, no fue retirada la notificación del trámite del servicio de correos.

QUINTO.- La propuesta de resolución, de 7 de septiembre de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no existir nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público.

SEXTO.- Con fecha 25 de septiembre de 2009 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.- 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.

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 Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el CEIP Gabriela Mistral de Cartagena.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial: nexo causal y antijuridicidad del daño.

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 que nos ocupa, del análisis de los documentos que obran en el expediente objeto de Dictamen y, especialmente, del informe del tutor de la alumna, se infiere que la actitud de la menor incidió en la producción del daño. En efecto, la alumna, al salir de la última sesión de clase, ya en las escaleras, se dirigió agresivamente a otro alumno y se le cayeron las gafas, sin que quede claro cómo se rompieron las mismas. Esta pelea fue cortada por las profesoras presentes. Carece el expediente de mayores precisiones al respecto, como tampoco se expresa las razones que motivaron el inicio de la pelea. En cualquier caso, lo que sí cabe considerar probado es que la actuación de la propia alumna, cuyas gafas quedaron dañadas, 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.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta también la edad de la alumna, nacida en el año 1997, perteneciente al curso de 5º.B, como destaca la propuesta de resolución, que la hace más consciente de sus propios actos.

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 fue cortada por los profesores que se encontraban presentes. Parece que se trataría de una situación que “por incontrolable resulta inevitable”, 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 nº. 289/94 del Consejo de Estado y nº. 86/01 del Consejo Jurídico).

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 los profesores cortaron la pelea.

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 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.

En el mismo sentido que en el presente caso, este Consejo se ha pronunciado en sus Dictámenes 74/2005 y 69 y 101 del año 2006

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 de la alumna, 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 207/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 01/12/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 12.

DICTAMEN 208/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 01/12/09

Extracto de Doctrina

Nota: concluye en la necesidad de completar la instrucción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 2 de mayo de 2006, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por los daños sufridos con ocasión de la asistencia recibida del Servicio Murciano de Salud.

Según la reclamante, sufrió daños considerables como consecuencia de la no detección a tiempo por el equipo médico del Hospital “Reina Sofía” de Murcia de un tumor, pretendiendo realizarle una operación de cirugía de “tumor colon transverso-ángulo hepático colon”, en lugar de la resección del tumor, que es lo que exigen los protocolos médicos.

Así mismo, afirma que las pruebas necesarias para detectar el tumor no se le hicieron hasta dos días antes de la operación, “*lo cual no concuerda con una práctica adecuada médica que debe evitar y prever las consecuencias de una actuación*”.

Según relata, el 3 de diciembre de 2004, acude al Servicio de Urgencias del Hospital remitida por el médico de cabecera para descartar hepatitis, dada la elevación de transaminasas que presentaba la paciente, lo que fue atribuido a contingencias laborales, pautando tratamiento farmacológico.

Con posterioridad, entre el 21 de enero y el 3 de febrero de 2005, y por prescripción de un especialista en digestivo, se le realiza ecografía de hígado, vesícula, bazo y riñones, que no revelan ninguna anormalidad.

El 16 de febrero se realiza una TAC que permite alcanzar el diagnóstico de “tumor estenosante e infiltrativo de colon transverso”, ingresando el 14 de marzo para someterse a intervención quirúrgica programada para el 22 de marzo.

Sigue la reclamante que, considerando que la cirugía que se le pretendía aplicar era de carácter experimental, sin que existiera dentro del equipo de cirugía un Oncólogo, decide retirar su consentimiento para la cirugía y solicitar una segunda opinión en marzo de 2005 en el Hospital “San Jaime” de Torrevieja (Alicante). Allí se le diagnostica un adenocarcinoma de intestino grueso que se considera irreseccable, comenzando tratamiento quimio y radioterápico el 23 de marzo de 2005, aunque posteriormente (el 6 de julio) se le practica una hemicolectomía derecha ampliada. Más adelante (20 de diciembre) será intervenida de nuevo por recidiva tumoral, reiniciándose quimioterapia el 2 de enero de 2006.

Por todo lo expuesto solicita el abono de los gastos ocasionados por la asistencia recibida en el centro privado, así como una indemnización por los daños que sufre, que no cuantifica.

Aporta junto a su reclamación copia de facturas expedidas a su nombre por el Hospital “San Jaime”.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de junio de 2006, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación y encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que requiere a la reclamante para que proponga los medios de prueba de que pretenda valerse.

Igualmente, solicita copia de la historia clínica al Hospital General “Reina Sofía” e informes de los profesionales que atendieron a la reclamante.

TERCERO.- Por el Hospital se remite copia de la historia clínica de la x. así como informe del Dr. x., médico adjunto del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo, según el cual:

“X. fue remitida a nuestro Servicio por Digestólogo de Zona con el diagnóstico de estenosis de colon (visto en enema opaco).

Es ingresada por Urgencias el 14-3-05. En los días siguientes se realizan los estudios diagnósticos pertinentes y se practica hemotransfusión de 2 concentrados de hemáties.

Con el diagnóstico de certeza de adenocarcinoma de intestino grueso se programa intervención quirúrgica para el día 22-3-05, firmando la paciente los consentimientos informados (quirúrgico y anestésico) específicos de esta cirugía.

El día 21-3-05, a las 15 horas, la paciente y familia solicitan hablar con Cirujano de Guardia (Dr. x.) al que plantean el deseo de requerir una segunda opinión en otro Centro Hospitalario.

El Cirujano de Guardia (Dr. x.) respetando el derecho de la paciente a una segunda opinión:

- Suspende la intervención.*
- Facilita fotocopias de informes y radiografías para la consulta de 2ª opinión.*
- Realiza informe provisional de alta por no disponer de Secretaria a esa hora.*
- Le da a firmar a la paciente la revocación de consentimiento quirúrgico y documento de Alta Voluntaria oficial del Hospital.*
- Y le desea buena suerte.*

En todo lo anteriormente expuesto nos remitimos a informe de alta definitivo y anotaciones en Historia Clínica.

Es todo lo que tenemos que manifestar en relación con la reclamación de x”.

CUARTO.- Por la reclamante se propone como prueba la documental, consistente en el historial clínico del Hospital Reina Sofía.

QUINTO.- Por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia se solicita copia del expediente administrativo para su incorporación al Procedimiento Ordinario nº 204/2007 iniciado a instancia de x., esposo de la reclamante —fallecida el 23 de junio de 2006—, quien actúa en nombre y representación de su hijo menor de edad.

Así mismo, se requiere al Servicio Murciano de Salud para que emplace a las partes interesadas.

SEXTO.- Solicitado, con fecha 25 de julio de 2006, informe a la Inspección Médica, es evacuado el 22 de enero de 2009, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1.- X., fue valorada por primera vez por un especialista en digestivo el 21 de Enero de 2005. Si bien en dos ocasiones había acudido a servicio de urgencias por otros motivos y reflejado sufrir dolor abdominal difuso e intermitente, la paciente no presentaba ni la edad, ni los factores de riesgo, ni los síntomas (que reflejan todos los autores consultados) que ayudan a sospechar que exista un tumor de colon. Desde que fue valorada por el digestólogo, se le solicitaron las pruebas complementarias para detectar patología abdominal, estas se solicitaron por orden de menor a mayor riesgo para el paciente, ecografía primero (que no dio positiva) y enema opaco, que dio el diagnóstico de presunción.

2.- Desde que fue valorada por primera vez por el digestólogo hasta que se obtuvo un diagnóstico transcurrieron menos de dos meses, por lo que no se puede decir que exista retardo en el mismo ni que éste tuviera causa efecto con el estadio, ya que ni siquiera se realizó la cirugía una vez diagnosticada.

3.- Una vez realizado el diagnóstico de presunción, la paciente permaneció ingresada en el hospital que le corresponde y le realizaron en cuatro días todas las pruebas que establece la medicina basada en la evidencia para confirmación, delimitación y estadiaje del tumor. También se le realizó el preceptivo preoperatorio, siendo apta para la intervención, y firmó los consentimientos informados de cada prueba cruenta que se le realizó y de la autorización de anestesia y la intervención quirúrgica.

4.- Para todos los autores, la cirugía es prioritaria como tratamiento inicial del tumor de colon transverso y posteriormente y de forma adyuvante (es decir, una vez libre de tumor por la cirugía), será valorada por el oncólogo y tratada en su caso por quimioterapia u otras terapias, motivo por el que aún no había participado del protocolo el Oncólogo, como reclama la paciente. Aunque el tratamiento del cáncer colo-rectal debe de ser un tratamiento multidisciplinario, es decir, que intervengan varias especialidades como son la Cirugía, la Oncología y la Radioterapia, sin olvidar que la base del mismo hoy en día sigue siendo la Cirugía.

5.- Queda demostrado que el protocolo al que iba a ser sometida la paciente no es una terapia experimental, ya que hay consenso en todos los especialistas consultados de que la resección del tumor es la primera pauta terapéutica y esta técnica viene siendo la misma desde hace décadas (y por tanto contrastada) y se realizan miles de intervenciones de este tipo a diario en España

6.- La paciente, libremente, tal y como establece la ley decidió no aceptar el protocolo propuesto por el servicio de cirugía del Hospital General Universitario Reina Sofía, y que como se ha demostrado en el apartado anterior es el que procede en el estadio II b que estaba el tumor, para todos los especialistas consultados y la bibliografía que existe al respecto.

a. Ley 41/2002, artículo 2:

— 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

— 4. *Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.*

b. La paciente siendo informada de las consecuencias de su decisión, decidió amparada por sus derechos la revocación de la autorización para la intervención y el alta voluntaria, asumiendo la responsabilidad de la misma.

CONCLUSIÓN

Concluimos que la actuación de los servicios sanitarios públicos fueron (sic) correcta para la medicina basada en la evidencia, tanto en tiempo como en forma, la paciente libremente decidió rechazar dicho tratamiento y así queda reflejado en la revocación de la intervención y la firma del informe de alta”.

SÉPTIMO.- El 28 de noviembre de 2008, los herederos de la reclamante aportan al procedimiento un informe médico que concluye como sigue:

“1ª.- X., casada con un hijo, de 36 años, fallece el 23 de junio de 2006 como consecuencia de la diseminación proximal y carcinomatosis a distancia de un Adenocarcinoma infiltrante y estenosante de colon derecho que se le diagnosticó en marzo de 2005, tras la práctica de enema opaco, y colonoscopia con biopsia del colon derecho, en el Hospital General Reina Sofía de Murcia, del Servicio Murciano de Salud.

2ª.- Con sintomatología y antes de ser diagnosticada del Carcinoma, durante 11 meses la enferma fue sometida a varios tratamientos médicos por parte del Médico de Cabecera, Dermatólogo y Alergólogo, Ginecólogo sin que se llegara a un diagnóstico de aproximación o de certeza de la causa que provocaba la sintomatología. Recibió tratamiento que suponían efectivo, sin confirmar cual es el proceso patológico por ninguno de los procedimientos analítico diagnósticos complementarios específicos y necesarios.

3ª.- El mantenimiento prolongado de un tratamiento médico inadecuado e ineficaz de un proceso patológico no filiado, por falta de utilización de los medios diagnósticos adecuados en el momento oportuno, se considera una Praxis Médica no acorde con los Conocimientos científico-médicos del momento, en un proceso donde el tiempo (diagnóstico precoz) y el mejor conocimiento del grado de afectación real de la enfermedad (estadiage), son factores decisivos para el éxito o fracaso de la terapéutica a aplicar, y la supervivencia.

4ª.- Existe una clara relación de causalidad entre la asistencia sanitaria recibida, que durante un prolongado periodo de tiempo (casi un año) no se planteó la posibilidad ni la hipótesis de un diagnóstico peligroso para la enferma, y que permite y ocasiona tardanza en obtener el diagnóstico de adenocarcinoma de colon derecho con la evolución desfavorable del proceso tumoral. El retraso de once meses en el diagnóstico del adenocarcinoma de colon transversal en una mujer de 34 años transformó lo inicialmente curable, (estadio A o B1) en un adenocarcinoma invasor en estadio evolutivo más avanzado, cuya curación ni fue posible ni tan siquiera dejó una razonable supervivencia disfrutando la paciente de una calidad de vida medianamente aceptable”.

Este informe fue remitido a Inspección Médica para su consideración en la elaboración de su correspondiente informe.

OCTAVO.- Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta informe médico colegiado, según el cual:

“1. La paciente acudió a la Consulta de su MAP en abril de 2004 para solicitar un régimen para adelgazar.

2. Tras las pruebas analíticas realizadas se aprecia la existencia de una anemia microcítica.

3. No se aprecia ninguna clínica compatible con la existencia de una neoplasia de colon.

4. La primera causa de anemia microcítica de las mujeres en la treintena son las alteraciones menstruales.

5. La atención en la consulta de alergia está plenamente justificada por presentar una urticaria crónica.

6. Posteriormente la paciente acude a la urgencia del hospital sin que se detectaran indicios de presentar una neoplasia de colon.

7. Tras acudir a la Consulta de digestivo se solicitan las pruebas correctas de acuerdo con la patología que presentaba la paciente, analítica, ecografía y enema opaco.

8. Es tras la realización de esta prueba cuando se envía al HRS en donde se aprecia una neoplasia avanzada de colon derecho.

9. Un 25% de pacientes son diagnosticados de neoplasia avanzada de colon.

10. De manera correcta se programa para cirugía siendo la paciente y la familia los que solicitan el alta voluntaria para realizar tratamiento quirúrgico en otro Centro, de otra comunidad.

11. El tratamiento quirúrgico y oncológico que se realiza en este centro esta disponible en la sanidad pública de Murcia.

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

NOVENO.- El 17 de marzo de 2009, la instrucción solicita a los reclamantes que acrediten su representación y que aporten el certificado de defunción de la x. y de la declaración de herederos, todo lo cual fue remitido por los interesados.

DÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, los reclamantes presentan escrito de alegaciones en el que manifiestan su disconformidad tanto con el informe de Inspección Médica como con el de la aseguradora, ratificándose en las conclusiones médico legales del informe pericial aportado por la parte actora, pues consideran que la ausencia de diagnóstico precoz a través de las pruebas pertinentes hizo que la paciente permaneciera desasistida de la grave enfermedad que padecía de modo injustificado, de forma que el diagnóstico tardío, después de once meses de presentar síntomas, provocó el fallecimiento de la paciente, existiendo una clara relación de causalidad entre el servicio público y el daño sufrido.

Así mismo, cuantifican el importe de la indemnización solicitada en 140.683'28 euros.

Se aporta, asimismo, declaración de herederos ab intestato de la paciente fallecida.

UNDÉCIMO.- Con fecha 5 de junio de 2009, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren en ella todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, ni la antijuridicidad de éste.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 16 de junio de 2009.

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 para reclamar.

1. La legitimación activa corresponde a la paciente, en tanto que es quien sufre en su persona los daños derivados de la asistencia sanitaria, 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 la reclamante durante la tramitación del procedimiento y la posterior incorporación de sus herederos, no altera la conclusión alcanzada acerca de la existencia de legitimación activa para reclamar. De hecho, la actuación de aquéllos en el procedimiento inicialmente se limita a asumir la posición procesal de la fallecida, pues únicamente aportan un informe médico-legal, sin alterar la causa de pedir ni la pretensión indemnizatoria, si bien, con ocasión del trámite de audiencia, ya reclaman por los daños sufridos por cada uno de ellos como consecuencia del óbito de su esposa y madre, respectivamente, lo que les confiere asimismo la condición de interesados en el procedimiento.

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 del centro sanitario (Hospital General “Reina Sofía”) donde se atendió a la paciente.

2. La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) establece para la prescripción del derecho a reclamar, pues, aunque el adenocarcinoma se diagnostica el 18 de marzo de 2005, los daños que, según la reclamante, se derivan del mismo no se encuentran estabilizados a dicha fecha, sino que continúa el tratamiento y la evolución de la enfermedad meses después, incluso en el momento mismo de formular la reclamación.

TERCERA.- Necesidad de completar la instrucción.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

No obstante, atendidas las imputaciones efectuadas por los reclamantes, se advierten en el expediente carencias esenciales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo y reclaman una instrucción adicional respecto a la llevada a cabo.

En efecto, las alegaciones del escrito inicial de reclamación señalaban como causa de los daños padecidos por la enferma tanto el retraso en la obtención de un diagnóstico acertado de sus dolencias como lo inadecuado del tratamiento quirúrgico que se le proponía por el equipo médico del Hospital General “Reina Sofía”. Para fundamentar la primera de ambas imputaciones, la reclamante comienza su relato de la asistencia sanitaria recibida aludiendo al episodio en que acude al Servicio de Urgencias del citado Hospital el 3 de diciembre de 2004.

Sin embargo, cuando el 28 de noviembre de 2008 los herederos de la paciente se personan en el procedimiento administrativo iniciado por su familiar ya fallecida y aportan un informe médico crítico con la asistencia recibida por aquélla, la fundamentación del retraso diagnóstico del tumor se modifica, en la medida en que ahora se imputa dicho retraso a la inadecuada valoración de los síntomas que presentaba la paciente (sobre todo, dolor abdominal, anemia ferropénica y pérdida de peso) por el médico de atención primaria y a la omisión de pruebas diagnósticas que habrían permitido detectar la naturaleza oncológica de los males que aquejaban a la enferma. Se fija, incluso, una fecha concreta en la que la persistencia de los síntomas, presentes desde la primera visita al médico de cabecera el 20 de abril de 2004, y su resistencia al tratamiento instaurado, debieron llevar a éste a sospechar la existencia del tumor. Dicha fecha es el 17 de julio de 2004.

En este informe, unido al procedimiento por los interesados, se concreta y precisa la imputación principal de retraso diagnóstico al que se pretende vincular causalmente la muerte de la paciente. Sin embargo, no consta en el expediente el informe de los médicos que asistieron a la paciente entre el 20 de abril de 2004 y el 14 de marzo de 2005, fecha en la que ya se diagnostica la existencia del tumor, siendo necesario traer al procedimiento, al menos, los del médico de atención primaria y el del Especialista de Digestivo que trataron a la enferma, pues es a su actuación, en especial a la del primero, a la que se imputa el daño (artículo 10.1 RRP).

Del mismo modo, debe traerse al procedimiento la historia clínica de la paciente correspondiente a ese período comprendido entre el 20 de abril de 2004 y el 14 de marzo de 2005.

Asimismo, el informe de la Inspección Médica, que únicamente se refiere a la atención sanitaria prestada a la paciente desde la fecha (3 de diciembre de 2004) indicada por ella en su reclamación inicial, habría de extenderse a efectuar una valoración crítica de la asistencia recibida antes de esa fecha, pues es en esas consultas previas (desde el 20 de abril de 2004) en las que el informe médico aportado por los interesados sitúa el momento en que se debió sospechar la existencia del tumor.

Del mismo modo, sería conveniente que la Inspección Médica valorara las afirmaciones del informe pericial de parte, pues en él se concretan los hechos y razonamientos técnicos en los que se basa la alegación del retraso diagnóstico, alcanzando conclusiones radicalmente distintas a las contenidas en el informe inspector, toda vez que considera que era posible haber anticipado el diagnóstico del tumor, mediante una mejor valoración de los resultados de las pruebas realizadas, o bien mediante la práctica de otras no realizadas (sangre oculta en heces) o realizadas tardíamente (colonoscopia, TAC y enema opaco).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Debe completarse la instrucción conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

Del resultado de las nuevas actuaciones instructoras habrá de conferirse trámite de audiencia a los interesados, previamente a la formulación de una nueva propuesta de resolución y solicitud de Dictamen sobre el fondo a este Consejo Jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 209/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de y, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.

Consultante: Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)

Fecha: 01/12/09

Extracto de Doctrina

El Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 3533/1999, de 17 de diciembre), sostiene mutatis mutandis que, aun cuando sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de los centros de educación especial, teniendo en cuenta las minusvalías que padecen los alumnos, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en un centro deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial. La misma conclusión se alcanzó por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes 17/2003 y 49/2006.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de enero de 2009 (registro de entrada), x., abogado de la Asociación el Defensor del Paciente en Murcia, en representación de x, y. y sus hijos x, y, según acredita con la escritura de poder que acompaña, presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Regional, por los daños morales sufri-

dos como consecuencia del fallecimiento de su hijo y hermano, respectivamente, residente del centro ocupacional “Julio López Ambit”, dependiente del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS), que cifran en la cantidad de 180.000 euros, actualizada conforme al IPC, e incrementada en el interés legal correspondiente.

Los hechos que motivan la presenta reclamación se describen por los interesados de la siguiente forma:

“X., de 33 años, residía y recibía tratamiento desde hacía varios años en el Centro Psiquiátrico Luis Valenciano, llamado actualmente Dr. Julio López Ambit de El Palmar, dependiente del IMAS, ya que padecía síndrome X frágil con déficit intelectual medio por encefalopatía anóxica.

El paciente era agresivo e incontrolado. Aunque era autónomo para los movimientos, controlaba los esfínteres y hace años comía solo, el día 30 de septiembre de 2000 ingresó en UCI del HUYA debido a que se atragantó mientras comía, quedando inconsciente. Desde entonces perdió la autonomía que antes tenía para esta tarea y comenzó a llevar una dieta a base de comida molida. Se adjunta informe del HUYA de 1 de octubre de 2000 como doc. n° 3.

El día 15 de febrero de 2008 falleció en el Hospital Psiquiátrico donde residía, atragantado con un trozo de pan. Se aporta certificado médico de defunción como documento n°. 4. El personal del Centro Luis Valenciano dijo a los familiares del paciente que todo había sucedido cuando x. se había colado en el comedor de los internos que no tenían problemas para comer.”

Los reclamantes achacan al IMAS una defectuosa asistencia y vigilancia del centro en el que residía, pues ni se le prestó la suficiente atención, ni se le aplicaron los medios humanos que estaban a su disposición para salvaguardar su vida e integridad física.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria reclamada (180.000 euros), se desglosa en las siguientes partidas:

- A cada uno de los padres: 50.000 euros.
- A cada uno de los hermanos: 20.000 euros.

Por último, proponen como prueba documental la historia clínica y el expediente completo del fallecido en el centro ocupacional.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designada instructora por Orden resolutoria del titular de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración de 19 de enero de 2009, se notifica a los interesados, según consta en los folios 23 a 36 del expediente.

TERCERO.- Mediante comunicación interior de 20 de enero de 2009, la instructora recaba el informe de la Dirección del centro ocupacional, que es cumplimentado el 10 de febrero siguiente, acompañando las declaraciones de la psiquiatra, el médico, la coordinadora de enfermería y los auxiliares que estaban de servicio en el momento en que se produjeron los hechos objeto de reclamación, así como la historia clínica.

Por su interés con el caso, se transcriben los siguientes párrafos del informe conjunto del médico y de la psiquiatra que le atendieron (folio 40):

“Nos refiere el personal que el residente x. se ha desplomado en el pasillo por posible atragantamiento con pan.

Advertido por dos auxiliares, inmediatamente salieron tras él. Ambas auxiliares le sacaron algunos restos de pan, y se avisó a enfermería acudiendo rápidamente el médico, la psiquiatra y cuatro enfermeros. Se le realizaron todas las maniobras de reanimación, extracción de restos y demás maniobras terapéuticas. A la vez, se avisó al 112.

Transcurridos unos minutos, apareció un coche de la policía local, avisados por el 112. Se marcharon una vez comprobado que su presencia no era necesaria. Se volvió a llamar al 112, y nos dijeron que no tenían una ambulancia UCI, y nos mandaron una ambulancia con el chofer solo. Cuando llegaron, viendo que ya había fallecido, se marcharon.

Se llamó entonces al juez forense de guardia de Murcia. Una vez analizado el caso y las circunstancias determinó que el médico del Centro realizara el levantamiento del cadáver y certificado correspondiente. Posteriormente apareció la policía nacional tomando nota del caso.

Se avisa a la familia a través de la policía local de Molina, porque el teléfono que figura en el centro no contesta. Se avisa a la funeraria y se traslada al Tanatorio Arco Iris de Molina de Segura. Lo acompaña la Directora hasta el Tanatorio y habla con la familia.”

También se transcribe el informe de una de las auxiliares que se encontraba cubriendo el salón 1-2, junto con una compañera (folio 42):

“Justo después de salir del comedor, el residente x., cayó al suelo y lo vio mi compañera y gritando me llamó y salí corriendo llamando al personal y en el salón 3-4 estaba un enfermero y demás auxiliares que salieron corriendo a socorrer al residente, seguí hasta el botiquín a llamar a más enfermeros y médico, acudiendo también la psiquiatra y compañeros. Llamamos al 112 y se hicieron las maniobras pertinentes.”

Además, constan otros testimonios del personal en los folios 41, 42, 44 y 45 del expediente.

CUARTO.- Con fecha 26 de marzo de 2009 se procede al otorgamiento de un trámite de audiencia a los reclamantes y a la aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros, presentando escrito de alegaciones los primeros el 8 de abril de 2009, en el que señalan:

- El finado era paciente interno de un centro psiquiátrico, incapaz de gobernarse por sí mismo y, por lo tanto, se encontraba bajo custodia y especial vigilancia de la Administración.
- El 30 de septiembre de 2000 tuvo un incidente de atragantamiento por comida sólida con parada cardiorrespiratoria, que tuvo que ser ingresado.
- Debido a lo anterior, todo el personal del centro sabía (o debía saber) que x. no podía comer alimentos sólidos, por lo que debían vigilarle.
- Por causas que se desconocen tuvo acceso a un alimento sólido.

Concluye que el funcionamiento del servicio público ha resultado defectuoso antes, durante el accidente y después del mismo. Antes, porque el interno no podía comer alimentos sólidos, durante porque falló la vigilancia del mismo, que debió de colarse en el comedor

de los que podían comer sin problemas y, posteriormente, porque no acudió al lugar en ese tiempo una UCI móvil, perdiendo una oportunidad de superar la crisis.

QUINTO.- La propuesta de resolución, de 29 de mayo de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que el fallecimiento se produjo por el atragantamiento de manera accidental de la víctima, sin que haya colaborado el actuar 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.

1. La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que las reclamantes, en su condición de padres y hermanos del fallecido, alegan un daño moral, como consecuencia de la actuación de los servicios sociales, lo que les confiere la condición de interesados (artículos 31.1 y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo LPAC, y artículo 4.1 RRP).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

2. En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el fallecimiento del residente se produjo el 15 de febrero de 2008 y la acción se ha ejercitado el 14 de enero de 2009.

3. El procedimiento tramitado ha seguido, en líneas generales y desde un punto de vista de cumplimiento estrictamente formal, lo determinado por la LPAC y RRP, ya que se inicia por Orden del órgano competente, se nombra órgano instructor, se solicita informe del servicio cuyo funcionamiento pudo ocasionar el daño y se evacua trámite de audiencia a los reclamantes.

TERCERA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de 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 particu-

lares, 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 49/2006), 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.

Los reclamantes imputan al IMAS una defectuosa asistencia y vigilancia del centro ocupacional respecto al residente, que padecía síndrome X frágil con déficit intelectual medio por encefalopatía anóxica, al morir atragantado por un trozo de pan el 15 de febrero de 2008, cuando su dieta era a base de comida molida. También imputan un funcionamiento anormal tras el incidente, al sostener que transcurrió un tiempo considerable para que el personal aplicara los primeros auxilios y que se perdió una oportunidad terapéutica, al no acudir una UCI móvil. Concluyen que la muerte del residente fue previsible y evitable.

Por el contrario, la propuesta de resolución, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, se fundamenta en el hecho de que un centro ocupacional no es un centro hospitalario, ni un hospital psiquiátrico, siendo un establecimiento 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, proporcionando a sus usuarios unos servicios especializados y complementarios (comedor, residencia y transporte), si bien dentro de un parámetro de normalidad, sin que exista un deber de vigilancia extrema de control en todos sus actos, sin perjuicio de reconocer la obligación de extremar su celo por las minusvalías que padecen los usuarios.

Sostiene, finalmente, que en el caso que nos ocupa el fallecimiento ocurrió por el atragantamiento de manera accidental de la víctima, sin que haya colaborado el actuar administrativo.

Veamos, por tanto, la aplicación al presente supuesto de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, en atención a las imputaciones realizadas por los reclamantes:

1. Situación basal del afectado y los servicios que prestaba el centro ocupacional “Julio López Ambit” al mismo.

X. ingresó en el Hospital Psiquiátrico Luis Valenciano el 27 de mayo de 1998, a los 22 años, llevado por la familia y acompañado por dos asistentes sociales (folio 53).

Fue diagnosticado de síndrome X frágil con déficit intelectual medio por encefalopatía anóxica.

Sobre la situación basal del residente disponemos datos en el momento de su ingreso (folio 48) y cuando le sucedió el incidente de un atragantamiento anterior en el año 2000, en el que se escribe en la historia clínica:

“contactamos con la familia, que nos informa sobre la situación basal del paciente; éste es autónomo para los movimientos, deambula sin ayuda, controla esfínteres y come sólo. Conversa a veces incoherentemente, con repetición frecuente de ideas, y desorientado en tiempo en ocasiones”.

Del mismo modo se anota en el historial de enfermería del centro, en el apartado de hábitos (folio 48):

“Alimentación: independiente en la alimentación, aunque cuesta trabajo que permanezca sentado durante la comida.

Eliminación: tiene buen control de esfínteres, y cuanto necesita ir al baño lo solicita.

Actividad: no tiene buen hábito para desarrollar tareas sencillas, pero colabora cuando está relajado. Realiza movimientos repetitivos (...)

Vestido: se viste de forma autónoma, pero no tiene capacidad para la elección del orden de la ropa y para reconocer el derecho y el revés (...)

Relaciones sociales: es extrovertido y comunicativo, aunque encuentra dificultad a la hora de encontrar las palabras adecuadas.”

Aunque la parte reclamante insiste en que el fallecido se encontraba ingresado en un Hospital psiquiátrico, sin embargo, ha de tenerse en cuenta, como destaca la propuesta de resolución, que era residente en un centro ocupacional, cuyo régimen no consta que hubiese sido discutido por la familia con anterioridad, en el que se presta una serie de servicios para las personas con deficiencia intelectual, como los ocupacionales, de desarrollo personal y social (encaminada a realizar actividades que tienen como objetivo procurar a la persona una mayor autonomía e integración social) y atención especializada, de acuerdo con lo previsto el Decreto regional 50/1996, de 3 de julio, sobre ingreso y traslado en centros ocupacionales de la Administración regional para personas con deficiencia intelectual (Decreto 50/1996 en lo sucesivo).

También, como actividades complementarias, pueden prestar servicios de comedor, residencia y transporte. En el caso del afectado residía en el centro ocupacional. Entre las actividades de comedor de estos centros, se establece que proporcionarán los menús y dietas adecuados a las necesidades nutricionales de cada usuario/a (artículo 3.2,a del Decreto 50/1996).

La parte reclamante reconoce que desde un incidente anterior de atragantamiento, que ocurrió en el año 2000, se le proporcionaba una dieta de comida molida, separando a los residentes en comedores. De lo anterior se infiere que se adoptaron en su momento las medidas oportunas en relación con su alimentación, como seguidamente se describe.

2. Medidas de vigilancia y de alimentación adoptadas en relación con el residente.

Los reclamantes imputan al IMAS falta de vigilancia y asistencia en el centro donde residía.

Sin embargo, como reconoce también la parte reclamante, a partir del suceso ocurrido en el año 2000, concretamente el 30 de septiembre, cuando el afectado se atragantó con un bolo alimenticio con pérdida de conciencia (folio 101), siendo ingresado en el Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 18), se le suministraba por el personal la comida molida, prueba de ello es que durante 7 años y medio, aproximadamente, no se produjo ningún otro incidente al interno. También está acreditado en el historial que al afectado se le realizaban revisiones periódicas para controlar su estado de salud (folios 49 y ss.).

También reconoce el escrito de reclamación que los residentes, en función de la dieta alimentaria, se encontraban separados en los comedores, lo que cabe añadir que se encontraban bajo la vigilancia del personal auxiliar y de enfermería, como se infiere de las declaraciones de todos los intervinientes (folios 41 a 45), dato este último que no ha sido controvertido por los reclamantes. La prueba de tal vigilancia y asistencia es que el atragantamiento no se produjo en el comedor, sino en el pasillo, como declara la coordinadora de enfermería:

“Me relata el personal auxiliar, ubicado en el salón 3-4 que después de comer, ya estaban todos los residentes fuera y los comedores cerrados, sobre las 14 h. observan desplomarse en el pasillo al residente (...).”

Descartado que el trozo de pan procediera del personal del IMAS, por las medidas preventivas adoptadas a partir del año 2000 ya descritas, se desconoce su origen, como destaca el escrito de alegaciones de los interesados, pudiendo proceder de otro residente de los que sí tomaban comida sólida, pues nadie pudo ver en qué momento y dónde lo pudo coger, teniendo en cuenta que los comedores ya se encontraban cerrados, describiéndose en algún testimonio que el residente se introdujo el trozo de pan, al parecer, cuando caminaba por el pasillo, de espaldas a los auxiliares (folio 44).

3. Actuación después del incidente del atragantamiento.

a) Sostienen los reclamantes en el escrito de alegaciones que transcurrió un tiempo considerable para aplicar los primeros auxilios, tras el atragantamiento, y que al no acudir una UCI móvil al lugar se perdió la oportunidad terapéutica de haber conseguido superar la crisis.

Sin embargo, del expediente se infiere que el afectado estuvo bajo cuidado asistencial y médico con inmediatez tras el incidente. Así se describe en el folio 40 por el médico y la psiquiatra, tras desplomarse el residente en el pasillo:

“Advertido por dos auxiliares, inmediatamente salieron tras él. Ambas le sacaron algunos restos de pan, y se avisó a enfermería acudiendo rápidamente el médico, la psiquiatra y cuatro enfermeras. Se le realizaron todas las maniobras de reanimación, extracción de restos y demás maniobras terapéuticas. Además se avisó al 112 ”.

En igual sentido, reconociendo la rapidez de la reacción, la declaración de una auxiliar que se encontraba trabajando aquel día (folio 42):

“Justo después de salir del comedor, el residente x. cayó al suelo y lo vio mi compañera, gritando me llamó y salí corriendo llamando al personal y en el salón 3-4 estaba un enfermero y demás auxiliares que salieron corriendo a socorrer al residente (...).”

También el testimonio de otra auxiliar (folio 43):

“En el momento en que x. se atragantó me encontraba en el cuarto de auxiliares cuando oí los gritos de mis compañeras avisando que éste se estaba ahogando. Acudí rápidamente, como el resto de mis compañeras, y sustituí a x. que estaba habiéndole la maniobra de Heimlich, siguiendo yo hasta que acudió en breves instantes los enfermeros, médico y psiquiatra. En todo momento estuvo asistido.”

b) En relación con la pérdida de oportunidad por la tardanza en llegar una UCI móvil, que achacan también los reclamantes a la asistencia recibida por el residente, cabe señalar que cuando llegó la ambulancia sin medicalizar el interno había fallecido, encontrándose, no obstante, bajo los cuidados de las enfermeras y de un médico, que no lograron reanimarlo pese a la aplicación de una serie de medidas, como describe el informe sobre la actuación del personal de enfermería (folio 45):

“Cuando llegamos a atenderle, ya se le había realizado varias veces la maniobra de Heimlich y extracción manual de comida en boca y anejos, realizado por un compañero enfermero.

Procedemos con la RCP básica. Se trae el carro de parada al lugar y se realizan las inflaciones de aire (...) Hasta la llegada del equipo médico, y obedeciendo sus órdenes médicas, se continúa con maniobras de RCP y extracción instrumental y manual del contenido que provocaba la obstrucción de la vía aérea. Así como la administración iv de 1 ampolla de adrenalina por orden médica y aspirado con extractor. Se mantienen las maniobras de reanimación sin que aparezcan signos de recuperación clínica (...).

En suma, no puede entenderse que exista responsabilidad patrimonial de la Administración regional, ya que su actuación no desencadena el suceso causal del desgraciado desenlace, sin que tampoco quepa imputar una reacción tardía del personal que, en número suficiente y debidamente cualificado, procedió de inmediato a realizar la maniobra de Heimlich a fin de dejar permeable la vía aérea, y se le practicó reanimación cardiopulmonar sin que aparecieran signos de recuperación clínica.

La misma conclusión se alcanzó por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes 17/2003 y 49/2006.

También el Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 3533/1999, de 17 de diciembre), sostiene *mutatis mutandis* que, aun cuando sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de los centros de educación especial, teniendo en cuenta las minusvalías que padecen los alumnos, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en un centro deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

Los reclamantes solicitan, en concepto de daños morales, la cantidad de 180.000 euros por el fallecimiento del residente, sin aportar mayor justificación.

Dicha cantidad resulta a todas luces desproporcionada, teniendo en cuenta que no se ha acreditado por los reclamantes que dependieran económicamente del interno, ingresado en una residencia del IMAS desde el año 1998, pues, como señalamos en nuestro Dictamen 17/2003, ya indicado:

“En efecto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las indemnizaciones por muerte no son un derecho derivado de la herencia, sino que más bien se trata de una

indemnización causa doloris y/o por quebranto patrimonial, a la que tendrían derecho quienes sufren daño o ven mermado su patrimonio por el fallecimiento de la víctima, es decir, habría que resarcir los perjuicios de toda índole, “de quien además del evidente soporte afectivo, proporciona a los actores el oportuno soporte económico” (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001).”

Tampoco tienen en cuenta los reclamantes, en relación con la cuantía indemnizatoria solicitada, determinados extremos relacionados con el fallecido: su dependencia del IMAS, frecuencia de los contactos familiares, etc., pues no debe olvidarse que para la valoración del daño, en su caso, han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del afectado, en relación con el funcionamiento de la Administración a la que se imputa el daño.

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 Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 210/09.- Revisión de oficio del acuerdo plenario de 12-05-2005 por el que se aprobó definitivamente la 1ª Modificación del Plan Parcial El Saladar II, de Lorquí.

Consultante: Ayuntamiento de Lorquí

Fecha: 01/12/09

Extracto de Doctrina

1. Conviene destacar que el procedimiento cualificado se aplica no sólo en los supuestos en los que se modifican cuantitativamente las superficies de zonas verdes, sino también en los que, sin alterar su cuantificación legal, se modifica su disposición o localización, como ocurre en el presente supuesto, aunque pueda serlo en una escasa proporción, pues el artículo 149.3 TRLSRM, como se ha indicado con anterioridad, no establece el procedimiento cualificado en función de si la alteración es o no sustancial, sino cuando se produzca “una diferente zonificación o uso urbanístico de los espacios libres públicos previstos”, es decir, que se altere la calificación de terrenos anteriormente zonificados por el planeamiento como espacios libres públicos, aunque sea puntualmente.

2. Se aprecia el vicio alegado respecto al acuerdo plenario de aprobación definitiva de la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II, que se encuentra viciado de nulidad de pleno derecho por incompetencia *ratione materiae* (artículo 62.1,b LPAC), ya que correspondía su aprobación al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Resolución de la Alcaldía de 17 de mayo de 2004, se aprobó inicialmente la modificación del Plan Parcial Industrial “El Saladar II” (citada posteriormente como modificación núm. 1), a iniciativa de los propietarios mayoritarios, sometiendo el proyecto a información pública por plazo de un mes, según anuncios publicados en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) y en dos diarios de mayor circulación de ámbito regional. También se notificó individualizadamente a los propietarios afectados (folio 1 a 30).

SEGUNDO.- Recabado el informe de la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo, fue evacuado por su titular el 6 de octubre de 2004, en el sentido de indicar, entre otros aspectos, que la modificación afecta a las zonas verdes previstas en el Plan Parcial aprobado definitivamente, sin que sea admisible reducir su superficie como se plantea en los planos de la modificación, debiéndose acreditar el cumplimiento de las determinaciones que afectan a las reservas para equipamientos y zonas verdes conforme a la legislación aplicable. También recuerda, al afectar a las zonas verdes previstas, que la aprobación provisional corresponde al Pleno municipal y la definitiva al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, conforme al artículo 149.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio (TRLSRM en lo sucesivo).

TERCERO.- Informada favorablemente por el técnico municipal (folio 37) y por la asesora jurídica del Ayuntamiento (folios 39 a 43), el Pleno de la Corporación, en su sesión de 12 de mayo de 2005, aprueba definitivamente la modificación núm. 1 del Plan Parcial Industrial El Saladar II, publicada en el BORM de 20 de junio de 2005. Casi dos años después, el 17 de mayo de 2007, el Subdirector General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo recuerda al Ayuntamiento de Lorquí la obligación de remitir al centro directivo un ejemplar del Plan Parcial modificado y copia del expediente administrativo a los efectos de su conocimiento y efectos oportunos (artículo 140,c TRLSRM). Consta cumplimentada tal exigencia legal por la Alcaldía, según oficio de 31 de mayo de 2007 (folio 46).

CUARTO.- Mediante Resolución de la Alcaldía de 5 de marzo de 2009 se aprobó inicialmente la modificación núm. 2 del Plan Parcial El Saladar II, que también fue sometida a informe de la Dirección General de Urbanismo, que lo emitió el 13 de abril de 2009, en el siguiente sentido:

“La presente modificación nº. 2 del Plan Parcial El Saladar II (se apoya en la ordenación de los espacios libres públicos de la Modificación nº. 1) se ha visto afectada por las deficiencias señaladas a la Modificación nº. 1 de dicho Plan y que fue aprobada definitivamente por el Ayuntamiento:

1) se incumple el artículo 149.3 TRLSRM, ya que al producirse una diferente zonificación de los espacios libres públicos previstos, la aprobación definitiva de la presente

Modificación del Plan Parcial “El Saladar” corresponde al Consejo de Gobierno de la CARM, previa aprobación provisional por el Ayuntamiento (...)”.

Concluye el informe que la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II debe considerarse nula de pleno derecho por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, por lo que debería, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) y en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), proceder a la revisión de oficio de la citada modificación.

En su cumplimiento, el 14 de mayo de 2009, el Pleno de la Corporación adopta el acuerdo de anular (sin ajustarse al procedimiento previsto legalmente) el adoptado por el mismo Pleno el 12 de mayo de 2005, por el que se aprobaba definitivamente la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II, entendiéndose que así se daba cumplimiento al artículo 149.3 TRLSRM. Además, se vuelve a aprobar provisionalmente la precitada modificación y se corrigen errores materiales de los planos, uno de ellos consistente en eliminar en la zona verde 4 (ZV-4) una pequeña superficie de equipamiento.

El precitado acuerdo, con la documentación que le acompaña, fue remitido a la Administración Regional para su aprobación definitiva por el órgano competente.

QUINTO.- Sometido el expediente de modificación núm. 1 del Plan Parcial a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, es evacuado el 28 de septiembre de 2009, en el sentido de señalar que, antes de su aprobación definitiva por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, debe acreditarse en el expediente que se ha adoptado el procedimiento de revisión de oficio del acuerdo plenario de la Corporación municipal de 12 de mayo de 2005, por el que se aprobaba definitivamente la modificación de forma indebida. Una vez subsanadas las observaciones respecto a ésta, prosigue, podrá ser elevada la modificación núm. 2 del Plan Parcial, que también afecta a los espacios libres, por lo que igualmente debe ser aprobada por el citado órgano de la Comunidad Autónoma.

SEXTO.- Con fecha 5 de octubre de 2009 se acuerda por el Pleno municipal iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acuerdo plenario de 12 de mayo de 2005, por el que se aprueba definitivamente la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II, y su notificación a todos los interesados en el procedimiento.

SÉPTIMO.- Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia el 14 de octubre de 2009, se completó el expediente remitido por el Ayuntamiento el 2 y 3 de noviembre siguiente, aportando copia del trámite de audiencia otorgado a los propietarios del sector y una certificación de no haber presentado alegaciones, informes del técnico municipal y del Secretario municipal de 30 de octubre y de 2 de noviembre de 2009, respectivamente, así como la propuesta de la Alcaldesa del acuerdo a adoptar por el Pleno de la Corporación, declarando la nulidad de pleno derecho del acuerdo plenario de 12 de mayo de 2005, así como la propuesta de conservación de todas las demás actuaciones realizadas en la tramitación de la modificación núm. 1 del Plan Parcial, anteriores al acuerdo viciado de nulidad de pleno derecho.

OCTAVO.- El mismo 2 de noviembre del año en curso se adoptó por este Consejo Jurídico el Acuerdo 12/2009, por el que se requería al Ayuntamiento de Lorquí que completara las actuaciones con la siguiente documentación:

“1º) Debe remitirse el informe de la Dirección General competente en materia de urbanismo de 13 de abril de 2009, citado en el Acuerdo plenario que inicia el procedimiento de revisión (folio 62).

2º) Debe acompañarse el proyecto de la 1ª Modificación del Plan Parcial El Saladar II, cuya aprobación definitiva se revisa.

3º) Para el pronunciamiento de este Órgano Consultivo, se requiere de un informe municipal que contraste gráficamente la distinta zonificación de los espacios libres públicos previstos en el Plan Parcial aprobado y los resultantes de la 1ª Modificación (no sólo su cuantificación, según el evacuado por el técnico municipal el 30 de octubre), aunque las modificaciones sean de escasa entidad, puesto que éste es el presupuesto determinante para que se produzca la alteración de las reglas competenciales para la aprobación definitiva de la Modificación del Plan Parcial (artículo 149.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo regional, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio), tratándose de un dato esencial para constatar el vicio de nulidad de pleno derecho alegado.”

NOVENO.- Con fecha 5 de noviembre de 2009 (registro de entrada) se ha remitido por el Ayuntamiento a este Órgano Consultivo la siguiente documentación:

1ª) Informe de la Dirección General de Urbanismo de 13 de abril de 2009.

2ª) Proyecto de modificación núm. 1 del Plan Parcial.

3ª) Informe del arquitecto municipal de 3 de noviembre de 2009, al que se acompaña un anejo gráfico con la aportación de los planos de la ordenación original y de la resultante de la modificación.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo y determinante en la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas en supuestos de nulidad de pleno derecho, según establecen los artículos 102,1) y 2) LPAC, en relación con 62, 1 y 2 de la misma Ley, y 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; específicamente, en materia de urbanismo, el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, aprobado por RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, establece que las Entidades Locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

La aplicación del régimen general a la revisión de los actos administrativos de las Corporaciones Locales está también prevista en el artículo 53 LBRL que señala: “*Las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común*”.

Y, finalmente, el artículo 232.1, segundo párrafo, del TRLSRM establece que en los supuestos de nulidad se procederá en los términos previstos en el artículo 102 LPAC, previo dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones previas.

1ª) Sobre el procedimiento y el órgano competente para resolver.

En cuanto a la tramitación, se ha seguido lo dispuesto en el artículo 102 LPAC, al que se remite el artículo 53 LBRL. Respecto al órgano municipal competente para la resolución del presente procedimiento, el artículo 110.1 LBRL atribuye al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho.

En este caso la revisión de oficio afecta a la aprobación de un instrumento de planeamiento, concretamente, de la modificación núm. 1 del Plan Parcial Industrial El Saladar II.

Obviamente no se puede declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo que haya puesto fin a la vía administrativa, sin ajustarse al procedimiento previsto en el artículo 102 LPAC para la revisión de las disposiciones y actos nulos, como pretendía el acuerdo plenario de 14 de mayo de 2009 (folio 47), pues, a su vez, se incurriría en un vicio de nulidad de pleno derecho por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e LPAC).

2ª) Plazos.

El plazo para ejercitar la acción de nulidad no está sujeto a caducidad y, además, la acción es imprescriptible, a tenor de lo establecido en el artículo 102 LPAC.

En relación con el plazo para resolver el presente procedimiento de revisión, el transcurso de los tres meses desde su inicio sin dictarse resolución produce la caducidad del mismo, según el artículo 102.5 LPAC.

Ello explicaría que en las notificaciones que se practicaron a los propietarios afectados por este procedimiento de revisión, con la finalidad de otorgarles un trámite de audiencia, se advirtiera que conforme al artículo 42.5, c) LPAC, el plazo para la resolución quedará en suspenso hasta que se haya emitido el Dictamen por este Consejo Jurídico, al considerarse subsumido en los informes de carácter preceptivo y determinante de su contenido, si bien tal actuación se ha realizado de forma incompleta, pues no consta adoptado tal acuerdo suspensivo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución por parte del órgano consultante.

En todo caso, incoado el procedimiento de revisión de oficio por acuerdo del Pleno de 5 de octubre de 2009, el mismo órgano dispone de tres meses para su resolución y notificación, que cumple el próximo 5 de enero de 2010.

TERCERA.- Naturaleza y procedimiento de aprobación del instrumento de planeamiento, cuya aprobación definitiva es objeto de revisión de oficio.

Es objeto del presente procedimiento de revisión de oficio la aprobación definitiva por el Pleno municipal de la modificación núm. 1 del Plan Parcial "El Saladar II", que desarrolla un sector previsto por las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Lorquí (NNSS) como suelo apto para urbanizar sectorizado, de uso industrial.

Conviene recordar que los planes parciales son instrumentos de planeamiento de desarrollo, que tienen por objeto la ordenación detallada del suelo urbanizable en los sectores que se delimiten en el planeamiento general, en este caso las NNSS, cuyo contenido viene determinado por el artículo 106 TRSLRM.

La modificación del citado Plan Parcial se realiza a iniciativa de los propietarios mayoritarios del sector, según la Memoria justificativa, si bien en la carátula del proyecto y en algunos informes obrantes en el expediente se hace referencia a la Junta de Compensación, aunque esta última iniciativa no consta acreditada en la documentación remitida, a través de un acuerdo específico de la citada entidad urbanística colaboradora.

Respecto al procedimiento de aprobación de este tipo de planes, el TRLSRM establece la siguiente tramitación (artículo 140):

a) La aprobación inicial se otorgará por el Ayuntamiento, sometiéndolo a información pública durante un mes mediante anuncio en el BORM y en dos diarios de mayor difusión regional.

b) Cuando se trate de planes de iniciativa particular ha de notificarse individualizadamente a los titulares que consten en el Catastro para que, en el mismo plazo, puedan alegar lo que a su derecho convenga. Simultáneamente el plan se somete a informe de la Dirección General competente en materia de urbanismo y de los organismos que resulten afectados, que deberán emitirse en el plazo de un mes.

c) A la vista del resultado de la información pública, y previo informe de las alegaciones y de los informes emitidos, el Ayuntamiento acordará sobre su aprobación definitiva.

Las aprobaciones iniciales y definitivas corresponden a la Alcaldía y al Pleno, respectivamente, según los artículos 21.1.j) y 22.2.c) LBRL.

En el caso que nos ocupa, que versa sobre una modificación de un Plan Parcial previsto, el procedimiento se ajusta con carácter general al descrito anteriormente, salvo que tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de los espacios libres previstos en el Plan Parcial primitivo, en cuyo caso se aprobará provisionalmente por el Pleno municipal y se elevará para su aprobación definitiva por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, previos los informes favorables de las Direcciones Generales competentes en materia de urbanismo y de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma (artículo 149.3 del citado Texto Refundido).

La razón de un procedimiento cualificado para la aprobación de los instrumentos de planeamiento que modifiquen los espacios libres públicos, prevista en la legislación estatal y en el derecho autonómico, estriba en la finalidad de preservar un estándar que favorezca la calidad de vida de los ciudadanos, como indicamos en nuestro Dictamen 45/2000, sobre el Anteproyecto de la Ley del Suelo regional.

Por tanto, si se constata posteriormente que la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II conlleva una diferente zonificación o uso urbanístico de los espacios libres previstos —cualquiera que sea su entidad y aunque no se reduzca su superficie— se tendrá que haber seguido el procedimiento cualificado indicado con anterioridad.

Advertida cierta confusión en algún informe, conviene aclarar que no cabe confundir este procedimiento cualificado para la aprobación de las modificaciones de espacios libres públicos, que es aplicable a todo tipo de planes dado que no se distingue en la norma habilitante (artículo 149 TRLSRM), de los supuestos de modificaciones estructurales o no estructurales del planeamiento general (artículos 138 y 139 TRLSRM), definiéndose las primeras como las que suponen alteración sustancial de los sistemas generales, cambio de uso global del suelo o su intensidad, pues tales modificaciones sólo podrían ser realizadas

por una modificación del planeamiento general, a tenor de lo previsto en el artículo 98,h) TRLSRM.

Por último, respecto a la naturaleza jurídica de los instrumentos de planeamiento (entre los que se incluyen los Planes Parciales), el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto (Memoria correspondiente al año 2004), destacando su naturaleza de normas jurídicas de carácter reglamentario (STS, Sala 3ª, de 30 de julio de 2008), como también reiteramos en nuestro Dictamen 204/08.

CUARTA.- Sobre el vicio de nulidad alegado.

Por la Alcaldía se propone al Pleno municipal, conforme al informe del Secretario de la Corporación de 2 de noviembre de 2009, que se declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo plenario de aprobación definitiva de la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II de Lorquí, de 12 de mayo de 2005, al haberse incurrido en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1,b) LPAC:

“1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

(...)

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio (...)”

Por tanto, finalmente se reconoce en sede municipal que la aprobación de la citada modificación conllevaba la modificación de los espacios libres públicos (aunque no su cuantificación, aspecto sobre el que insiste reiteradamente el técnico municipal), como advirtió tempranamente el informe de la Dirección General competente en materia de urbanismo (folio 31), frente a la opinión sostenida por los informes técnicos y jurídicos municipales en el procedimiento de aprobación de la modificación núm. 1. Así el informe del técnico municipal de 15 de febrero de 2005 (folio 33) señala:

“Las reservas de zonas verdes (10,82 % de la superficie total) cumplen con el mínimo establecido en la LSRM (10%). Se mantienen en la ubicación original establecida en la ordenación del Plan Parcial original e incrementan ligeramente la superficie total de las mismas. Se ubican principalmente en la zona anexa a la Rambla Salar Gordo, tal y como establecen las Normas Subsidiarias (...)”

Por el contrario, la Dirección General competente en materia de urbanismo siempre ha sostenido que con la modificación núm. 1 se producía una diferente zonificación de los espacios libres públicos previstos en el Plan Parcial primitivo, que se reitera en el informe del titular del centro directivo de 13 de abril de 2009, en relación con la modificación núm. 2 del mismo Plan Parcial, aportado al expediente a petición de este Órgano Consultivo.

Conviene destacar que el procedimiento cualificado se aplica no sólo en los supuestos en los que se modifican cuantitativamente las superficies de zonas verdes, sino también en los que, sin alterar su cuantificación legal, se modifica su disposición o localización, como ocurre en el presente supuesto, aunque pueda serlo en una escasa proporción, pues el artículo 149.3 TRLSRM, como se ha indicado con anterioridad, no establece el procedimiento cualificado en función de si la alteración es o no sustancial, sino cuando se produzca *“una diferente zonificación o uso urbanístico de los espacios libres públicos previstos”*, es decir,

que se altere la calificación de terrenos anteriormente zonificados por el planeamiento como espacios libres públicos, aunque sea puntualmente.

Por lo tanto, se trata de determinar si el acuerdo en su día adoptado por el Pleno municipal del Ayuntamiento de Lorquí, en su sesión de 12 de mayo de 2005, por el que se aprobaba definitivamente la modificación núm. 1 del Plan Parcial referido, se encuentra viciado de nulidad de pleno derecho por incompetencia *ratione materiae* (artículo 62.1,b LPAC), en cuyo caso hubiera correspondido tal aprobación al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma; esta incompetencia se desprende de los informes evacuados por la Dirección competente en materia de urbanismo y de los planos de contraste entre la ordenación vigente y modificada remitidos por el Ayuntamiento de Lorquí, en los que, por ejemplo (y sin ánimo exhaustivo) se advierte en la forma de la zona verde 1. También se constata una modificación en la zona verde 4 (zona de equipamiento), aun cuando no figure en los planos de contraste remitidos (sí en el proyecto de modificación), pues el Ayuntamiento suprimió posteriormente tal calificación, considerándolo como un error material (folio 47, reverso), si bien un cambio de tal naturaleza, que no deriva de la contradicción entre los documentos gráficos del plan, difícilmente es subsumible en dicho concepto (error material), pues requiere de diversas actividades intelectivas (aplicación de criterios o valoraciones técnicas, etc.), al margen de afectar tal cambio al régimen jurídico de los terrenos, por lo que cualquier cambio debería insertarse en el procedimiento de aprobación de la modificación.

En conclusión, se aprecia el vicio alegado para declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo plenario de aprobación definitiva de la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II.

QUINTA.- Efectos de la declaración de nulidad del acuerdo de aprobación definitiva.

La propuesta de acuerdo sometida a Dictamen también establece, en su apartado segundo de la parte dispositiva, la conservación de las demás actuaciones realizadas en la tramitación de la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II anteriores al acuerdo viciado, lo que resulta conforme con el principio de conservación de los actos o trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción, conforme a lo establecido en el artículo 66 LPAC.

Por tanto, con la anulación del acto de aprobación definitiva que realice el Pleno municipal, conservando las actuaciones anteriores, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 149.3 TRLSRM, procedería adoptar un nuevo acuerdo de aprobación provisional por el Pleno municipal y elevar el expediente a la Consejería competente para su aprobación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. En ningún caso, con fundamento en el principio de conservación expuesto, podría mantenerse el posterior acuerdo de aprobación provisional de 14 de mayo de 2009, al haberse adoptado antes de la anulación del acuerdo de aprobación definitiva del Plan Parcial, y contener algunas determinaciones contrarias al ordenamiento jurídico ya expuestas (anulación directa del acuerdo de aprobación definitiva), teniendo en cuenta que este último, por su naturaleza de acto trámite, permite su modificación y sustitución por el nuevo que se adopte por el órgano competente, tras la declaración de la nulidad de pleno derecho de la aprobación definitiva.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo de aprobación definitiva de la modificación núm. 1 del Plan Parcial El Saladar II del municipio de Lorquí, por estar incurso en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.b) LPAC, siempre y cuando se adopte el pertinente acuerdo por el Pleno municipal y se notifique dentro del plazo indicado en la Consideración Segunda.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 211/09.- Reconocimiento de obligaciones con omisión del trámite de fiscalización previa derivadas de los siguientes contratos: Construcción de instalaciones para la interpretación del patrimonio rural del Valle y Carrascoy, adquisición e instalación de 36 equipos contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia, y asistencia técnica para la dirección de obra, coordinación de seguridad y salud de las obras de instalación de 36 equipos contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 09/12/09

Extracto de Doctrina

Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes emitidos sobre supuestos de ejecución de prestaciones derivadas de relaciones contractuales no amparadas por resolución del órgano de contratación o, como en el presente caso, con existencia de dicha resolución aunque viciada de nulidad por haberse dictado con omisión del procedimiento legalmente previsto para ello (por todos, Dictamen 215/2008), la Administración ha de hacer frente a la obligación contraída, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para ella (STS, Sala 3ª, de 30 de septiembre de 1999). Debe tenerse presente que la Ley General Presupuestaria sitúa el origen de las obligaciones de la hacienda en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen (art. 21), acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En las fechas que a continuación se señalan la Consejería de Agricultura y Agua llevó a cabo las siguientes actuaciones:

1. El 16 de marzo de 2007 adjudicó a la empresa --, S.L. el contrato de ejecución de obra para la “Construcción de instalaciones para la interpretación del patrimonio natural de El Valle y Carrascoy” (expte. 5/07), por importe de 183.995,18 euros. El contrato fue formalizado el siguiente día 23 de marzo, levantándose acta de comprobación de replanteo el día 27 de abril, con lo que el contrato, cuya duración era de ocho meses, debía estar finalizado el día 27 de diciembre de 2007.

El contratista solicitó prórroga de dos meses que le fue concedida por Orden fechada el 26 de diciembre de 2007, sin someterla a fiscalización previa a pesar de que la concesión de la prórroga implicaba que el plazo de finalización del contrato se desplazaba al día 27 de febrero de 2008, con el consiguiente traslado de gasto desde el presupuesto del ejercicio 2007 al del año 2008.

2. El 25 de junio de 2008 adjudicó a la empresa --, S.L. el contrato mixto (de suministro y obra) para la “Adquisición e instalación de 36 equipos de contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia” (expte. 9/08), por importe de 705.012 euros. El contrato fue formalizado el siguiente día 22 de julio, levantándose acta de comprobación de replanteo el día 7 de octubre, con lo que el contrato, cuya duración era de tres meses, debía estar finalizado el día 7 de enero de 2009.

El contratista solicitó prórroga de tres meses que le fue concedida por Orden fechada el 17 de diciembre de 2008, sin someterla a fiscalización previa a pesar de que la concesión de la prórroga suponía que el plazo de finalización del contrato se desplazaba al día 8 de abril de 2009, con el consiguiente traslado de gasto desde el presupuesto del ejercicio 2008 al del año 2009.

3. El 21 de julio de 2008 adjudicó a la empresa --, S.L. el contrato de “Asistencia técnica para la dirección de obra, coordinación de seguridad y salud de las obras de instalación de 36 equipos de contenedores soterrados en diversos municipios” (expte. 81/08), por importe de 24.802,36 euros. El contrato fue formalizado el siguiente día 1 de agosto de 2008, con una duración prevista de cuatro meses, estando condicionado el plazo de ejecución al de la obra de instalación de los contenedores.

Al tratarse de un contrato complementario al 9/08, el inicio del contrato quedaba en suspenso hasta que comenzaran las obras del contrato principal (7 de octubre de 2008). Por Orden del Consejero de Agricultura y Agua de 2 de enero de 2009 se prorroga su vigencia para adecuarla al contrato principal, “...siendo la nueva fecha de finalización del contrato el 17 de abril de 2009”, con el consiguiente traslado de gasto desde el presupuesto del ejercicio 2008 al del año 2009.

SEGUNDO.- Se remiten a la Intervención Delegada, para su fiscalización, propuestas de aprobación de certificaciones o facturas, así como el reconocimiento de la obligación y propuesta de pago con cargo al Presupuesto del ejercicio 2009, según el siguiente detalle:

1. Las correspondientes a las prestaciones ejecutadas en el mes de enero de 2008 del expediente 5/2007, acompañadas de la certificación de obra núm. 10 y documento contable OK con cargo al Presupuesto del ejercicio 2009, por un importe de 1.375,06 euros.

2. Las pertenecientes a las prestaciones ejecutadas en los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2009 del expediente 9/2008, acompañadas de las certificaciones números 4, 5, 6 y 7 y documentos contables OK con cargo al Presupuesto del ejercicio 2009, por un importe total 412.264,43 euros.

3. Las relativas a las prestaciones ejecutadas en los meses de enero y febrero de 2009 del expediente 81/2008, acompañadas de las certificaciones números 4 y 5 y documentos contables OK con cargo al Presupuesto del ejercicio 2009, por un importe total 3.121,18 euros.

TERCERO.- Recibida la anterior documentación en la Intervención Delegada, por ésta se emite informe a los efectos establecidos en el artículo 33.1 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General (RCI), en el que expone que las Órdenes del Consejero de Agricultura y Agua de autorización de prórroga de los citados contratos se dictaron con omisión de la previa y preceptiva fiscalización de la Intervención, con infracción de lo establecido en el artículo 96.2 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 (RCAP).

También señala que en las Órdenes de ampliación de plazo no se hace referencia alguna al crédito presupuestario, ni se mencionan los ajustes que se debían de realizar en las anualidades comprometidas para adecuarlas al nuevo plazo de duración del contrato, por lo que no hubiera sido posible pronunciarse sobre la suficiencia y la adecuación del crédito en la fiscalización previa limitada como exige el artículo 95.1 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (TRLHRM).

Indica asimismo que existe crédito adecuado y suficiente para hacer frente al gasto que se propone; que, según las certificaciones de obra o de servicios realizadas por los técnicos correspondientes, resulta que por las empresas adjudicatarias se han realizado las prestaciones conforme a los extremos contenidos en los pliegos de prescripciones técnicas, por lo que considera que no es oportuna la revisión de los actos de prórroga de plazo, ya que el importe de la indemnización no sería inferior al del gasto propuesto, por lo que, si el Consejero así lo estima, puede someter el expediente a la consideración del Consejo de Gobierno, previo informe del órgano gestor en el que explique la omisión advertida y el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

CUARTO.- El Asesor Facultativo de Contratación de la Secretaría General de la Consejería consultante emite memoria, en la que señala lo siguiente:

“En los tres expedientes se ordenó una prórroga tan solo en el plazo de ejecución de los mismos, sin que afectase a sus respectivos importes, pero que temporalmente implicaban a ejercicios posteriores para los que no había crédito, sin que hubieran efectuado los preceptivos reajustes presupuestarios.

La única explicación, que no justificación, es la debida a dos razones: la gran cantidad de expedientes de contratación tramitados por ese Servicio (...) y la escasez de efectivos con que cuenta el Servicio, tan sólo cuatro personas”.

QUINTO.- Con fecha 13 de octubre de 2009 se emite informe por el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Agua, sobre cuestiones formales para tramitar el procedimiento necesario para resolver el incidente de reconocimiento de obligaciones sin fiscalización previa al que se refiere el artículo 33 RCI.

SEXTO.- Consta, finalmente, entre la documentación remitida, la propuesta que el Consejero de Agricultura y Agua pretende elevar al Consejo de Gobierno para continuar el procedimiento y obtener la autorización oportuna, que se expresa en los siguientes términos:

“Autorizar a la Consejería de Agricultura y Agua para efectuar el reconocimiento de las obligaciones y ordenar los pagos derivados de los contratos: expediente nº 5/07 “Construcción de instalaciones para la interpretación del patrimonio natural del Valle y Caarrascos”, por un importe de 1.375,06 euros; expediente nº 9/08 “Adquisición e instalación de 36 equipos de contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia” por un importe total de 412.264,43 y expediente nº 81/08 “Asistencia técnica para la dirección de obra, coordinación de seguridad y salud de las obras de instalación de 36 equipos de contenedores soterrados en varios municipios de la Región de Murcia”, por un importe total de 3.121,18 euros con cargo a las partidas presupuestarias 17.08.442B.60100 en el caso expte. 5/07, 17.09.442G.65000, en el caso de los exptes. 9/09 y 81/08, de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para la anualidad 2009”.

SÉPTIMO.- En tal estado de tramitación V.E. mediante escrito que tuvo entrada el pasado día 26 de octubre, remitió el expediente, al que se acompaña extracto de Secretaría e índice de documentos, para su informe preceptivo por este Consejo Jurídico.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

Según lo establecido en el artículo 12. 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico (LCJ), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta que se proyecta elevar al Consejo de Gobierno sobre el reconocimiento de una obligación económica, contraída por la Administración regional, que no fue objeto de la previa y preceptiva fiscalización por la Intervención.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Examinado el expediente remitido, se constata que se han seguido, en lo esencial, los trámites que se establecen en el artículo 33 RCI para los incidentes como el que nos ocupa:

a) La Intervención Delegada de la Consejería consultante, al examinar las certificaciones y facturas correspondientes a los contratos de referencia que se le envían para su fiscalización, entiende que lo solicitado no procede porque se trata de obligaciones derivadas de unas prórrogas contractuales que se adoptaron con omisión de la preceptiva fiscalización previa.

b) Visto lo anterior, la Interventora Delegada emite el informe al que se refiere el artículo 33 RCI, en el que, tras constatar la efectividad de las prestaciones que se pretenden abonar y la existencia de crédito adecuado y suficiente en el Presupuesto correspondiente al ejercicio 2009, concluye en la inconveniencia de instar la revisión de los actos de los que traen causas los gastos, pues el importe de la indemnización no sería inferior al del gasto propuesto.

c) Por el Asesor Facultativo de Contratación de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Agua se emite la memoria explicativa de la omisión de la fiscalización a que se refiere el artículo 33.3 RCI, señalando en ella que el motivo de la omisión lo constituye el exceso de trabajo que soporta la unidad de contratación.

d) Asimismo, consta en el expediente un informe emitido por el Servicio Jurídico de la citada Secretaría General, aunque, como se indica en el Antecedente Quinto del presente Dictamen, el mismo se limita a enumerar los documentos que integran el expediente y a señalar el procedimiento a seguir.

e) Finalmente, también figura la propuesta que el Consejero consultante pretende elevar al Consejo de Gobierno para que éste le autorice el reconocimiento de las obligaciones y el pago de su importe.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

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 económicas contraídas por la Administración regional. Procedimiento incidental, regulado en el artículo 33 RCI, que se origina con un informe del Interventor, dirigido a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario de gestión presupuestaria, en el que expresa que ha observado en este último la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación de que se trate.

II. En el presente caso, de los antecedentes expresados se desprende con claridad que las Órdenes de concesión de prórroga de los contratos de referencia, aunque dejaban inalterado el precio de aquéllos, comprometían créditos correspondientes a ejercicios posteriores, sin que el órgano de contratación procediese al reajuste de anualidades al que se refiere el artículo 96 RCAP, omitiendo, asimismo, la conformidad del contratista y el informe de la Intervención que resultan preceptivos según el tenor de dicho precepto. No obstante, no procede la anulación de las Órdenes de prórroga, pues la audiencia al contratista puede entenderse otorgada mediante la notificación de dichas Órdenes que, al posponer la terminación del contrato a fechas correspondientes a ejercicios posteriores a los previstos inicialmente, implicaban que el pago de algunas certificaciones se realizaría con posterioridad. Asimismo, y como informa la Intervención, la ejecución de las prestaciones contractuales se han llevado a cabo de conformidad y existe crédito presupuestario para atender las obligaciones económicas que de ellas se derivan.

III. Por otro lado, como ya ha expresado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes emitidos sobre supuestos de ejecución de prestaciones derivadas de relaciones contractuales no amparadas por resolución del órgano de contratación o, como en el presente caso, con existencia de dicha resolución aunque viciada de nulidad por haberse dictado con omisión del procedimiento legalmente previsto para ello (por todos, Dictamen 215/2008), la Administración ha de hacer frente a la obligación contraída, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para ella (STS, Sala 3ª, de 30 de septiembre de 1999).

Debe tenerse presente que la Ley General Presupuestaria sitúa el origen de las obligaciones de la hacienda en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen (art. 21), acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes. En igual sentido el artículo 22 TRLHRM.

Por todo ello, y de conformidad con lo establecido en el artículo 33 RCI, procede que el Consejo de Gobierno autorice al Consejero consultante a reconocer la obligación económica de que se trata.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de autorización para el reconocimiento de obligaciones que se pretende elevar al Consejo de Gobierno.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 212/09.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la construcción y explotación de aparcamiento en el subsuelo de la Plaza Pública Doctor Fortún en Águilas.

Consultante: Ayuntamiento de Águilas

Fecha: 09/12/09

Extracto de Doctrina

La doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según consta en el expediente remitido por la Corporación municipal consultante, el 26 de enero de 2006 acuerda iniciar expediente de contratación para el otorgamiento, por el procedimiento negociado sin publicidad, de “*concesión de obras públicas, para la redacción de Proyecto, construcción y explotación de aparcamiento en el subsuelo de la Plaza Pública del Dr. Fortún, situada entre las calles Floridablanca y de la Gloria de Águilas*”, al haber sido declarado desierto un procedimiento anterior, bajo la modalidad de concurso, por falta de licitadores.

La adjudicación recae en el único de los licitadores presentados, la mercantil “--, S.L.”. El acuerdo del Pleno de la Corporación, de 17 de octubre de 2006, por el que se adjudica la concesión, recoge, entre otros, los siguientes compromisos, ofertados por el adjudicatario en su proposición:

- La duración de la concesión será de 40 años.
- El plazo de construcción de las obras será de 9 meses.
- El número de plazas de aparcamiento será de 169, de las cuales 119 estarán destinadas a uso horario y las 50 restantes a residentes.
- El canon a abonar al Ayuntamiento es de 900 euros por plaza.

SEGUNDO.- El contrato se formaliza en escritura pública, que recoge como valor de la concesión el de 2.835.195,85 euros; el presupuesto de adjudicación de la obra, que

consta en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 16 de noviembre de 2006, es de 2.683.095,85 euros. En el mismo contrato se expresa que el Ayuntamiento pone *“la citada plaza del Doctor Fortún, a disposición de la sociedad “--, S.L.”*.

Al contrato se une el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas, del cual destacan las siguientes cláusulas:

— La finca municipal en la que se ejecutará el aparcamiento pertenece al dominio público municipal, integrando la plaza pública denominada Plaza del Dr. Fortún, susceptible de ampliación a juicio de los ofertantes al subsuelo de los viales circundantes.

— El Proyecto básico y de ejecución ha de presentarse por el adjudicatario en el plazo de 30 días, a partir de la recepción de la notificación del acuerdo de adjudicación.

— El concesionario asumirá la financiación de la totalidad de los costes derivados de la concesión.

— El canon de la concesión, mínimo de 900 euros por plaza de aparcamiento, ha de ser satisfecho por el adjudicatario al Ayuntamiento *“en cuatro plazos iguales, a abonar transcurridos 3, 6 meses (sic) desde la fecha de adjudicación de la contratación, y posteriormente, 3 y 6 meses desde la puesta en funcionamiento. En cada vencimiento se ingresará el 25% del canon”*. El incumplimiento injustificado a juicio de la Administración de esta cláusula *“podrá ser causa de resolución del contrato y extinción de la concesión”*.

— Las obras de construcción del aparcamiento deben comenzar en el plazo de 30 días contados a partir del siguiente al de la comprobación del replanteo, el cual a su vez ha de producirse en el plazo de 30 días tras la aprobación del Proyecto. El plazo máximo de ejecución es de 9 meses.

— En el plazo máximo de 2 meses desde la adjudicación, el concesionario someterá a la aprobación municipal un Reglamento de Régimen Interior del aparcamiento, que deberá regular su funcionamiento en relación con los siguientes apartados básicos: titulares, transmisiones y figura jurídica a constituir frente al Ayuntamiento; uso del aparcamiento; vehículos autorizados; horario de funcionamiento; administración y gestión; mantenimiento y conservación.

— Se establecen dos garantías definitivas, equivalentes cada una al 4% del presupuesto de la obra, incluido IVA, una de ellas para responder de la ejecución de las obras del aparcamiento y, la otra, por la gestión del servicio.

TERCERO.- El 23 de febrero de 2007, el adjudicatario propone al Ayuntamiento una modificación del contrato, con base en el estudio geotécnico realizado, consistente en la construcción de una cuarta planta de sótano, adicional a las tres inicialmente proyectadas.

El Pleno de la Corporación modifica el contrato mediante Acuerdo de 31 de julio de 2007, pasando el número de plazas de garaje a 244 (si bien el número definitivo quedará fijado una vez se apruebe el proyecto técnico), el plazo total de ejecución de las obras se incrementa en dos meses, pasando a ser de once. El valor estimado final de la concesión es de 3.740.292,59 euros, resultado de sumar el nuevo valor de la obra (3.520.692,59) y el canon de 219.600 euros.

La modificación se eleva a escritura pública, interviniendo en dicho acto el Alcalde de la Corporación contratante y el representante de la adjudicataria.

CUARTO.- El 15 de octubre de 2007, el adjudicatario presenta escrito ante el Ayuntamiento, en contestación a un Decreto de Alcaldía de 11 de octubre, que no consta en el expediente. El adjudicatario indica que los trabajos que se han llevado a cabo en la plaza donde ha de construirse el parking objeto del contrato no forman parte de dicha construcción, que no puede considerarse iniciada, sino que han sido los necesarios (acondicionamiento del solar) para facilitar los sondeos y prospecciones arqueológicas que había de realizar la Consejería de Educación y Cultura. A tal efecto, se ha instalado una torre-grúa y se ha solicitado del Ayuntamiento la preceptiva licencia.

Afirma, asimismo, que los proyectos técnicos se están realizando y que serán aportados al Ayuntamiento en breve. La presentación de la empresa que habrá de ejecutar las obras, se realizará una vez se hayan aprobado dichos proyectos.

QUINTO.- El 12 de noviembre se requiere a la empresa para que retire la grúa-torre, valle el recinto de la plaza y proceda a la prospección arqueológica, sin que pueda realizar ningún otro trabajo diferente sin la autorización previa y expresa del Ayuntamiento.

SEXTO.- El 24 de junio de 2008 el Pleno aprueba los Proyectos básico y de ejecución de las obras y se nombra coordinadores de las mismas a un Arquitecto municipal y a un ingeniero industrial municipal.

Se recuerda a la adjudicataria la necesidad de proceder a la comprobación del replanteo en un plazo de treinta días y que, tras éste, en otros treinta días, debe iniciar las obras. No obstante, se pide a los coordinadores de la obra que informen sobre si es conveniente comenzar las obras antes del mes de agosto, toda vez que se pretende suspenderlas durante dicho mes para evitar molestias a los vecinos y a los visitantes.

Asimismo, se requiere a la adjudicataria para que presente, a la mayor brevedad y en todo caso antes de la enajenación de la cesión de uso de las plazas de residentes, el Reglamento de régimen interior, pues su no presentación hasta ese momento ya supone un incumplimiento del Pliego.

En el correspondiente Acuerdo se recoge el resultado del trámite de información pública, en el que se presentan nueve escritos de alegaciones que inciden sobre diversas cuestiones. De la contestación a dichas alegaciones, destacan los siguientes extremos:

— Está transcurriendo un tiempo excesivo para el inicio de la obra, lo que genera numerosas molestias a los vecinos. Se están realizando trabajos de arqueología y existe un expediente sancionador al contratista por actuaciones innecesarias que han generado situaciones molestas; dicho procedimiento sancionador no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

— Se solicita por diversos comerciantes, hosteleros y propietarios de viviendas de la plaza que no se vean afectados los accesos a sus locales y casas, como tampoco los usos que se vienen haciendo de la plaza (mesas y sillas de cafetería) ni la convivencia. A lo que el Ayuntamiento contesta afirmando que se mantendrán los usos que se vienen realizando hasta ahora así como los accesos.

— Otro grupo de alegaciones se refiere a la incidencia de la obra en los edificios próximos (posibles daños estructurales, solidez, configuración física y estado de las viviendas, etc.), a lo que la Corporación contesta que se ha requerido a la contratista para que el sistema constructivo sea el más adecuado para evitar posibles daños a dichos edificios y que se realizará un seguimiento de la obra a tal efecto.

SÉPTIMO.- El 25 de julio de 2008 el adjudicatario designa a la UTE que va a ejecutar las obras.

OCTAVO.- El 28 de julio se levanta Acta de comprobación de replanteo de las obras, con presencia del representante de la adjudicataria, del Arquitecto municipal coordinador de las obras y del Director de la mismas y autor del Proyecto. Se indica en el Acta que se comprueba la disponibilidad de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del Proyecto, sin reserva alguna por parte del concesionario, por lo que se da autorización para iniciar las obras, quedando notificado el concesionario y empezando a contar el plazo desde el día siguiente a la firma del Acta.

NOVENO.- El 6 de agosto, se dicta Decreto de la Alcaldía por el que se pone en conocimiento de la adjudicataria que una de las empresas que habían de formar la UTE a la que se pretendía encargar la ejecución de las obras no cuenta con la clasificación exigida, por lo que se le requiere para que presente a otra empresa.

En el mismo Decreto se requiere a la adjudicataria para que, antes del inicio de las obras, satisfaga el pago de 131.400 euros, correspondientes al 50% del canon de la concesión.

DÉCIMO.- Con fecha 26 de enero de 2009, se requiere a la adjudicataria para que, en plazo de 10 días, presente el Reglamento de régimen interior, los planos visados de la ejecución, satisfaga el 50% del canon, aporte el Estudio de Seguridad y Salud del Proyecto y, una vez cumplimentado todo lo anterior, comience con la ejecución de las obras.

Se advierte expresamente a la empresa que, de no cumplir con lo interesado, se iniciará expediente de resolución contractual.

UNDÉCIMO.- El 10 de febrero contesta la adjudicataria solicitando una prórroga del plazo concedido y, subsidiariamente, que si se acuerda la resolución del contrato lo sea por mutuo acuerdo, con indemnización de daños y perjuicios a la empresa.

En esa misma fecha muestra su conformidad a que por el Ayuntamiento se cubra la plaza y se retire el vallado de seguridad, de cara a las fiestas de Carnaval, lo que se acuerda por Decreto de Alcaldía de 10 de febrero de 2009, que ordena, asimismo, que el importe de dichas actuaciones se gire a la empresa adjudicataria, toda vez que fue ella la que comenzó a levantar la plaza en octubre de 2007 sin autorización municipal.

DUODÉCIMO.- Con fecha 28 de abril de 2009, el Pleno del Ayuntamiento de Águilas acuerda iniciar procedimiento de resolución del contrato, otorgando audiencia al contratista y al avalista.

DECIMOTERCERO.- El 12 de mayo la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, según el cual no ha podido comenzar las obras debido a la imposibilidad de que la Administración pusiera a su disposición los terrenos en los que aquéllas han de ser ejecutadas, disponibilidad que entiende no se produce ante la existencia de titularidades contradictorias con la del Ayuntamiento, siendo discutido por otros interesados el dominio público sobre la plaza.

La falta de inscripción previa de la titularidad pública sobre la plaza, determina, a su vez, que la concesión no pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad, como tampoco la cesión de uso de las plazas de residente. Además, se dificulta la financiación hipotecaria de la obra y de la concesión. Considera el alegante que la imposibilidad de inscribir la conce-

sión desvirtúa la totalidad del pliego de condiciones y hace inviable la ejecución de la obra hasta que no conste inscrita la propiedad, presupuesto básico de la concesión en tanto que supone la posibilidad plena de poner a disposición del concesionario el suelo sobre el que radica la concesión. Hasta que no se dé esta circunstancia no es exigible del concesionario el cumplimiento de sus obligaciones.

Por ello, “*y comoquiera que al compareciente no le interesa dicha concesión habida cuenta el tiempo que puede transcurrir hasta la inscripción del dominio público*”, propone la resolución del contrato por mutuo acuerdo, con renuncia por parte del concesionario a los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato y liberación por la Administración de los avales constituidos.

DECIMOCUARTO.- En el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 5 de junio de 2009, se publica certificación administrativa de dominio del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, de conformidad con lo previsto en el artículo 37.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en orden a dar publicidad a la pretendida inscripción del bien a favor del Ayuntamiento.

DECIMOQUINTO.- El 22 de junio, la Jefe de Patrimonio y Contratación informa que procede continuar con el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, rechazando las alegaciones presentadas y la solicitud de resolución por mutuo acuerdo.

En cuanto a las alegaciones, se indica que la empresa en ningún momento ha puesto de manifiesto la necesidad de una financiación externa de la concesión mediante hipoteca, figura que exigiría la previa inscripción registral del bien sobre el que se asienta la concesión. En cualquier caso, la plaza es de titularidad municipal en virtud de la prescripción adquisitiva por posesión pacífica e ininterrumpida durante más de 30 años, estando en tramitación su inscripción. El interesado, al presentarse a la licitación acepta la situación física y jurídica de la parcela, sin dejar de señalar que las concesiones sobre el dominio público se otorgan salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero

El aludido informe enumera los siguientes incumplimientos del contratista:

- a) Incumplimiento del plazo de ejecución de las obras.
- b) Falta de presentación del Reglamento de régimen interior del parking.
- c) Falta de pago al Ayuntamiento, antes del inicio de las obras, del 50% del canon de la concesión.
- d) Falta de presentación, antes del inicio de la obra, de los planos visados que contemplen la ejecución material correcta de la excavación, cimentaciones especiales y muros, que son fundamentales para la realización de la obra, pues se trata de los planos de estructuras de la misma.

DECIMOSEXTO.- Con base en el informe indicado en el Hecho anterior, la Comisión de Bienes, Obras Municipales y Cementerio propone al Pleno desestimar las alegaciones formuladas por el contratista, continuar con los trámites para la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, otorgarle trámite de audiencia y, una vez se determinen los daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento, abrir expediente contradictorio para su fijación definitiva, si los mismos superan el importe de las garantías presentadas.

Esta propuesta es aprobada por el Pleno de la Corporación el 30 de junio de 2009.

DECIMOSÉPTIMO.- El 20 de julio, el contratista manifiesta su oposición a la resolución por incumplimiento culpable, ratificándose en sus alegaciones iniciales y afirmando que los incumplimientos que se le imputan derivan todos ellos de la imposibilidad de iniciar las obras, *“ya que como consta en el expediente, en el momento que se iniciaron las labores de prospecciones arqueológicas, se recibieron notificaciones y visitas de posibles titulares registrales de los terrenos, que motivó que el Ayuntamiento de Águilas iniciara los trámites tendientes a inmatricular el suelo, expediente éste que no ha finalizado”*. Considera el alegante que los trabajos no se pudieron iniciar, ni siquiera los actos preparatorios, porque no se pusieron nunca a su disposición los terrenos, ante la incertidumbre jurídica de la propia concesión.

DECIMOCTAVO.- Constan en el expediente escritos de los representantes de diversos particulares (en número de 14) que adquirieron de la concesionaria plazas de garaje en el parking objeto del contrato, manifestando haberle abonado la totalidad del precio (19.833 euros, cada una). Tras considerar resueltos los contratos de adquisición por incumplimiento del vendedor, la concesionaria no les ha devuelto el importe entregado. Consideran que existe responsabilidad municipal porque el Ayuntamiento autorizó la venta de las plazas de garaje, debiendo haber adoptado las garantías necesarias para evitar el perjuicio de los adquirentes de aquéllas. Solicitan que por el Ayuntamiento se asuma dicha responsabilidad y destine *“las garantías constituidas así como los seguros”* al pago de las cantidades entregadas por los adquirentes. Se solicita asimismo el acceso a diversa documentación e informe sobre el incumplimiento contractual de la concesionaria y motivos del mismo.

Contesta el Alcalde, el 21 de julio, informando que el Ayuntamiento no ha autorizado la venta de las plazas de garaje, la cual se ha realizado sin puesta en conocimiento previo a la Administración por el concesionario. Se indica, asimismo, el incumplimiento por éste de su obligación de presentar el Reglamento de régimen interior, que formaría parte necesariamente de los contratos que se formalicen para la cesión de uso de las plazas de aparcamiento, lo que, evidentemente, no se ha cumplido.

DECIMONOVENO.- El 18 de septiembre, el Secretario municipal emite informe favorable a la resolución y contesta a las alegaciones del contratista con fundamento en el informe de la Jefe de Patrimonio y Contratación de 22 de junio, añadiendo ahora que, con anterioridad, el Ayuntamiento ha realizado obras en la plaza sin que se haya discutido su titularidad municipal por tercero alguno, siendo aquélla pública, pacífica y no interrumpida.

De los datos obrantes en el expediente sobre inclusión de la plaza en el Inventario Municipal y posterior inscripción registral, se desprende que la plaza lleva siendo pública durante más de 30 años, con posesión pacífica, notoria y no interrumpida. Se indica, además, que el Ayuntamiento tiene interesada la inscripción registral de la plaza en cumplimiento de la normativa sobre bienes de las entidades locales que impone a éstas la obligación de inscribir sus inmuebles y derechos reales. Dentro de dicho procedimiento, se ha procedido a dar de alta la plaza en el Inventario Municipal y en el Catastro, realizando las actuaciones tendientes a la inscripción, conforme a lo establecido en el artículo 37.3 de la LPAP, mediante la emisión de certificación administrativa de dominio que, sometida a información pública mediante publicación en el BORM y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, exponiendo la intención del Ayuntamiento de inscribir la plaza a su favor, no ha generado alegación alguna en el plazo de 30 días otorgado al efecto. Toda la documentación se ha remitido al Registro de la Propiedad para que se proceda a la inscripción, la cual es posible que se produzca en breve.

En cualquier caso, la falta de inscripción de la plaza y la existencia de inscripciones a favor de terceros sobre determinada superficie de la plaza no impide la ejecución de las obras, máxime cuando dicha circunstancia es subsanable y se encuentran en trámite las actuaciones tendentes a ello. Incluso, en el peor de los casos, aunque no se pudiera inscribir parte de la plaza a favor del Ayuntamiento, éste tiene mecanismos para garantizar la continuidad del contrato, por ejemplo vía expropiatoria o indemnizatoria al tercero que pudiera acreditar un derecho sobre la parcela en cuestión.

Se advierte, asimismo, que la circunstancia obstativa al cumplimiento del contratista es puesta de manifiesto por éste, por primera vez, el 12 de mayo de 2009, es decir, once meses después de la firma del acta de comprobación del replanteo.

Se rechaza en el indicado informe, además, la resolución contractual por mutuo acuerdo, al existir numerosos incumplimientos imputables al contratista, que impiden una resolución pactada en virtud del artículo 112.4 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 informe concluye señalando que los incumplimientos del contratista, que enumera en términos similares a los del informe de 22 de junio de 2009, constituyen causas de resolución al amparo de lo establecido en los artículos 111, letras e), g) y h), y 264, letras j) y k) TRLCAP, afirmando que existe un abandono implícito del contrato por parte del contratista.

VIGÉSIMO.- Tras la toma de conocimiento del informe por parte del Pleno (Acuerdo de 29 de septiembre de 2009), se remite el expediente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

VIGESIMOPRIMERO.- El 2 de noviembre se recibe en el Consejo Jurídico escrito del Alcalde de Águilas solicitando la emisión del preceptivo Dictamen e indicando que, por error, el expediente había sido remitido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que lo había devuelto.

La documentación remitida consiste en el expediente del procedimiento de resolución contractual y parte del correspondiente al contrato de concesión de obras públicas cuya resolución se pretende. Se han incorporado sendos índices.

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 la 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.

Examinada la documentación remitida a este Consejo Jurídico, se advierte que el expediente no incorpora un extracto de secretaría, deficiencia que deberá ser subsanada, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2,b) del Reglamento de Organización y

Funcionamiento de este Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (RCJ).

El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido por el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), si bien ha de observarse que, señalando la propuesta de resolución que habrá de incautarse la garantía constituida, es preceptiva la audiencia del avalista. Sin embargo, aunque consta en el expediente la notificación dirigida a aquél (x), no queda constancia en el mismo de la efectiva recepción de dicha notificación, lo que debe corregirse.

Por otra parte, de las manifestaciones del contratista se desprende que hubo vecinos (*“posibles titulares registrales de los terrenos”*) que, en el momento de iniciarse las prospecciones arqueológicas, se personaron en las obras y formularon alegaciones (*“notificaciones y visitas”*). Estas actuaciones, que no han sido negadas por la Administración, no constan en el expediente remitido, lo que debería corregirse, toda vez que el artículo 46.2, letra a) RCJ, dispone que la consulta se acompañará de todos los antecedentes que puedan influir en el Dictamen.

TERCERA.- Normativa aplicable. Caducidad del procedimiento.

I. Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende, la normativa de aplicación viene constituida por el reseñado TRLCAP y su reglamento, en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

II. A la vista del tiempo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento, aún sin resolución expresa, este Consejo Jurídico ha de entrar a considerar los efectos de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por las consecuencias que ello acarrearía si estuviera incurso en caducidad.

La legislación contractual aplicable a la resolución del presente contrato no establece plazos específicos de duración de esta clase de procedimientos, ni previsiones relativas al silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la LPAC. Así, la Disposición adicional séptima del TRLCAP establece que *“los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

En este punto, y respecto a los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite facultades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, debe señalarse que, de la interpretación conjunta de los artículos 44.2 y 42.3 LPAC, resulta que el vencimiento del plazo establecido (tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación) producirá la caducidad, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC.

La aplicación supletoria de los indicados preceptos de la LPAC a los procedimientos de resolución contractual no ha estado exenta de controversia hasta fechas recientes, en las

que la doctrina jurisprudencial se ha decantado por su aplicación, como más adelante se expondrá.

Por el contrario, el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 78/2003) ha mantenido, con carácter general, la inaplicación del instituto de la caducidad establecido en el artículo 44.2 LPAC a los procedimientos de resolución contractual, por las razones indicadas en nuestro Dictamen 59/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente, este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y procedimental, que se concreta, en términos generales, en que son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de que se esté ante una resolución contractual por causa imputable al contratista, pues el procedimiento incoado por la Administración es de los llamados de intervención y susceptible de producir efectos desfavorables a los interesados, esto es, es uno de los previstos en el artículo 44.2 LPAC, dado que, de prosperar la pretensión administrativa, acarreará la pérdida de la fianza prestada, la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración y concurrirá el presupuesto legal para, en su caso, declarar la prohibición del contratista de contratar con aquélla.

Sin embargo, también el Consejo Jurídico, conociendo las peculiaridades inherentes a la contratación administrativa y la especial presencia del interés público que en cada caso la justifica, consideró que esta circunstancia podría excluir en algunos supuestos la declaración de caducidad, con base en el artículo 92.4 LPAC, que impide declararla cuando la cuestión suscitada afecte al interés general. Si bien ha señalado asimismo que esta excepción debe aplicarse con cautela, sólo a los casos en que el contrato afecte al mantenimiento de un servicio público esencial, pues de entenderse de un modo general, a estos precisos efectos de caducidad, que el interés público concurre en toda contratación administrativa, no sería nunca operativa la aplicación de este instituto, siendo como es una garantía que se ofrece al afectado para evitar una excesiva pendencia del procedimiento. Así se consideró esta excepción en nuestro Dictamen 103/2003.

En fechas recientes, la doctrina del Tribunal Supremo sostiene la plena aplicabilidad del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008).

Así, en la primera de las sentencias citadas se señala (F.D. Cuarto):

“...al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución de contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido en su norma reguladora, la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el artículo 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades (...) de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen,

se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo del expediente, con los efectos previstos en el artículo 92”.

Como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía (...).”.

En la segunda sentencia citada (F.D. Tercero, B), se responde a las posturas que sostienen la incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la contratación administrativa, señalando el Alto Tribunal que dicha incompatibilidad *“no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos, y menos aún en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación a la contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad de un procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica, que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución (...).*

La anterior doctrina sobre la aplicación de la caducidad a este tipo de procedimientos ha sido ya incorporada en diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 2008; en el mismo sentido, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunitat Valenciana (sentencia de 10 de marzo de 2008), del País Vasco (sentencia de 23 de mayo de 2005) y de Extremadura (sentencia de 18 de abril de 2008). También las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de noviembre de 2007 y 7 de octubre de 2008.

Dicha doctrina jurisprudencial ha sido seguida por este Consejo Jurídico en los Dictámenes 59, 88, 90, 166 y 177 de 2009, entre otros.

Aplicado todo ello al caso que nos ocupa, y sin que en el mismo se adviertan razones de excepcional interés público que, en hipótesis, pudieran justificar la inaplicación del instituto de la caducidad, resulta que el procedimiento de referencia se inició el 28 de abril de 2009, por lo que en el momento de su remisión al Consejo Jurídico el pasado 2 de noviembre, ya había transcurrido el plazo de tres meses establecido al efecto, procediendo, en consecuencia, declarar su caducidad, sin perjuicio de incoar uno nuevo con el mismo objeto, al no haber prescrito la correspondiente potestad de la Administración.

CUARTA.- Actuaciones posteriores.

Una vez sea declarada la caducidad del presente procedimiento y notificado a los interesados, procedería incoar uno nuevo con el mismo objeto, al que, por razones de economía procesal, se deberían incorporar las actuaciones seguidas en el caducado, con nueva audiencia a los interesados y posterior formulación de una nueva propuesta de resolución, con posterior solicitud de Dictamen preceptivo a este Consejo Jurídico; solicitud que debe-

ría realizarse con la antelación necesaria para que aquél fuera emitido sin prisas y pudiera adoptarse después, dentro del plazo establecido, la oportuna resolución del procedimiento y su notificación a los interesados.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento de referencia y la posterior incoación y tramitación de uno nuevo con el mismo objeto, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 213/09.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., para la concesión del servicio público de transporte urbano en las Torres de Cotillas.

Consultante: Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas

Fecha: 09/12/09

Extracto de Doctrina

La indiscutida exigencia legal (art. 111, g) TRLCAP) y jurisprudencial (SSTS, Sala 3ª, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones “esenciales” del contrato limita en buena medida la potestad administrativa al efecto. En su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista (SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00). A este respecto, y entre otros supuestos posibles, no justifica la resolución contractual el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias a lo que constituye propiamente la obligación principal del contrato (STS, Sala 3ª, de 17/5/97).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 24 de noviembre de 2004, el Pleno del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, previa la tramitación del oportuno expediente, acordó adjudicar a la mercantil “--, S.L.U.” el contrato de establecimiento y gestión del servicio público de transporte urbano en el municipio, por un plazo de 6 años.

SEGUNDO.- Impugnado dicho Acuerdo por la licitadora “--, S.A.”, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia dictó sentencia el 5 de junio de 2007 en la que,

estimando el recurso interpuesto, anula dicho Acuerdo por considerar que la oferta presentada por la adjudicataria debió ser inadmitida, por no cumplir con los requisitos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas que rigen dicha contratación, ordenando asimismo devolver el expediente al Ayuntamiento “*para su resolución con arreglo a Derecho*”. Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, fue confirmada por otra de 22 de febrero de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

TERCERO.- Tras instar la actora al Juzgado la ejecución forzosa de dicha sentencia y remitir éste al Ayuntamiento un requerimiento para que llevase a puro y debido efecto la referida sentencia y practicase cuanto exigiese el cumplimiento de las declaraciones del fallo, mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas de fecha 30 de julio de 2009, dicha Corporación Local acordó:

“1º.- Declarar nula la adjudicación efectuada por acuerdo de Pleno de la Corporación a la mercantil --, S.L.U., en los términos establecidos en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia, Procedimiento Ordinario 78/2005. 2º.- Adjudicar el contrato del establecimiento y gestión del servicio público de Transporte Urbano en Las Torres de Cotillas, a través de la modalidad de concesión, a favor de --, S.A., por el plazo que reste de concesión, en los términos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas. 3º.-Que la empresa --, S.L.U permanezca prestando el servicio público de transportes urbano hasta la efectiva puesta en marcha del mismo por la mercantil --, S.A. en lo términos establecidos en el Pliego y en su oferta., 4º.- Proceder a abonar a la mercantil --, S.A. el lucro cesante que resulte, de acuerdo con los términos de su oferta presentada. 5º.- Notificar al contratista adjudicatario, dentro del plazo de diez días, el presente acuerdo de adjudicación del contrato, así como a los restantes participantes en la licitación, 6º.- Requerir a la mercantil --, S.A. para que, en el plazo de 15 días naturales, contados desde la recepción de la notificación, deberá presentar (sic) en la Secretaría General el documento que acredite haber constituido la garantía definitiva por importe de 9.000 €, la póliza de seguro exigida y la acreditación de haber efectuado el pago de los gastos de publicación del anuncio de licitación por importe de 236,15 €. Igualmente, las obras e instalaciones indicadas en el punto 4) de su oferta, deberán realizarse anexas a las ya existentes en cada una de las paradas que originariamente figuran en el ANEXO I. 7º.- Devolver la garantía definitiva a la empresa --, S.L.U por importe de 9.000 € una vez finalizada la prestación del servicio por parte de dicha empresa, así como los gastos de publicación del anuncio de licitación abonado por dicha empresa en importe de 236,15 €. 8º.- Publicar la adjudicación del contrato en el “Boletín Oficial de la Región de Murcia” en el plazo de cuarenta y ocho días, contados desde la fecha de adjudicación. 9º.- Facultar al Alcalde-Presidente y Secretaría de la Corporación, en la amplitud precisa, para la firma del oportuno contrato.”

CUARTO.- Con fecha 13 de agosto de 2009, la nueva adjudicataria presentó escrito ante el Ayuntamiento realizando diversas alegaciones; entre ellas, manifestaba su disconformidad por haber retrasado maliciosamente el Ayuntamiento la adopción del referido Acuerdo, habiéndolo hecho en una fecha inmediatamente próxima al mes de agosto, inhábil para su impugnación y suspensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa; también alegaba su disconformidad con el plazo del contrato que se establecía en el Acuerdo, por lo que anunciaba que, en cuanto pudiera, instaría su nulidad ante el órgano jurisdiccional competente, por haberse eludido parcialmente el cumplimiento de la reseñada sentencia; y que, no obstante, ante el carácter inmediatamente ejecutivo de dicho Acuerdo, aportaba

documentación justificativa de haber constituido garantía definitiva por importe de 9.000 €, haber satisfecho los gastos de publicación por importe de 236,15 € y de disponer de seguro de responsabilidad civil.

QUINTO.- Con fechas 27 y 29 de agosto de 2009, la empresa presenta escritos en los que, ante la falta de noticias del Ayuntamiento, solicita se le tenga por comparecida dentro del plazo de 30 días naturales legalmente establecido para formalizar el contrato administrativo, y ello, según afirma, por la ya señalada ejecutividad del Acuerdo en cuestión, no obstante su nulidad.

SEXTO.- El 31 de agosto de 2009 se suscribió el correspondiente contrato entre el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas y la empresa “--, S.A.”. De dicho contrato se destaca, por lo que ahora interesa, lo expresado en su Cláusula Quinta, que viene a establecer que, siendo el plazo de la concesión, previsto en el primero de dichos pliegos, de 6 años a contar desde la iniciación de la prestación del servicio, y considerando que el anterior adjudicatario ya había comenzado a prestarlo, el Acuerdo del Pleno de 30 de julio de 2009 adjudicó la concesión a “--, S.A.” por el tiempo que restaba del referido plazo, contando a tal efecto el tiempo en que el servicio fue prestado por la primera empresa, por lo que la concesión finalizará el 1 de diciembre de 2010, sin perjuicio de las prórrogas que pudieran producirse. En la misma fecha del contrato se levanta Acta de Puesta en Marcha del Servicio, en la que se expresa que los vehículos titular y reserva afectos a la concesión no cumplen las características técnicas ofertadas por la empresa, y que no se han instalado los postes informativos asimismo ofrecidos por ésta.

SÉPTIMO.- Con fecha 1 de septiembre de 2009 la concesionaria presenta escrito en el que muestra su disconformidad con la cláusula quinta del contrato firmado, referida a la duración del mismo, motivo por el cual manifiesta que instará las oportunas medidas ante el Juzgado que conoce de la ejecución de la sentencia, si bien hace constar que, no obstante, han procedido a firmar el contrato, atendida la ejecutividad del Acuerdo Plenario de 30 de julio de 2009.

OCTAVO.- Puesto en marcha el servicio, se realizan diversos informes emitidos por los servicios municipales relativos a deficiencias detectadas en el mismo. De entre ellos, y por lo que interesa a la propuesta de resolución contractual que ahora se dictamina, se destacan los siguientes:

— Informes del Ingeniero Técnico Municipal de fechas 1, 8, 10 y 15 de septiembre de 2009. En el último de ellos señala que la empresa sigue sin cumplir determinadas exigencias anteriormente advertidas, bien establecidas en los pliegos que rijen el contrato, bien derivadas de su propia oferta. Así, expresa que aunque los vehículos cumplen con los requisitos de antigüedad establecidos en el pliego de cláusulas técnicas, no son nuevos, a lo que se compromería la empresa en su oferta, y tienen notables signos de deterioro; el motor no es de la marca ofrecida; los vehículos no disponen de GPS, sistema S.A.E., exigido en el pliego; en el vehículo que presta actualmente el servicio no se desprende la rampa de acceso para disminuídos físicos, ni tiene elementos mínimos necesarios para la sujeción de sillas de ruedas; en él no está rotulado en vinilo el escudo del Ayuntamiento ni dispone de rótulos luminosos delanteros y traseros, como se ofrecía, y carece de sistema automático de expedición de billetes; además, no están instalados los postes informativos ofertados.

— Informes del Coordinador de Obras, Mantenimiento y Vialidad de fechas 9 y 15 de septiembre de 2009, en los que señala que, requerido el conductor para que indique qué

bonificaciones aplica a los usuarios del servicio, éste expresa que aún no se le ha solicitado bonificación alguna y que está a la espera de que la empresa le facilite la información necesaria para aplicarlas cuando proceda.

NOVENO.- Con fecha 9 de septiembre de 2009, el Ayuntamiento requiere al concesionario para que en el plazo de 1 día hábil aporte copia compulsada de diversa documentación, relativa al vehículo, al conductor que presta el servicio y al título jurídico por el que dispone del vehículo de reserva, y le requiere para que preste el servicio con vehículos que cumplan las características señaladas en su oferta, instale los postes informativos también ofrecidos y aplique las tarifas del servicio conforme con la Ordenanza fiscal reguladora del mismo, con advertencia de que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales habilita al Ayuntamiento para proceder a la resolución del contrato, previo expediente tramitado al efecto.

DÉCIMO.- El 10 de septiembre de 2009, la empresa presenta escrito al que adjunta la documentación requerida y realiza alegaciones. En síntesis, en ellas manifiesta que ha instado la nulidad parcial del Acuerdo plenario de 30 de julio de 2009, por entender que con el mismo se intenta eludir parcialmente el cumplimiento de la sentencia reseñada en el Antecedente Segundo, ya que ésta implica la adjudicación del contrato en los términos establecidos en el pliego de condiciones administrativas, es decir, por un plazo de 6 años, y no de 1 año y 3 meses, como se deriva de dicho Acuerdo y establece el contrato firmado; y ello porque, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, el administrado no debe pechar con las consecuencias del acto ilegal, ya haya sido declarado nulo de pleno derecho o anulado, sino que aquéllas deben ser soportadas por la Administración que dictó dicho acto; añade que, no obstante, para el caso de que llegara a confirmarse el referido Acuerdo, se ha solicitado subsidiariamente al Juzgado que declare que el Ayuntamiento debería indemnizar al concesionario no sólo con el lucro cesante, sino también con los costes de la amortización de las inversiones que tendría que afrontar la empresa durante el exiguo plazo contractual fijado por el Ayuntamiento, porque se pierden 4 años y 9 meses de prestación del servicio y, por tanto, de ingresos (costes de amortización, entre los que se incluiría, según se deduce, el derivado de la adquisición de los ofertados vehículos nuevos), y que ascendería a 230.330'66 euros. Manifiesta asimismo que una vez se obtenga respuesta a las indicadas pretensiones de la empresa, ésta podrá atender su oferta en lo concerniente a los vehículos nuevos. Termina su escrito expresando que, bajo la apariencia del ejercicio de sus potestades inspectoras, el Ayuntamiento está sometiendo a la empresa a un acoso inaceptable, motivado por haber resultado finalmente adjudicataria del servicio, pese a la resistencia de aquél, lo que revela una manifiesta desviación de poder.

UNDÉCIMO.- Con fecha 17 de septiembre de 2009, el Pleno del Ayuntamiento acordó iniciar un procedimiento para la resolución del contrato, por haber incumplido la concesionaria las obligaciones esenciales reflejadas en los informes reseñados en el Antecedente Séptimo, otorgándole a ella y al avalista un plazo de 10 días naturales para realizar alegaciones.

DECIMOSEGUNDO.- El 18 de septiembre de 2009 la concesionaria presenta escrito en el que hace constar la sustitución del vehículo de reserva afecto a la concesión matrícula “—“ por el vehículo matrícula “—“, aportando documentación del mismo, manifestando que fue matriculado el pasado 4 de septiembre.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 2 de octubre de 2009 la concesionaria presenta escrito de alegaciones que, en síntesis, se resumen en lo siguiente: a) manifiesta que ha

instado también al Juzgado la nulidad del acuerdo de iniciación de este procedimiento y ha solicitado su suspensión cautelar, pues con el mismo el Ayuntamiento sigue persiguiendo eludir el correcto cumplimiento de la sentencia ya citada; b) reitera esencialmente las alegaciones efectuadas en su anterior escrito, insistiendo en que, o se adjudica el contrato en sus propios términos, es decir, por el plazo de 6 años previsto en su pliego de condiciones, o se compensa económicamente la imposibilidad de recuperar la inversión, debida a la reducción de dicho plazo, ya que de otro modo es imposible obtener los créditos necesarios para realizar las mejoras previstas en la oferta relativas a los vehículos; c) por lo que se refiere a los incumplimientos denunciados, alega que, aunque el vehículo que presta el servicio no sea nuevo, cumple con los requisitos de antigüedad previstos en el pliego de condiciones técnicas del contrato, y que aunque el motor no sea Mercedes, como fue ofertado, es de la clase Euro 2 y tiene la potencia requerida; que la instalación del GPS, sistema SAE, está pendiente de lo que resuelva el Juzgado; la rampa trasera para minusválidos funciona perfectamente, el vehículo dispone de rótulos luminosos y sistema automático de expedición de billetes; respecto del vehículo de reserva, manifiesta que es nuevo, según ya se comunicó, y que cumple todos los requisitos, a excepción de la rampa para minusválidos, que está pendiente de suministro, según se acredita; por lo que respecta a los postes informativos ofrecidos, su instalación está prácticamente completada, debiendo tenerse en cuenta que, según el contrato, sólo podían instalarse una vez firmado éste, con lo que el compromiso de instalación se está cumpliendo; respecto de las bonificaciones tarifarias, alega que están aplicando la Ordenanza fiscal correspondiente y, sin embargo, el Ayuntamiento les remite formularios de solicitudes de estudiantes para la aplicación de descuentos que no se recogen en dicha Ordenanza, por lo que las tienen que rechazar. Por todo ello, manifiesta su oposición a la resolución del contrato.

DECIMOCUARTO.- Obra en el expediente copia de una providencia de fecha 6 de octubre de 2009, del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 4 de Murcia, en los autos de la pieza separada de ejecución 02/2009, en la que se acuerda no haber lugar a tener por instada la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento de fecha 17/09/2009, al no tratarse de un acto o disposición que se corresponda con el contenido de la sentencia dictada en los autos nº 78/2005, sin perjuicio de que la parte pueda instar lo que a su derecho convenga en un procedimiento independiente.

DECIMOQUINTO.- El 7 de octubre de 2009, el Ingeniero Técnico Industrial municipal emite informe sobre el vehículo matrícula “—”, en el expresa que incumple el punto 4.1 del pliego de condiciones del servicio (y punto 3 de la oferta) porque no dispone de GPS, sistema SAE; que la rampa para minusválidos no es practicable, porque entre ella y la plataforma del autobús existe un escalón de 10 cm., lo que dificulta notablemente el acceso, y tiene una pendiente del 30%, superior al 6% establecido en la Orden de 15 de octubre de 1991, de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas sobre accesibilidad en espacios públicos y edificación; y que no dispone de elementos mínimos para la sujeción de sillas de ruedas.

DECIMOSEXTO.- El 23 de octubre de 2009, el Secretario Accidental del Ayuntamiento emite informe en el que, a la vista de los informes anteriormente reseñados, considera, en síntesis, que el concesionario ha incumplido sus obligaciones esenciales en relación con los vehículos que prestan el servicio, los postes informativos y la aplicación de bonificaciones en las tarifas, y que está obligado a cumplir con lo establecido en los pliegos de condiciones y en su oferta, pues firmó el contrato sin reserva o protesta previa, sino posteriormente a dicha firma. Por ello, considera que concurre la causa de resolución del contrato, imputable

al contratista, prevista en los artículos 111, apartado g), del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), aplicable al contrato (incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato), y 82,b) de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, por lo que procede su resolución; no obstante, considera que las alegaciones del contratista justifican la no incautación y pérdida de la garantía prestada.

DECIMOSÉPTIMO.- El 27 de octubre de 2009 la Concejalía de Arquitectura, Urbanismo, Vivienda, Transportes, Obras Públicas y Servicios Municipales, acogiendo lo expresado en el referido informe del Secretario del Ayuntamiento, formula propuesta, a elevar al Pleno, para resolver el contrato de referencia, previa solicitud de Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

DECIMOCTAVO.- El 30 de octubre de 2009 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Alcalde del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas en el que solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

DECIMONOVENO.- El 13 de noviembre de 2009 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del referido Alcalde mediante el que adjunta diversa documentación presentada por la concesionaria para su remisión a este Consejo. De entre la misma se destacan las sentencias recaídas, citadas en su momento, varios escritos de la empresa solicitando en su día al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia la ejecución forzosa de las mismas, un escrito de 9 de septiembre de 2009 instando a dicho Juzgado la nulidad parcial del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 30 de julio de 2009 y el subsiguiente contrato, en el extremo relativo a su duración, y un escrito, de 2 de noviembre de 2009, de interposición de recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 17 de septiembre de 2009, de iniciación del procedimiento de resolución del contrato que nos ocupa. En el escrito de 9 de septiembre de 2009, la empresa viene sustancialmente a manifestar y ampliar ante el Juzgado las alegaciones contenidas en los escritos presentados al Ayuntamiento que se reseñaron en los Antecedentes Noveno y Duodécimo, insistiendo en la tardía, maliciosa e incorrecta ejecución por el Ayuntamiento de la sentencia anulatoria de la adjudicación de la concesión, formulando su pretensión de que se reconozca su derecho a prestar el servicio por el plazo de 6 años establecido en el pliego de condiciones, por ser lo que corresponde en un correcto cumplimiento de dichas sentencias, o bien, subsidiariamente, a que se le indemnice con la cantidad económica que procede (230.330'66 euros), correspondiente a los costes de amortización de las inversiones que tendría que realizar para cumplir con las obligaciones asumidas en su oferta, atendiendo al plazo de la concesión transcurrido sin ser ella la prestadora del servicio; y ello sin perjuicio de lo que le corresponda percibir por lucro cesante, cuestión respecto de la que el Ayuntamiento no ha dado cumplimiento a lo que reconoció en el Acuerdo de 30 de julio de 2009; Corporación que, en cambio, mantiene desde el comienzo del servicio una constante presión sobre la empresa que le ha llevado a pretender resolver el contrato, en una actuación contraria a la buena fe y a la confianza legítima que debe presidir su relación con los particulares.

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 para resolver un contrato administrativo, habiendo formulado oposición el contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 59.3.a) TRLCAP y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Del expediente remitido se desprende que se ha seguido con lo preceptuado legal y reglamentariamente para este tipo de procedimientos.

Debe advertirse que la resolución que ponga fin a este procedimiento deberá notificarse a los interesados antes del 17 de diciembre de 2009, fecha en que se cumplirá el plazo de tres meses establecido al efecto, conforme con lo previsto en el artículo 44.2 en relación con el 42.3.a) LPAC, pues de lo contrario se producirá su caducidad, y así procedería declararlo, sin perjuicio de la incoación de un nuevo procedimiento y la incorporación al mismo de las actuaciones realizadas en el caducado.

TERCERA.- Imprudencia de la resolución contractual. Falta de compensación económica al contratista por la reducción del plazo concesional. Falta de acreditación del carácter esencial de las obligaciones cuyo incumplimiento funda la pretensión resolutoria del contrato.

I. Planteamiento de la cuestión.

Conforme se desprende de los Antecedentes, el Ayuntamiento consultante pretende declarar la resolución del contrato de prestación del servicio público municipal de transporte urbano de viajeros adjudicado a “--, S.A.” mediante Acuerdo del Pleno de 30 de julio de 2009, dictado para dar cumplimiento a la sentencia de 5 de junio de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia, que anuló la anterior adjudicación del contrato a otra empresa. La propuesta de resolución contractual objeto del presente Dictamen, partiendo de la ejecutividad del referido Acuerdo y del subsiguiente contrato formalizado con la nueva adjudicataria el 31 de agosto de 2009, considera que de tales actos se desprende el deber de la concesionaria de cumplir el contrato conforme con las obligaciones establecidas tanto en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que lo rigen como en la oferta presentada por aquélla, cuyo contenido forma parte del contrato. A este respecto, aduce, entre otras consideraciones, que la Cláusula Segunda del contrato establece que la adjudicación producida a favor de “--, S.A.” (el contrato, en definitiva) se regirá por lo dispuesto en el mismo, en los citados pliegos y en la oferta presentada por la empresa, y la Cláusula Tercera especifica que el adjudicatario se compromete a incorporar para la prestación del servicio la relación de material móvil, y a ejecutar las instalaciones que procedan, de acuerdo con la oferta presentada y lo dispuesto en el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas y de Prescripciones Técnicas Particulares. De ello extrae la obligación del concesionario de prestar el servicio con arreglo a una serie de condiciones que no estima cumplidas en algunos extremos, según indican los informes emitidos por sus servicios técnicos, considerando la propuesta dictaminada que este incumplimiento afecta a obligaciones esenciales del contrato, lo que justifica su resolución, si bien sin pérdida de la garantía, dadas las alegaciones de la empresa.

Por su parte, la concesionaria formula su oposición a dicha resolución contractual a partir de dos esenciales alegaciones, que se refieren cada una de ellas a distintas obligaciones contractuales en cuyo incumplimiento se apoya el Ayuntamiento para fundar la resolución del negocio:

a) Considera que la pretendida resolución del contrato trae causa directa de una incorrecta y desviada ejecución municipal de la sentencia anulatoria de la primera adjudicación, en lo relativo a la esencial determinación del plazo de la concesión, que estima que ha sido reducido improcedentemente por el Ayuntamiento respecto del plazo previsto en el pliego de condiciones administrativas que rige la contratación, con la trascendental repercusión económica que ello tiene a la hora de amortizar las inversiones que debe realizar la empresa para cumplir determinadas obligaciones relativas a la prestación del servicio: en concreto, que el vehículo titular sea completamente nuevo (no simplemente que no supere la antigüedad prevista en el pliego de condiciones técnicas) y con motor de la marca Mercedes, como se ofertó, y que esté provisto de un GPS, sistema S.A.E. —obligación ésta exigida por el referido pliego—; dicha reducción del plazo de la concesión, con la consiguiente minoración de ingresos, implica que la empresa no tenga capacidad ni recursos financieros para sufragar dichas inversiones, y ello por causa sólo imputable al Ayuntamiento. Además, alega que éste, alternativamente, y para compensar dicha reducción de plazo, si es que la misma se considerase ajustada a Derecho, tampoco le ha indemnizado los perjuicios que se derivan de tal determinación (costes de amortización de inversiones, sin perjuicio del lucro cesante). Como quiera que la improcedente ejecución de la sentencia, o la subsidiaria petición de que el Ayuntamiento reconozca la correspondiente compensación, son cuestiones que están planteadas ante el Juzgado que debe conocer de la correcta ejecución de la sentencia y que debe fijar definitivamente los términos de la adjudicación del contrato, considera la concesionaria que, en tanto aquéllas no se resuelvan, no procede adoptar medida alguna sobre la resolución del contrato, dada la interrelación o dependencia entre unas y otras cuestiones.

b) Por lo que se refiere al resto de incumplimientos denunciados por el Ayuntamiento, alega que los vehículos cumplen con los demás requisitos técnicos exigidos; que los postes informativos están siendo instalados, pues no podía comenzar su instalación hasta la firma del contrato; y que no ha incumplido ninguna obligación en materia de bonificaciones tarifarias.

El análisis de las cuestiones planteadas en el procedimiento que nos ocupa exige comenzar delimitando su posible relación con el incidente de ejecución de sentencia pendiente de resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia, en el que la contratista ha instado la nulidad parcial del acuerdo municipal de adjudicación de la concesión, en el extremo relativo a su plazo, y ha solicitado, subsidiariamente a dicha nulidad, el reconocimiento a una determinada compensación económica en caso de una eventual confirmación de la reducción del plazo de la concesión, por los motivos antes expuestos.

A este respecto, debe decirse, en primer lugar, que la mera pendencia judicial de dicho incidente de ejecución no tiene virtualidad suspensiva respecto del procedimiento de resolución contractual que ahora nos ocupa, pues no hay precepto jurídico que así lo determine. Como reconoce la contratista, tanto el Acuerdo municipal de adjudicación del contrato, de 30 de julio de 2009, como el contrato de 31 de agosto de ese año, son, respectivamente, un acto y un contrato administrativos que surten los efectos ejecutivos que les son propios; por tal motivo, resulta indiscutible que configuran una relación jurídica obligacional con un contenido que ha de presumirse válido —incluyendo lo relativo a su plazo— en tanto administrativa o judicialmente no se declare otra cosa. Quiere decirse con ello que este Con-

sejo Jurídico tiene que partir de dicho contrato y de su contenido para determinar si ha sido incumplido o no en sus obligaciones esenciales a efectos de permitir su resolución, como pretende la Administración. Ello ha de entenderse, claro está, sin perjuicio de la influencia que la resolución de dicho incidente de ejecución pudiera tener en el procedimiento resolutorio de que ahora se trata, circunstancia para la que habrá de estarse a lo que, en su caso, se decida en sede jurisdiccional, y que ahora obviamente no puede anticiparse.

En consecuencia, no procede enjuiciar las alegaciones de la concesionaria sobre si la cuestionada reducción o minoración del plazo concesional respecto del previsto en el pliego de condiciones del contrato es conforme con la sentencia dictada o, en general, conforme a Derecho, sino que debe partir de la presunción de validez de tal determinación en tanto no se declare otra cosa.

II. Influencia de la reducción del plazo concesional en la exigibilidad al concesionario de determinadas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento funda la pretendida resolución del contrato.

Cuestión muy distinta de la anteriormente expuesta es la relativa a la valoración que, a los exclusivos efectos del procedimiento resolutorio de que ahora se trata, debe hacerse de la comentada minoración del plazo concesional. Es innegable que, frente a lo previsto en el pliego de condiciones del contrato, que establecía un plazo concesional de 6 años, resulta que, a virtud del acto administrativo de adjudicación del contrato a “--, S.A.” (acto que resolvió adjudicar la concesión a dicha empresa descontando de dicho plazo el tiempo en que el servicio fue prestado por la inicial adjudicataria), el contrato posteriormente firmado entre dicha mercantil y el Ayuntamiento vino, por tal causa, a establecer un plazo notablemente distinto e inferior (1 año y 3 meses) al establecido en el pliego de condiciones. Y resulta trascendental tal circunstancia porque la oferta de “--, S.A.” fue formulada a la vista del referido pliego y consiguiente plazo de 6 años. Debe destacarse que la fijación del aludido menor plazo fue una decisión adoptada unilateralmente por el Ayuntamiento, a virtud del indicado acto de adjudicación, ya que, en la posterior firma del contrato, las partes tenían que ajustarse a lo establecido en dicho acto administrativo —se trata, como se sabe, de formalizar un contrato ya perfeccionado con la previa adjudicación, ex art. 53 TRLCAP—, por lo que, en rigor, no resultaba decisivo que en tal contrato la empresa tuviera que manifestar su disconformidad con la antedicha determinación, sino atenerse a lo que se derivaba del acto de adjudicación, sin perjuicio de su posterior impugnación en el extremo de que se trata. Y ello, además de tener en cuenta, como se desprende de los Antecedentes Tercero y Sexto, que la concesionaria manifestó su oposición a la antedicha determinación tanto antes como después de firmar el contrato.

Ahora bien, aun en la mera hipótesis de que el establecimiento del referido plazo contractual de 1 año y 3 meses pudiera resultar conforme a Derecho (aceptando, pues, por la mera presunción de validez del acuerdo de adjudicación, que el tiempo en que la inicial adjudicataria prestó el servicio hubiera de considerarse como plazo de la concesión validamente transcurrido, minorando el plazo de la concesión posteriormente adjudicada a “--, S.A.”), no puede obviarse que esta situación vendría motivada por causa de una previa actuación municipal contraria a Derecho, como fue la ilegal adjudicación del contrato a dicha primera empresa, tal y como fue declarado en sentencia firme. Y, como alega la concesionaria, la anulación de la primera adjudicación no puede depararle perjuicio de ninguna clase, resultando que tal perjuicio existirá si con la adjudicación del contrato que se realiza en su favor se adoptan determinaciones, por acción u omisión, que la colocan en una

situación jurídica y económica distinta a la que hubiera debido tener si la adjudicación se hubiese realizado desde el principio conforme a Derecho, pues tal diferente situación puede tener influencia a la hora de disponer de la capacidad y recursos financieros para afrontar los gastos que requiere el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la empresa, especialmente si se trata de obligaciones no previstas en los correspondientes pliegos, sino asumidas unilateralmente por la empresa en su oferta, como resulta con algunas cuyo incumplimiento denuncia el Ayuntamiento.

A este respecto, la concesionaria alega, con plena razonabilidad, que no es lo mismo disponer de un contrato en el que se reconoce el derecho a explotar un servicio público por un plazo de 6 años (con la consiguiente evaluación de ingresos y estimación de posibles ganancias, a la vista del estudio económico presentado con la oferta, y la subsiguiente posibilidad de la empresa de obtener financiación externa para afrontar los compromisos a que se obliga con el contrato, como el de suministrar un vehículo completamente nuevo), que disponer de un contrato en el que el plazo de explotación es de sólo 1 año y 3 meses, sin perjuicio de estar discutido judicialmente; y ello aun cuando, para compensar la minoración del plazo previsto en el pliego contractual, la Administración reconozca el derecho del adjudicatario a percibir “*el lucro cesante que resulte de acuerdo con los términos de su oferta presentada*”, determinación a la que no sigue, según alega la empresa y no ha sido rebatido por el Ayuntamiento, ninguna actuación municipal tendente a concretar y cuantificar tal derecho, no dando cumplimiento en este punto a lo establecido en el acuerdo de adjudicación; asimismo, cuando el concesionario alega que, en defecto del establecimiento de un plazo concesional de 6 años, debe indemnizarse, además del lucro cesante, con una determinada cantidad por gastos de amortización de inversiones, la Corporación tampoco tramita dicha solicitud, sino que procede a la incoación del presente procedimiento de resolución, que acuerda con notable celeridad (apenas 1 mes y medio después de iniciarse el servicio), y fundado en el incumplimiento del contratista de unas obligaciones que, como se verá, o bien no tienen el carácter de esenciales, o bien en todo caso cabe dudar razonablemente de dicha calificación. Todo ello justifica, si no la eliminación de la exigibilidad al contratista de determinadas obligaciones contractuales (señaladamente, las que se refieren a las prestaciones que constituyen una mejora ofrecida por él mismo, pero que no vienen impuestas por los pliegos que sirvieron de base a la licitación, y que razonablemente se pueden vincular con la previsión de un plazo concesional más amplio y distinto al posteriormente reconocido al interesado), sí la facultan la consideración de que su cumplimiento quede demorado o supeditado al correlativo cumplimiento del Ayuntamiento de sus correlativas obligaciones indemnizatorias por causa de la comentada variación, para dicho interesado, de un elemento tan esencial de la concesión administrativa como es su plazo.

III. El carácter de las obligaciones cuyo incumplimiento se imputa al contratista. A la falta de cumplimiento por parte del Ayuntamiento de sus obligaciones indemnizatorias con la concesionaria, se une la naturaleza de las obligaciones cuyo incumplimiento por el contratista fundan la pretensión resolutoria que se informa. Esta cuestión asimismo influye decisivamente a la hora de determinar la improcedencia de la resolución del contrato, pues la indiscutida exigencia legal (art. 111, g) TRLCAP) y jurisprudencial (SSTS, Sala 3ª, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones “*esenciales*” del contrato limita en buena medida la potestad administrativa al efecto. En su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la

intención del contratista (SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00). A este respecto, y entre otros supuestos posibles, no justifica la resolución contractual el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias a lo que constituye propiamente la obligación principal del contrato (STS, Sala 3ª, de 17/5/97).

A la vista de ello, y considerando que en los pliegos contractuales no hay determinación alguna sobre las obligaciones que hubieran de calificarse como esenciales a los efectos resolutorios, correspondía al Ayuntamiento justificar tal calificación en cada uno los incumplimientos que imputa al contratista, lo que no ha ocurrido, mientras, por el contrario, existen circunstancias que permiten sostener que aquéllos no tienen la suficiente entidad como para justificar la drástica medida que supone la extinción del vínculo contractual.

A) A este respecto, por lo que respecta a la ausencia de un vehículo titular afecto a la concesión que fuera completamente nuevo, debe destacarse que la correspondiente obligación no viene establecida en el pliego del contrato, sino que se trata de una mejora de la empresa, formulada en su oferta; resulta indiscutido que el vehículo utilizado cumple con los requisitos de antigüedad establecidos en la Cláusula Sexta, 1, del pliego de prescripciones técnicas del contrato. Asimismo, el Ayuntamiento tampoco ha acreditado que esta mejora fuera determinante para que la adjudicación del contrato se hiciera a “--, S.A.” en detrimento de otro licitador. A ello debe unirse lo razonado anteriormente sobre la influencia que, para el cumplimiento de dicha mejora, tiene el hecho de que el Ayuntamiento no haya compensado al contratista con la indemnización necesaria para eliminar el perjuicio económico que le supone la ya comentada reducción del plazo concesional previsto en el pliego base de la licitación.

B) En cuanto a la existencia de elementos deteriorados en el citado vehículo, no se ha acreditado que sean de la suficiente gravedad como para justificar la resolución contractual, sin perjuicio de otras medidas que pudiera adoptar el Ayuntamiento.

C) Por lo que se refiere a la ausencia en los vehículos de un GPS, sistema S.A.E., se trata de un requisito exigido en la Cláusula Sexta, 4, del pliego de prescripciones técnicas, pero no puede considerarse una obligación esencial del contrato cuyo incumplimiento justifique su resolución, pues es un elemento accesorio y no principal del servicio de transporte.

D) En lo que respecta a la rampa de acceso de minusválidos y mecanismos de sujeción de sillas de ruedas, los requisitos a los que deben ajustarse los vehículos son los establecidos en la normativa aplicable en materia de tráfico, industria y transporte terrestre, cuyo incumplimiento puede conllevar las correspondientes medidas sancionadoras, pero no justifican tampoco la resolución del contrato.

E) En cuanto a la colocación de postes informativos, rótulo en vinilo del escudo del Ayuntamiento y rótulos luminosos, se trata de mejoras de la oferta y, además, prestaciones claramente accesorias y no principales del contrato, que no justifican su resolución.

F) Por lo que se refiere al denunciado incumplimiento de las obligaciones en materia de bonificaciones tarifarias, no se ha acreditado que exista. Más allá de la existencia de un inicial desconocimiento del conductor de los criterios a emplear al efecto, no se ha demostrado un efectivo incumplimiento por la empresa de la Ordenanza aplicable en la materia.

IV. De las precedentes consideraciones se concluye que no concurren los presupuestos legales necesarios que permitan la resolución del contrato de referencia, por lo que no procede acordarla.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- A la vista del expediente remitido, no procede la resolución del contrato de referencia, por no concurrir los presupuestos legales necesarios para ello. En consecuencia, la propuesta municipal de resolución contractual se informa desfavorablemente.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 214/09.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por el diseño y elaboración de un simulador virtual de calderas de vapor y otro de columnas de rectificación destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Ocupacional de Cartagena.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 09/12/09

Extracto de Doctrina

El cumplimiento del contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo constituye una obligación esencial de la contratista, cuya infracción posibilita el ejercicio por la Administración de la potestad resolutoria.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de junio de 2007, el Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF) dicta resolución por la que se adjudica a la empresa --, S.L. el contrato de servicios para el diseño y elaboración de Simuladores virtuales de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación, destinados al área de química básica del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena (en lo sucesivo CNFPO), por un importe de 200.000 euros, designando al Director del citado Centro como funcionario responsable del seguimiento de la ejecución del contrato, con el asesoramiento técnico de x, y., ambos docentes y licenciados en Ciencias Químicas.

SEGUNDO.- Una vez constituida por la adjudicataria la garantía definitiva por importe de 8.000 euros, se formaliza el contrato el 18 de julio de 2007, con sujeción a los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo PPT y PCAP, respectivamente), y al contenido de la oferta de la contratista, que sirvió de base a la adjudicación.

En la estipulación 2ª del contrato se especifica que la adjudicataria “*se compromete a la prestación del contrato con estricta sujeción a los Pliegos citados en la cláusula anterior, así como al contenido de su propia oferta, que sirvió de base para la adjudicación,*

pudiendo comenzar dicha prestación a partir de la firma del correspondiente contrato administrativo, y debiendo estar finalizada 18 meses después”.

Y en la estipulación 3ª del mismo contrato se establece que el precio máximo que se obliga a pagar el SEF (200.000 euros) se distribuye en 168.080 euros para el ejercicio 2007 y 31.920 para el año 2008, en función del siguiente calendario:

“1. A la terminación del Simulador de Calderas de Vapor, el 40%.

2. A la terminación del Simulador de Columnas de Destilación y Rectificación, otro 40%.

3. A la entrega y recepción de conformidad de todos los productos, incluida la formación y adiestramiento de los docentes, el restante 20%”.

Entre las obligaciones de la empresa contratista se señala que será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle (cláusula 15.1.3 PCAP), y que deberá contar con el personal necesario para atender sus obligaciones (cláusula 15.1.7 PCAP).

También se prevé en la cláusula 16 del citado Pliego —para el seguimiento y validación de los trabajos—, la creación de una Comisión, a través del CNFPO de Cartagena, con la composición que se indica, que validará los productos resultantes. Entre los integrantes figura el Director del citado Centro, que el contrato singulariza como funcionario responsable del seguimiento de la ejecución del Proyecto.

Por último, el PPT detalla las características específicas y funcionales de los Simuladores de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación, que contienen tres módulos o partes diferenciadas: descriptiva, operativa y ejercicios prácticos (folios 229 a 239 del expediente 54/09).

TERCERO.- La Comisión de seguimiento de los trabajos del Proyecto se reúne por primera vez en la sede del CNFPO en Cartagena el 27 de agosto de 2007, en la que se aprueba conjuntamente con la contratista, a propuesta del responsable del seguimiento, el siguiente calendario de los trabajos (folios 286 a 288 del expte. 54/09):

- Revisión global de los trabajos del Simulador de Calderas: 18 de diciembre de 2007.
- Validación definitiva del Simulador de Calderas: 18 de abril de 2008.
- Revisión global del Simulador de Columnas: 18 de agosto de 2008.
- Validación definitiva del Simulador de Columnas: 18 de diciembre de 2008.
- Suministro, montaje, puesta en funcionamiento del sistema y formación y/o adiestramiento al profesorado en su manejo: 22 de diciembre de 2008.
- Acta de recepción de los trabajos: dentro del mes siguiente a la entrega del trabajo.

Como consecuencia del citado calendario, el Director del SEF aprueba el reajuste de anualidades en el presente contrato, sobre la base del informe del técnico responsable del seguimiento del contrato, al haberse acordado con la contratista el calendario de entrega de los trabajos, según el cual en el año 2007 no tenía que entregarse por la empresa ninguno de los dos bloques previstos para ese año, a cuya entrega estaban anudados los pagos, sino que se entregarán en el año 2.008, conforme al precitado calendario, y así se hace constar por escrito por el representante de la empresa que muestra la conformidad con dicho reajuste (folio 282 del expte. 54/09).

CUARTO.- Constan las actas de la Comisión de seguimiento de los trabajos, correspondientes a las sesiones de los días 13 de diciembre de 2007, y 17 de abril, 26 de junio, 28 de julio, 11 de septiembre, 30 de septiembre (aunque en la reunión anterior se fijó el mes de octubre, por lo que podría ser un error material), 28 de noviembre y 12 de diciembre de 2008 (folios 394 a 430 del expte. 54/09), fecha esta última en la que la contratista deja instalada la aplicación multimedia del Simulador de Calderas de Vapor para que pueda ser revisada por asesores del CNFPO. También en esa última reunión, cuya acta no aparece suscrita por el representante de la contratista en la copia del expediente, ésta entrega un escrito en el que solicita la prórroga de la duración del contrato hasta el 30 de abril de 2009, para poder finalizar los trabajos (folio 315 del expte. 54/2009).

Asimismo figura una propuesta del Director del CNFPO al SEF, de 26 de diciembre de 2008 (folio 369 del expediente 54/2009):

“Estudiado y analizado en profundidad el material entregado por x. relativo a la Caldera de Vapor por expertos docentes del Área de Química Básica, x, y, así como el técnico superior del Centro de Formación x, concluyen con sendos informes los cuales se adjuntan, en los que de una forma clara e inequívoca se pone de manifiesto que los materiales elaborados no se adecuan a las prestaciones contratadas, conforme a los requisitos mínimos fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas por los que se rige la presente contratación”.

De otra parte, la misma propuesta destaca que se ha producido un incumplimiento en los plazos fijados para la ejecución y entrega de los trabajos, al no haberse terminado al día de la fecha el Simulador de Calderas de Vapor, conforme a los estándares de calidad fijados, ni haberse validado trabajo alguno en relación con el Simulador de Columnas de Rectificación, sin que, en ningún caso, dicha demora sea imputable a cambios solicitados e introducidos en el proyecto por parte del representante del órgano de contratación, según se desprende de la lectura de las nueve actas de seguimiento de los trabajos que se acompañan.

Finalmente concluye:

“Es por todo ello, por lo que la Dirección del Centro Nacional de Formación Profesional Ocupacional de Cartagena, como representante del órgano de contratación en la Comisión para el control y evaluación del Proyecto, propone la resolución del contrato por incumplimiento de los estándares de calidad en el simulador virtual de Calderas de Vapor Piro-tubulares y la no ejecución del simulador virtual de Columnas de Rectificación en los plazos establecidos en el contrato”.

QUINTO.- Propuesta la resolución contractual por el SEF, a la que se opuso la contratista, y recabado el parecer de este Consejo Jurídico, se adoptó el Dictamen núm. 99/2009 (expte. 54/2009), que señala, además de otras consideraciones, la procedencia de declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual por el órgano competente, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su iniciación, a tenor de la doctrina jurisprudencial citada en aquel Dictamen, sin perjuicio de indicar la posibilidad del órgano contratante de iniciar un nuevo procedimiento, al que se deberían incorporar en tal caso las actuaciones seguidas en el caducado, por evidentes razones de economía procesal.

SEXTO.- Declarada la caducidad del anterior procedimiento el 8 de julio de 2009, según el resumen de actuaciones, se inicia por el órgano de contratación el 14 de septiembre de 2009 un nuevo procedimiento de resolución contractual (expte. 204/2009 de este Órgano Consultivo), que tiene su causa en el incumplimiento de las prestaciones comprometidas por

la empresa --, S.L., puesto que ha incumplido el plazo total de ejecución, que finalizaba el 18 de enero de 2009. Al citado acuerdo de iniciación se acompañan:

1. Correo electrónico del Director del CNFPO, de 1 de diciembre de 2008, por el que se remite a la contratista los informes de los técnicos del citado centro en relación con el documento descriptivo y de operación de la Caldera de Vapor, así como en relación a la versión instalada del Simulador (folio 24 del expte 204/09).

2. Sendos escritos dirigidos por los dos asesores del CNFPO al Director del Centro, en su condición de responsable del seguimiento del Proyecto, de 23 de noviembre de 2008, en los que se manifiesta (folios 25 y 26):

a) Por parte de D. x:

“Una vez revisado el material enviado por la empresa x. acerca del simulador de una caldera pirotubular, he llegado a la conclusión que los objetivos planteados en la última reunión (30 de octubre de 2008), que consistían de forma general en la incorporación de una revisión técnica y didáctica adecuada no se han cumplido.

Sin entrar en detalles tengo que decir, que desde el punto de vista técnico se han sustituido fotografías e incorporado más material, pero que no resuelven muchas lagunas que quedan pendientes y que puntualizarlas sería llevarnos a la misma situación que en otras reuniones, que hemos ido exponiendo puntos, que se han ido modificando, así una reunión tras otra y vuelta a empezar, esto, a estas alturas no me parece ni conveniente ni abordable, las fechas establecidas no lo permiten.

Desde el punto de vista didáctico no se ha modificado nada, sigue estando igual de enrevesado que estaba, cabe destacar, como positivo, que las páginas del índice esta vez están en orden.

Mi impresión general a la vista de este trabajo es que contiene mucho material, pero no me resuelve los problemas que se presentan en el funcionamiento de una caldera de este tipo y la metodología didáctica con que está presentado no la veo en absoluto, ni desde el punto de vista del alumno, ni desde el punto de vista del profesor que tiene que instruirlo”.

b) Por parte de x:

“La extensión del contenido del documento enviado por x. “Documento descriptivo del simulador de calderas” es de 287 páginas. La razón por la que recojo este dato es para reforzar el primer comentario acerca de dicho documento:

Los contenidos en cuanto a cantidad son excesivos. Toda esta información (buena o mala, adecuada o no) es imposible de estudiar, conocer y asimilar por el operador en el tiempo que razonablemente se le adjudicaría a este tema.

Por tanto estos contenidos no son operativos y por tanto no son válidos.

Una lectura rápida del documento (son 300 páginas) me ha permitido observar:

- *Las figuras y las tablas no están numeradas y en la mayoría de los casos o no están rotuladas o el rótulo identificativo no está claro.*
- *Hay contenidos que no son necesarios conocer y menos estudiar por el operador. Por ejemplo, la tabla de la página 14-15, la ecuación de la página 17, la gráfica de la página 18, la tabla de la página 21 (...)*
- *Sigue habiendo defectos y errores en la redacción, por ejemplo (...)*

Por tanto, tengo que concluir que estos contenidos no son válidos para el simulador de calderas de vapor pirotubulares”.

Sustenta lo anterior en una relación de observaciones al documento descriptivo del Simulador de Calderas fechado el 17 de noviembre de 2008 (folios 27 a 29).

3. Relación de observaciones de los asesores, a resultados de la reunión celebrada el 28 de noviembre de 2008, transcribiendo las realizadas por x. (folios 30 y 31):

“De acuerdo con las conclusiones a las que hemos llegado en la reunión de hoy (28/11/08) en el centro del SEF (Cartagena), presento a continuación un resumen de los puntos que no aparecen, y otros que no aparecen suficientemente claros, en el documento último recibido de la empresa x, encargada de realizar el simulador virtual de una caldera de vapor pirotubular.

A.- DESCRIPTIVA:

1.- Para presentar una herramienta de este tipo es imprescindible antes de entrar en detalles, hacer una descripción lo más clara posible de:

— Definición y función de una caldera pirotubular.

— ¿Por qué elegimos esta caldera?

— ¿En qué contexto se ubica?, ya que no es un elemento que podamos considerar individualmente, sino que está integrado en un sistema de producción, que responde a unas demandas de vapor, en las que hay periodos con puntas de consumo y en otros no hay demanda del mismo, luego no es un equipo que tenga que estar necesariamente funcionando de forma continua.

2.- De la caldera sale una línea general que distribuye el vapor por toda la fábrica, por lo tanto, ¿qué características debe tener esta línea para distribuirlo?: aislamiento de tuberías, juntas de dilatación, purgadores de condensados, válvulas reductoras para obtención de vapor de baja, etc.

3.- Condensados. Una vez realizada su función el vapor retorna en forma de condensados al sistema de intercambio de calor, cediendo y aumentando la temperatura del agua a la entrada de la caldera, con todas las ventajas que esto implica y que sería conveniente desarrollar: por el ahorro de combustible que implica, repercusión medio ambiental, etc.

4.- El combustible que aportamos a la caldera constituye un subsistema muy importante de la caldera, que está formado por un tanque de suministro con unas características especiales: sistema de calentamiento continuo, unas líneas de suministro de éste a la caldera con su correspondiente aislamiento y acompañamiento, filtros, sistema de recirculación, para el caso de parada automática de caldera por falta de demanda. Todo esto lógicamente la forma más didáctica de describirlo es partiendo de un esquema adecuado.

5.- El agua de alimentación a la caldera, es necesario presentarlo igualmente de forma esquemática para poder describirlo. Es muy importante el tratamiento del agua de alimentación a través de un sistema de intercambio iónico y la regeneración del mismo una vez agotadas las resinas. Igualmente, cómo se dosifican los productos de tratamiento, preparación de los mismos, etc.

6.- Los instrumentos de medida y seguridad que presenta la caldera es necesario identificarlos, y decir en nuestro caso concreto, cuál utilizamos, ya que en el informe, pasamos

directamente a mostrar la clasificación, sin particularizar. Ejemplo, en el caso de un indicador de temperatura, ¿qué tipo utilizamos y porqué?, y luego presentar los distintos tipos de termómetros.

7.- Cuando tratamos los tipos de incidencias que puede presentar una caldera, es necesario presentar alternativas que identifiquen los motivos y las posibles soluciones.

B.- OPERACIÓN:

En el pliego de condiciones está muy claro lo que demandamos y es:

1.- Que se puedan operar los elementos individualmente. Es muy importante que pueda actuar el operador desde la pantalla. Por ejemplo, como se lleva a cabo una purga manual.

2.- Un operador debe hacer una regeneración sobre las columnas de intercambio iónico cuando las resinas están saturadas.

3.- Un operador debe saber, que es un filtro en los distintos sistemas, desmontarlo y limpiarlo.

4.- Igualmente debe saber cómo operar sobre un purgador, cómo desmontarlo y limpiarlo.

5.- El operador tiene que ver cómo abrir y operar una caldera en las operaciones de mantenimiento.

6.- Frente a las incidencias que hemos expuesto, en la parte descriptiva decimos que debe de tener alternativas que le den opciones, pero ¿cómo actúa frente a ellas?

C- La parte técnica, en la que recogen los datos de la caldera, presenta muchas contradicciones, de unos cuadros de datos a otros, errores de bulto y datos presentados en diferentes unidades que no permiten contrastarlos, es necesario corregirlos porque inducen a error.

D.- El tratamiento didáctico, que hemos venido insistiendo desde el principio de nuestras reuniones, es evidente por su ausencia. Espero que los puntos anteriormente desarrollados sirvan para aportar algo de luz en este sentido”.

4. Informe realizado por x, experto externo en metodología didáctica, de 6 de agosto de 2009 (folios 34 a 54, del expt.204/2009) cuyo párrafo introductorio expone:

“A petición de los profesores tutores que habrán de utilizar la herramienta, dada la dificultad que experimentan en la comprensión del texto y, sobre todo, dudando de la eficacia didáctica que pueda presentar el Documento, y a instancias de la dirección del centro nacional de formación he realizado una primera revisión metodológica.

Desde el punto de vista didáctico el Documento no reúne los mínimos niveles de aceptabilidad. Su lectura no facilita la percepción rápida de las ideas principales, ni la comprensión e interrelación de los conceptos, y mucho menos la visualización y ordenación mental de los pasos a seguir en los procedimientos.

El escaso uso de esquemas y resúmenes dificulta la grabación en memoria y posterior evocación de los aspectos estudiados.

No hay buen sistema de ejercicios de autoevaluación que permitan a los alumnos realizar un seguimiento de su propio proceso de autoaprendizaje. Obviamente no existe un mecanismo de refuerzo del aprendizaje de los alumnos.

El texto está presentado con numerosas faltas de ortografía, de redacción y expresión.

Aparecen términos y giros que no se emplean en español europeo, lo que hace suponer que se trata de notas extraídas de documentos de autores centroamericanos o sudamericanos o que han sido redactados por alguien que no usa el lenguaje actual español.

Otros giros hacen sospechar que se ha realizado una traducción automática por un programa informático, no revisada posteriormente.

En todo caso el texto resulta difícilmente comprensible.

Seguidamente paso a relacionar algunos de los errores detectados en la revisión del documento (...)

5. Informe elaborado por los dos asesores, ya citados, del CNFPO, de 24 de julio de 2009 (folios 55 a 97 del expte. 204/09), en el que se entra a considerar pormenorizadamente las deficiencias encontradas en el único Simulador entregado (Calderas de Vapor), que no reproducimos por su extensión, a excepción de los siguientes párrafos introductorios:

“Introducción:

La decisión de considerar “NO VALIDO” el simulador de x. se toma en base a un cúmulo de errores y deficiencias encontradas en el simulador.

A lo largo de las reuniones informativas mantenidas con la empresa x. en la elaboración del simulador, son muy numerosos los comentarios negativos de este Centro acerca de:

— Deficiencias, errores y ausencias observadas en los contenidos del simulador. Simplemente, como algo indicativo, sirva un ejemplo: es grave y sintomático que quien va a desarrollar un simulador de caldera pirotubular, olvide, o quizás sea más exacto decir, desconozca, la existencia de puntos de proceso o lazos de control vitales, como la purga continua (ver acta VII reunión de seguimiento).

— La necesidad de que x. disponga de un especialista en calderas pirotubulares y un experto en metodología didáctica de formación para el empleo para poder realizar el desarrollo del simulador.

Debemos, además, tener en cuenta, con objeto de que nos sirva de referencia, el coste del proyecto y su uso final (puesto en conocimiento de x): herramienta de referencia para ser utilizada por todos los Centros de formación ocupacional de España (apartado 5, párrafo c, Pliego Prescripciones Técnicas).

Sin embargo, con todos estos antecedentes, en ningún momento x. intentó reconducir el tema corrigiendo los defectos comentados. Sólo en el último momento (menos de 1 mes antes de la fecha de entrega del simulador) x. propone a los técnicos del Centro contratarlos para que hagan las correcciones y cambios necesarios en el simulador. Sólo uno de los técnicos, que asesora al Centro, acepta la contratación y trabaja menos de un mes con x. Como es natural este técnico deja de asesorar al Centro. El resto de técnicos no considera procedente aceptar la oferta de trabajo de x.

TEMA 1. CONCEPTOS BÁSICOS

La defensa/justificación de x. a las deficiencias que relacionamos de este apartado se basa (al igual que en los siguientes) en apreciaciones de tan poco peso, como que los conceptos: caudal, medida y unidades; nivel, medida y unidades no se han incluido porque tampoco se incluye en uno de los manuales para operadores de calderas que hay publicado en el mercado.

Opinamos que una herramienta didáctica que debe ser referencia en su ámbito, tanto por sus contenidos y prestaciones como por su calidad y cuando además, para ello se pone en marcha un proyecto de desarrollo con un altísimo presupuesto, tenemos la obligación como mínimo de innovar y mejorar lo que hay en el mercado. Si no fuese así, el SEF hubiese adquirido el material disponible en el mercado sin necesidad de poner en marcha este proyecto. Por tanto, las referencias a lo que hay en el mercado debe ser con objeto de superarlo, no para igualarlo y mucho menos copiarlo.

Por otro lado, cualquier técnico sabe que las variables clásicas de control del proceso de generación de vapor son: Temperatura, Caudal, Nivel, Presión y Propiedad. Por tanto o las incluyes todas o ninguna. Todas son igualmente importantes y todas tienen que ser controladas por el Operador de la Caldera.

Otros de los recursos utilizados de forma permanente por x. para defenderse/justificarse, es el de referirse a que el tema en cuestión “no se cita expresamente en el Pliego de Prescripciones Técnicas”. Es evidente que se cita de forma implícita. Además, si se hubiese citado de forma explícita todo aquello que debe contener el simulador, la consecuencia sería que el Pliego de Condiciones Técnicas tendría un tamaño similar a una enciclopedia y ya estaría hecho el diseño del simulador.

En el tercer párrafo x. utiliza para su defensa/justificación las hipotéticas contradicciones de los técnicos del centro. Acerca de este tema debemos decir:

- *El sentido de cada escrito debe entenderse solamente en su contexto. Es decir, habrá que situarse en el día y hora en que se generó y los temas que había sobre la mesa y estaban tratándose.*

- *Los especialistas, los responsables de generar, crear e innovar en cuanto al simulador de calderas de vapor pirotubular, son los técnicos de x. Los técnicos del Centro ayudan, colaboran e incluso pueden dar ideas. Por tanto, los técnicos de x. nunca deben actuar como alumnos que escriben al dictado de los técnicos del Centro.*

- *X. se ha comprometido a desarrollar un simulador de acuerdo con unos pliegos de condiciones y por tanto así debe hacerlo. No es válida la excusa de apoyarse en supuestas contradicciones de los técnicos del Centro (...).*

SÉPTIMO.- Notificado el trámite de audiencia a la contratista el 21 de septiembre de 2009, un representante de la misma solicita el 29 siguiente que se amplíe el plazo para la presentación de alegaciones, a lo que accede el órgano de contratación, según Resolución de 30 de septiembre de 2009.

OCTAVO.- Con fecha 6 de octubre de 2009, la contratista presenta escrito, en el que se opone a la resolución contractual (folios 98 a 116), solicitando:

1. Que se tramite como un expediente de resolución de incidencias en la ejecución, al amparo del artículo 97 del RCAP y 15.3 del PCAP, acordándose la continuación

de los trabajos y concediéndole un plazo razonable para ultimar el Simulador de Columnas de Rectificación.

2. Que se archive la Resolución de 14 de septiembre de 2009 por ser improcedente, dado que el Simulador entregado se ajusta a la oferta y al PPT, y por no existir un incumplimiento culpable de la contratista, ni incurrir en desviación de poder.
3. Que se proceda al pago de las cantidades indicadas, en concepto de los trabajos realizados y de indemnización de daños y perjuicios.

Acompaña la siguiente documentación:

- Anexo 1: informe de contestación realizado a las observaciones de los técnicos del CNFPO de Cartagena, de 19 de febrero de 2009, que se acompañó al escrito de alegaciones presentado al anterior procedimiento caducado.
- Anexo 2: ejemplos de scadas reales de calderas y de simuladores.
- Anexo 3: correo electrónico enviado por x., asesor del CNFPO, a x., Jefe de Proyectos de --, S.L.
- Anexo 4: copia de la factura enviada el día 6 de febrero de 2008 al SEF, por importe de 80.000 euros, y el oficio de devolución.
- Anexo 5: informe del estado de avance del Simulador de Columnas de Rectificación.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 26 de octubre de 2009, tras valorar las alegaciones presentadas, acuerda la resolución del contrato administrativo por el incumplimiento de las prestaciones comprometidas por la empresa (ejecución del plazo), con incautación de la garantía definitiva depositada.

DÉCIMO.- El Asesor Jurídico del SEF informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato suscrito con --, S.L. el 6 de noviembre de 2009, haciendo especial referencia a la gravedad del incumplimiento, según resulta acreditado con los informes obrantes en el expediente, destacando que a la empresa contratista le fue adjudicado el contrato mediante concurso abierto, en el que se establecía como criterio de valoración de las proposiciones, entre otros, la reducción en el plazo de ejecución del contrato previsto en el PCAP, de manera que la contratista ofertó ejecutar el contrato en 12 meses, lo que le supuso una puntuación de 30 puntos, la máxima otorgada a este criterio de valoración. Por consiguiente, la solicitud de prórroga tuvo lugar el 12 de diciembre de 2008, cinco meses después de que concluyera el plazo ofertado, contado desde la formalización del contrato (18 de julio de 2007), pese al error detectado en el contrato, al recoger como plazo de ejecución los 18 meses previstos en el PCAP.

UNDÉCIMO.- Con fecha 10 de noviembre de 2009 se acuerda por el Director del SEF la suspensión del plazo para dictar resolución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.5, c), LPAC por el tiempo que medie entre la petición de nuestro Dictamen, y la recepción del mismo, notificándose a los interesados.

DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de noviembre de 2009 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.

En presencia de un procedimiento por el que se pretende resolver un contrato, al que se opone la 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, letra a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en lo sucesivo TRLCAP), por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.

1. El presente contrato de servicios se encuentra así calificado en el PCAP, al tener por objeto el diseño y elaboración de unos Simuladores virtuales de Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación destinados a la formación de futuros operarios de plantas químicas en el CNFPO de Cartagena, al no ser posible disponer de ellos a escala real y en las condiciones que se presentan en la industria para la realización de las prácticas correspondientes, debido a la envergadura de las instalaciones precisas.

Dicha caracterización viene prefigurada por el artículo 196.3, d) TRLCAP, que considera contratos de servicios los que tienen por objeto “*los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma*”. De igual modo, el artículo 172.2 del mismo Texto Refundido excluye a las adquisiciones de programas de ordenador a medida de la consideración de contrato de suministros.

Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Director del SEF), se encuentran la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 59.1 TRLCAP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación el citado TRLCAP y su reglamento (RD 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RCAP), por aplicación de lo establecido en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La causa invocada para la resolución contractual en la propuesta elevada es el incumplimiento por parte de la contratista del plazo convenido para realizar las prestaciones objeto del contrato, según la estipulación 2ª de éste, conforme a lo previsto en los artículos 95.3 y 111,e) TRLCAP: “*La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...), en relación con el artículo 214 TRLCAP.*”

2. En cuanto al procedimiento seguido (artículo 96.1 TRLCAP), constan acreditados los trámites exigidos, conforme al artículo 109 RCAP: a) audiencia a la contratista por plazo de diez días naturales (se amplió cinco días más a instancia de la misma) y al avalista, puesto que se propone la incautación de la fianza; b) informe del Servicio Jurídico; y c) caso de formular el contratista oposición, Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El expediente acredita el cumplimiento de los primeros trámites citados, quedando pendiente la emisión de este Dictamen.

La contratista sostiene en el escrito de alegaciones que el SEF incurre en abuso de derecho y en desviación de poder al iniciar un nuevo procedimiento de resolución de contrato,

citando a este respecto que en el procedimiento anterior, iniciado el 3 de febrero de 2009, el citado Servicio no realizó actuación tendente a sustanciarlo, ni terminarlo, ni declaró expresamente la caducidad hasta 2 meses después, y a instancia de la contratista; además, alega que se han incorporado dos nuevos informes que se encuentran al margen de todo procedimiento (en el limbo jurídico).

Frente a tales argumentos, el Consejo Jurídico considera que el órgano de contratación se ha ajustado en el presente procedimiento a su doctrina por las siguientes razones:

a) Este Órgano Consultivo dictaminó el anterior procedimiento de resolución contractual (expte. 54/09), en su sesión de 1 de junio de 2009 (Dictamen 99/2009), recomendando a la Consejería consultante que declarara la caducidad del mismo, conforme a la doctrina jurisprudencial allí expuesta, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su iniciación, a lo que se adecuó el órgano de contratación, en la medida que declaró la caducidad del anterior procedimiento, como reconoce la contratista. Sin embargo, esta declaración de caducidad no obsta a que el mismo órgano inicie un nuevo procedimiento de resolución contractual, como también se indicaba en el Dictamen 99/2009, puesto que *“la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”* (artículo 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC en adelante).

b) Tampoco vicia de anulabilidad al nuevo procedimiento la incorporación de informes evacuados con anterioridad, en la medida que se citan en la resolución de iniciación (folio 2) y, por tanto, han sido incorporados al mismo y, más importante aún, han sido puestos en conocimiento de la contratista, a través del trámite de audiencia otorgado, por lo que, en ningún caso, se puede alegar indefensión (artículo 63.2 LPAC). Más aún, que se solicitara una ampliación de los informes anteriormente evacuados a los asesores del SEF, que figuran como tales en la resolución de adjudicación del contrato, con carácter previo a la iniciación del nuevo procedimiento de resolución contractual, denota, por el contrario, que la decisión adoptada por el órgano de contratación se encuentra ampliamente motivada en el expediente. Tampoco puede descartarse que esta alegación responda al propósito de la contratista de no contestar de forma motivada los nuevos informes, a la vista de que acompaña el anterior, de 19 de febrero de 2009, aportado en el procedimiento caducado (folios 117 a 187).

c) También se razona en la propuesta elevada que no se practique la pericial a instancia de la contratante, en tanto la mayoría de los informes aportados, sobre las deficiencias de la documentación parcial entregada, proceden de profesionales independientes que se designaron para asesorar al SEF en lo referente a este contrato (folio 219).

3. En lo que se refiere al plazo para adoptar la resolución del contrato, conforme a nuestra doctrina contenida en el Dictamen 99/2009, el órgano de contratación dispone de tres meses para adoptar y notificar la resolución (artículos 44.2 y 42.3 LPAC), plazo que cumpliría el próximo 14 de diciembre de 2009, en atención a que fecha que fue incoado el procedimiento (el 14 de septiembre), con independencia de que haya sido acordada por el órgano de contratación la suspensión del plazo entre el tiempo que media entre la petición y la recepción de nuestro Dictamen (artículo 42.5,c LPAC).

TERCERA.- Cumplimiento del contrato y situación de los trabajos a la fecha de finalización del plazo estipulado.

1. Objeto del contrato.

Conforme al artículo 110.1 TRLCAP, el contrato se entiende cumplido por la contratista cuando ésta haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto.

Conforme al PPT, al que se remite la estipulación 1ª del contrato, es objeto del mismo (cláusula 1):

“el diseño, desarrollo técnico y suministro de dos simuladores virtuales, conforme al plan de necesidades detallado más adelante, que posibilite a los alumnos visualizar y experimentar situaciones que son consecuencia de sus acciones sobre los equipos que se utilizan, como, por ejemplo: averías, fugas, explosiones, salidas de gases, etc., permitiendo a los alumnos reaccionar ante situaciones de riesgo, viendo y experimentando con sus conocimientos teóricos. A través de las diferentes pantallas de ordenador, los simuladores presentarán una serie de menús con la posibilidad de entrar en los contenidos teóricos básicos para el desarrollo de las distintas prácticas, permitiendo moverse por un escenario virtual que recreará con total fidelidad los componentes de los equipos y el entorno habitual de trabajo. Se podrá interactuar con la máquina a través de los distintos periféricos y se tendrá la opción de visualizar la pantalla en un cuadro de mandos de los equipos.

La parte teórica y la práctica irán directamente relacionadas. El docente, desde su PC, podrá considerar toda la casuística de averías o problemas más frecuentes y que considere oportuno debe realizar el alumno en cada momento, recogiendo el resultado de las prácticas en un informe que podrá consultar a posteriori.

El adjudicatario suministrará e instalará un sistema de simulación virtual para Calderas de Vapor Piro-tubulares y Columnas de Rectificación, al que se adjuntará los correspondientes manuales en castellano necesarios para la formación del profesorado en su manejo.

(...)

El sistema contratado permitirá cubrir los siguientes objetivos:

— La familiarización con las calderas de vapor y columnas de rectificación, a través del conocimiento de sus estructuras, componentes, funciones y mecanismos de control.

— La aplicación y comprensión del funcionamiento de estos equipos en diferentes condiciones de trabajo, así como las operaciones de mantenimiento precisas; todo ello bajo normas y procedimientos de seguridad.

— Todo el sistema se desarrollará basándose en equipos comerciales habitualmente utilizados por las empresas del sector en sus procesos productivos”.

Por tanto, se entiende cumplido el contrato cuando se ejecuta la totalidad del objeto, que en este caso es el diseño, desarrollo técnico y suministro de los dos Simuladores virtuales (Calderas de Vapor y de Columnas de Rectificación) destinados al CNFPO, al área de química básica en general y en operaciones de plantas químicas, que se imparte en sus laboratorios de formación teórico-práctica.

2. Plazo para su ejecución.

Conforme al PCAP, el plazo de ejecución daría comienzo una vez formalizado el contrato y su finalización improrrogable, como máximo, 18 meses después (cláusula 11.1).

De otra parte, entre los criterios de valoración y adjudicación del citado Pliego (cláusula 3.3) se cita el tiempo de ejecución, y la contratista ofertó reducir el plazo a 12 meses, por lo que obtuvo una puntuación de 30 puntos, la máxima otorgada a este criterio de valoración (folio 228 del expte. 204/09). Lo anterior implica, conforme a los compromisos adquiridos, que los trabajos debían estar finalizados el 18 de julio de 2008 según su oferta, pues se suscribió el contrato el 18 de julio de 2007, y de acuerdo con la estipulación 2ª del mismo, la empresa se comprometía a la ejecución de los trabajos con estricta sujeción a los pliegos citados, así como al contenido de su propia oferta.

No obstante, la adjudicataria resultó especialmente beneficiada por el error material en el que incurrió la Administración contratante, sin objetar nada en contrario, pues se incorporó al contrato formalizado los 18 meses previstos en el PCAP, y no los 12 meses propuestos en su oferta. Pese a dicho error inicial, este plazo de 18 meses se iría consolidando por la actuación de los representantes del CNFPO y de la adjudicataria en la Comisión para el seguimiento de los trabajos, puesto que en la primera reunión celebrada el 27 de agosto de 2007, se acordó un calendario para la supervisión de los trabajos, que se acomodaba a los 18 meses (Antecedente Tercero).

Este último dato conviene ser destacado, cuando la contratista califica de desproporcionada la actuación del órgano de contratación por no otorgar la prórroga de los plazos convenidos como máximos, pues de *facto* habían sido ya prorrogados (seis meses más), frente a su compromiso, que lo reducía a 12 meses.

En consecuencia, el 18 de enero de 2009 finalizaba el plazo de los 18 meses de ejecución previstos en el contrato, haciendo abstracción del error incurrido por las razones ya expresadas.

3. Estado de los trabajos a la finalización del plazo.

Es un dato no controvertido en el expediente, ni siquiera por la contratista, que a la fecha de la terminación del contrato no se había entregado el Simulador de Columnas de Rectificación, como se reconoce en el escrito de alegaciones; únicamente se había entregado la herramienta didáctica correspondiente al Simulador de Calderas de Vapor (el 12 de diciembre de 2008), con independencia de que los asesores del CNFPO informen que tal Simulador suministrado por --, S.L. no cumple el PPT, conforme a los estándares de calidad fijados, llegando a reconocer un grado de incumplimiento en orden a un 30-40% (informe de los asesores del CNFPO de 19 de diciembre de 2008).

En consecuencia, se constata en el expediente una demora por la contratista, que afecta a una sustancial parte del objeto del contrato, respecto al cumplimiento del plazo total de ejecución fijado para la realización del mismo (artículo 95.1 TRLCAP) y, por tanto, un incumplimiento grave del contrato.

CUARTA.- La resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Procedencia.

I. Sobre la causa de resolución esgrimida por el órgano de contratación.

La causa de resolución citada en la propuesta elevada a este Órgano Consultivo para la resolución contractual es la contenida en el artículo 111, e) TRLCAP, por remisión del artículo 214 del mismo Texto Refundido (causas de resolución de los contratos de servicios), es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista. Esta causa

está íntimamente ligada a la obligación que le incumbe de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (art. 95.1 TRLCAP).

En efecto, la contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem*, la ejecución del contrato 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 el trabajo completo no se ha terminado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP), justificándose en el presente caso que la opción se ha adoptado en atención a los intereses públicos presentes en el caso, a la vista de la parte de la documentación entregada plagada de deficiencias, según refiere la propuesta elevada, lo que se deduce que requeriría un mayor plazo para una eventual subsanación, en perjuicio del interés público.

La misma prerrogativa confiere a la Administración el artículo 95.6 TRLCAP cuando la contratista, por causas imputables a la misma, hubiera incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato.

II. El plazo como elemento esencial del contrato.

Sostiene la contratista que en el presente caso el plazo no está configurado como un elemento esencial del contrato, puesto que el objeto principal es el diseño y elaboración de los Simuladores con el fin de ponerlos a disposición en el CNFPO.

Sin embargo, el cumplimiento del contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo constituye una obligación esencial de la contratista, cuya infracción posibilita el ejercicio por la Administración de la potestad resolutoria del contrato. La importancia del tiempo en el cumplimiento del contrato ha sido destacada por la doctrina el Consejo de Estado, en el sentido de que *“el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo constituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación de la contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas a la misma, en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo “* (Dictámenes 4.533/1996 y 2368/2002).

Tampoco es cierto que el plazo no constituya un elemento esencial en relación con el presente contrato, teniendo en cuenta que:

— Entre los criterios de adjudicación, se valoró el tiempo de ejecución (cláusula 3.3 PCAP), como se ha expuesto anteriormente.

— El plazo de los 18 meses se configura como improrrogable en el PCAP (cláusula 11.1)

— Es una herramienta para ser utilizada por todos los centros de formación ocupacional de España para la realización de las prácticas, por lo que la demora en su entrega repercute en las enseñanzas para los futuros operarios de plantas químicas, al no ser posible disponer de Calderas a escala real y en las condiciones que se presentan en la industria para la realización de las prácticas correspondientes, debido a la envergadura de sus instalaciones.

III. El incumplimiento culpable de la contratista.

Sostiene la contratista que ha cumplido todas las prescripciones técnicas del PCAP del PPT y de su oferta técnica y que el retraso en la ejecución del contrato no es imputable a la misma, puesto que ha ido realizando los trabajos de conformidad con las directrices

de la Comisión de seguimiento, pese al grado de imprecisión de sus observaciones (folio 103), definiendo sus sugerencias o propuestas como muy genéricas, globales y subjetivas, de acuerdo con las actas levantadas y la correspondencia electrónica, según refiere. No obstante, esta afirmación inicial la matiza posteriormente en el mismo escrito de alegaciones, pues llega a reconocer, en su defecto, una concurrencia de culpas, achacando a la Administración un incumplimiento de sus obligaciones, que no concreta, y que considera que también incidieron en el transcurso del plazo. Por último, llega a reconocer implícitamente, en términos de defensa, su imputabilidad a efectos de señalar la aplicación de la imposición de penalidades (artículo 95.3TRLCAP), en lugar de la resolución contractual, y para tachar de desproporcionada la actuación del SEF. En su lugar, demanda el otorgamiento de una prórroga al plazo inicial, conforme a la cláusula 11 PCAP, pues siempre ha manifestado su voluntad de cumplir el contrato, argumentado como prueba de ello que contrató a uno de los asesores externos del CNFPO, ante la actitud de bloqueo de sus representantes, frente al comportamiento de la contratista que quiso formar un equipo conjunto, sin el cual era imposible definir *a priori* un modelo cerrado. En definitiva, alega una vulneración del principio de proporcionalidad con la propuesta de resolución contractual y que la Administración debe someterse en su actuación a los principios de buena fe e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Siguiendo con sus alegatos, la contratista señala que si existen discrepancias respecto a la ejecución del contrato, por diferencias en la interpretación de lo convenido, debe seguirse el procedimiento previsto en la cláusula 15.2.3 PPT y artículo 97 RCAP, en lugar de la resolución contractual. En todo caso, considera que corresponde a la Administración probar que el incumplimiento del plazo por parte de la contratista reviste la necesaria gravedad para instarla, con lo que ello implica para la efectiva satisfacción del interés público que preside la contratación pública.

Solicita al SEF el abono de las cantidades correspondientes a los trabajos entregados. En concreto, por el Simulador de Calderas de Vapor (40% del precio de contrato, más los intereses legales), y por el Simulador de Columnas de Rectificación (40% del precio del contrato, más los intereses legales), puesto que sostiene que la denegación de la prórroga y el inicio del procedimiento de resolución le han impedido finalizar los trabajos de este último Simulador; el resto de la cantidad convenida la reclama en concepto de indemnización, por cuanto imputa al SEF la imposibilidad de realizar las restantes prestaciones, ante la negativa a continuar con las reuniones de la Comisión de seguimiento.

Finalmente, solicita que se opte por la continuación del contrato, otorgando un plazo razonable para la terminación de los trabajos del Simulador de Columnas de Rectificación, archivando la iniciación del procedimiento de resolución contractual por ser improcedente, al no existir un incumplimiento imputable a --, S.L. y por incurrir en desviación de poder. Asimismo solicita las cantidades expresadas.

Pese a lo expresado, este Consejo Jurídico considera que la contratista no ha acreditado, en modo alguno, que en la demora para la realización de la totalidad de las prestaciones objeto del contrato haya concurrido la actuación de la Administración, a tenor de la documentación integrante del expediente, sobre todo de las actas de las reuniones de la Comisión de seguimiento, que reflejan la actuación de ambas partes.

Tampoco se advierte la desviación de poder alegada, al no concurrir los requisitos que para su apreciación cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de julio de 2009 (fundamento jurídico tercero).

A tales efectos, y correlativamente a sus imputaciones, se realizan las siguientes consideraciones:

1. Respecto a las observaciones de los representantes del CNFPO, que califica la contratista de genéricas, globales y subjetivas (incluso se refiere a una actitud de bloqueo), no se desprenden tales calificaciones, sino todo lo contrario, de las opiniones vertidas por los representantes de la contratista en las reuniones de la Comisión de seguimiento con los representantes del CNFPO. Así, a modo de ejemplo, en la sesión correspondiente a 11 de septiembre de 2008 (folios 416 a 419 del expte. 54/2009), cuya acta aparece suscrita por el representante de la contratista, se transcribe en el apartado CUARTO:

“Toma la palabra seguidamente x. para reiterar en nombre de x. el agradecimiento a los expertos del CNFPO por la actitud positiva y de colaboración mostrada en todo momento, y sus observaciones y aportaciones mejorarán sin duda las propiedades y la capacidad formativa del simulador, aprovechando para invitar a esa participación activa y positiva continua hasta la recta final del desarrollo de los módulos descriptivo y operacional, así como en el de ejercicios prácticos”.

De otra parte, tampoco se desprenden tales calificativos del contenido de los informes de los asesores docentes del CNFPO obrantes en el expediente, que se relacionan en el Antecedente Sexto. Tampoco que sus observaciones no fueran concretas, a la vista de los citados informes y observaciones recogidas en las actas de las comisiones de seguimiento, orientadas a la consecución de un producto válido, a tenor de sus finalidades (docentes y prácticas), como pone de manifiesto el informe elaborado por los asesores del CNFPO de 24 de julio de 2009 (folios 55 a 97), para ser utilizado como una herramienta de referencia para todos los centros de formación ocupacional de España (cláusula 5, apartado c, PPT).

Como glosario de la actuación de los representantes del CNFPO, que se trasluce en las distintas actas de la Comisión de seguimiento de los trabajos, orientada a la subsanación de deficiencias de los avances entregados y de la corrección de la contratista de los defectos advertidos, según las prescripciones del PPT, se reproduce el apartado Tercero del acta citada, correspondiente a la misma sesión de 11 de septiembre de 2008:

“Tras la entrega del citado material a los expertos del CNFPO los técnicos de x. hacen una detallada exposición de la estructuración y su contenido, haciendo la observación que es muy importante que por parte de los técnicos del centro se hagan cuantas observaciones y/o aportaciones que consideren oportunas para mejorar las prestaciones finales de la herramienta. En este sentido ponen como ejemplo la notable mejoría que ha experimentado el Simulador de Calderas desde su concepto inicial, habiendo aumentado su tamaño, pasando de una caldera inicial de 80 Tm. a la que actualmente se está trabajando, con una capacidad de 800 Tm.

A medida que los técnicos de x. hacen la exposición, van surgiendo dudas y comentarios por parte de los expertos del CNFPO. En este sentido, manifiestan que en el desarrollo de los dos módulos, de formación y operación, no se aprecia un gran progreso, a lo que los representantes de x. contestaron que estaban trabajando en ello para llenar de contenidos dichos módulos. En cuanto al simulador de calderas propiamente dicho, los expertos del CNFPO manifiestan carencias básicas tales como el control de paradas de emergencia, y errores como el que ahora presenta el modelo al poder encender la caldera sin haber terminado el barrido inicial de gases con el aire de las soplantes, o que en la parada de la caldera sólo consistió en cortar combustible quedando la llama piloto encendida. También

se les comenta a los expertos de x. que para formar al operador sobre el funcionamiento de los lazos de control de la caldera sería necesario poder visualizar en las tendencias las variables de consigna, pérdida de la variable controlada y la acción del controlador; respondiendo que están de acuerdo (...)”.

Se llega a afirmar por la contratista que, ante el bloqueo que sufría la completa y definitiva terminación de los trabajos relativos al Simulador de Calderas de Vapor, se contrató al especialista de plantas químicas x., experto externo que venía asesorando al CNFPO, con anterioridad, en la Comisión de seguimiento.

Frente a tal argumentación, los asesores externos del Centro designados en la resolución de adjudicación del contrato (folio 171 del expte. 54/09), x, y., licenciados en Ciencias Químicas, refieren que de forma reiterada se le transmitió a la contratista la necesidad de que dispusiera de un especialista en calderas pirotubulares y un experto en metodología didáctica de formación para el empleo para poder desarrollar el Simulador (folio 56 del expte. 204/2009), y que sólo un mes antes del plazo para su entrega (claramente insuficiente) se contrató a uno de los técnicos que asesoraban al Centro, pues los restantes (los citados arriba) no aceptaron la oferta de trabajo de --, S.L.

Pese a ello, sostiene la contratista que ni el PCAP ni el PPT, así como tampoco la oferta presentada, exigían que la adjudicataria contara con ingenieros químicos especializados en Calderas de Vapor o Columnas de Rectificación, por eso el seguimiento y validación de los trabajos correspondía al personal especializado del SEF.

Sin embargo, de una parte, las cláusulas 15.1.7 y 15.1.3 PPT establecen, respectivamente, que el contratista deberá contratar al personal preciso para atender a sus obligaciones y será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle.

De otra parte, los técnicos que asesoran al CNFPO ponen en entredicho que la empresa se escude, para eludir su responsabilidad, en que el seguimiento de los trabajos correspondía al personal especializado del SEF, cuando los responsables de generar, crear e innovar el Simulador de Calderas de Vapor Pirotubular son los técnicos de --, S.L. (folio 57 del expte. 204/09), correspondiendo a la dirección del Centro ayudar, colaborar y dar ideas, pero no la realización del trabajo. En tal sentido, pone de manifiesto la propuesta de resolución: *“sin embargo, a lo largo del desarrollo del Simulador de Calderas afloraba por doquier por parte de la empresa adjudicataria, que ante los continuos errores y carencias que detectaban los técnicos del SEF en los materiales que presentaban periódicamente, quienes tenían que resolverlos eran los técnicos del SEF y no los supuestos expertos en calderas que debía tener la empresa”*. En este contexto se entiende perfectamente el contenido del correo electrónico remitido en el mes de abril de 2008 (folios 201 y 202 del citado expte.) por los asesores del CNFPO, aportado por la contratista en defensa de sus argumentos de subjetivismo en las apreciaciones de los asesores indicados, que quedan plenamente desvirtuadas por el contenido íntegro del correo, que sólo se transcribe parcialmente en el escrito de alegaciones (folio 112, reverso, del expte. 204/09), a tenor de algunos párrafos omitidos:

“(…) En un sistema de control Scada hay varias pantallas: una pantalla principal condensada y varias pantallas secundarias donde aparecen los circuitos secundarios (circuito de la bomba de alimentación, circuito del quemado-hogar de la caldera, circuito de alimentación al quemador, etc.). Como es natural estas pantallas son también pantallas de trabajo activas. Por ahora no hemos visto estas pantallas.

De los varios contenidos del proyecto hay dos que a mí y a x. nos preocupan, son:

- a) Los contenidos didácticos (texto, imágenes reales y animadas, videos, sonido, etc.) que van a permitir conocer a un alumno la caldera en su totalidad y con detalle, tales como detalles constructivos, aspectos funcionales y operación, etc., igual que si estuviese físicamente trabajando con ella, pudiese acceder a todos sus rincones, desmontarse sus elementos para estudiarlos y naturalmente fue guiado por un operador experimentado, profesional y de calidad.*
- b) La simulación de la operación de la caldera en una pantalla de trabajo igual a la de un sistema de control Scada.*

Del apartado a) todavía no hemos visto nada.

Del apartado b) sólo hemos visto el aspecto y contenidos del diagrama de proceso que será la futura pantalla de trabajo, sin embargo, falta aún lo más importante la simulación en tiempo real (...)”.

Por lo tanto, no se pueden mezclar ni confundir, como intenta la contratista en su escrito de alegaciones, las funciones de la Comisión para el control y evaluación de los trabajos, con las obligaciones de la contratista, cuyo alcance se describe anteriormente (cláusula 1 del PPT), siendo la responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, conforme la cláusula 15.1.3 del PCAP.

Por último, tampoco está acreditada la actitud de bloqueo de los asesores del CNFPO alegada por la contratista, muy al contrario, se refuta claramente por las actas de la Comisión de seguimiento e informes emitidos; además, consta en el expediente de adjudicación del contrato que los referidos asesores integraron la comisión técnica designada por la mesa de contratación, resultando adjudicataria la contratista (folios 142 y 143 del expte. 54/09).

2. En relación con las actuaciones de la Administración que incidieron en la demora, según refiere la contratista pero que no las concreta, se desprende también de las actas que el responsable del seguimiento de los trabajos (Director del CNFPO) trasladó reiteradamente a los representantes de --, S.L su preocupación por los plazos de terminación y entrega de los trabajos, incumpléndose por la contratista el calendario de los trabajos a entregar, fijados de común acuerdo en la sesión de 27 de agosto de 2007 (Antecedente Tercero del presente Dictamen), que establecía como validación definitiva del Simulador de Calderas el 18 de abril de 2008, cuando, según se infiere del acta correspondiente al día anterior (17 de abril de 2008), el avance que se entregó previamente se refería, en una proporción muy pequeña, al Simulador, que es el punto más importante del trabajo (sic), reconociendo el representante de la contratista que su desarrollo llevaba cierto retraso por las dificultades encontradas en la colaboración, que mantenían con la Universidad de Sevilla (folio 403 del expte. 54/09).

Tampoco se acredita por la contratista que la demora sea debida a cambios introducidos por los representantes del CNFPO (que sostiene para la solicitud de prórroga), lo que es negado de forma taxativa por los asesores del Centro, señalando (folio 374 del expte. 54/09):

“queremos dejar constancia en este informe que a lo largo de las reuniones de seguimiento del proyecto simulador de calderas, jamás hemos ni pedido ni sugerido cambios en el proyecto inicial recogido en el pliego de condiciones técnicas.

Por otro lado, el hecho de sugerir que la columna adecuada para simular el proceso de destilación debe ser una topping, no afecta al proyecto de la caldera. Además, en el pliego de condiciones técnicas, apartado 4.1, se sugiere de forma expresa una columna topping de refino de petróleo”.

De otra parte, estas últimas explicaciones de los asesores del CNFPO sobre el tipo de Columna de Rectificación (columna topping de refino de petróleo) se dieron a la contratista el 28 de julio de 2008, según consta en el acta correspondiente a dicha sesión, y no en el último mes del plazo estipulado, respondiendo la empresa en la sesión de 11 de septiembre de 2008 que estaban trabajando ya en dicho Simulador (folio 418 del expte. 54/09).

También sostiene la contratista que se incumplió la cláusula 16.1 PCAP, pues en las reuniones de la Comisión para el seguimiento de los trabajos no formó parte el Jefe de Servicio del Área de Ordenación Formativa de la Subdirección General de Gestión de la Formación Ocupacional del Servicio Público de Empleo Estatal, cuando así venía estipulado. Sin embargo, el referido representante, perteneciente a otra Administración distinta a la contratante, fue convocado a las reuniones, excusando su asistencia, según se hace constar en determinadas actas, sin que tampoco figure ninguna objeción a este respecto de los representantes de la contratista asistentes a las mismas.

Igualmente, pese a que la contratista atribuye la imposibilidad de ejecutar el resto de prestaciones a la negativa de seguir manteniendo las reuniones de seguimiento, éstas estaban programadas en función del calendario de las entregas de trabajo, careciendo de sentido su continuación, teniendo en cuenta que se había superado ya el mínimo de reuniones previstos en el PCAP (cláusula 16.1, seguimiento y coordinación de las acciones).

3. En el presente caso, la Administración ha probado un incumplimiento grave de las obligaciones de la contratista, consistente en la falta de entrega del trabajo completo dentro del plazo de ejecución (que se dice improrrogable en la cláusula 11.1 PCAP, aparte del error ya indicado que supuso, en realidad, 6 meses más de tiempo para la empresa adjudicataria), a lo que se suma que la documentación entregada correspondiente al otro Simulador adolece de deficiencias, según los informes emitidos por los asesores del CNFPO, lo que supone un incumplimiento de la cláusula 15.1.3 del PCAP, en la que se establece que el contratista será responsable de la calidad de los trabajos que desarrolle, puesto que el citado Pliego (cláusula 16, controles de calidad) concibe la calidad como un instrumento básico para la validación de un proyecto de esta naturaleza.

De todo lo anterior, se infiere que la contratista no ha actuado con la diligencia debida y, por tanto, que el incumplimiento es imputable a la misma.

4. Por tanto, en el caso de incumplimiento culpable de la contratista, la potestad para decidir entre la resolución del contrato o su continuidad con la imposición de penalidades debe ser adoptada en atención a la mejor satisfacción de los intereses públicos presentes en el caso, no apreciándose en el presente caso, por las consideraciones expuestas con anterioridad, ni vulneración de los principios de proporcionalidad, de buena fe, e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como postula la contratista.

5. Propuesta la resolución contractual por concurrir la causa alegada de incumplimiento culpable de la contratista, no procede su sustitución por el procedimiento previsto en la cláusula 15.2.3 PCAP y artículo 97 RCAP, en relación con las incidencias surgidas en la ejecución del contrato, como pretende la adjudicataria, en tanto no hizo uso del mismo durante el plazo de ejecución del contrato, en relación con las observaciones que le iban

realizando los representantes del CNFPO en las reuniones de la Comisión de seguimiento, ni cuando la dirección del citado Centro le remitió los informes de los asesores en el mes de noviembre por correo electrónico (folio 24 del expte. 204/09), cuya descalificación ahora se pretende por la contratista.

IV. En suma, en el presente caso concurre la causa invocada por la propuesta elevada, consistente en un incumplimiento grave de las obligaciones de la contratista, por la falta de entrega del trabajo completo (no ha sido entregada por la adjudicataria el Simulador de Columnas de Rectificación), dentro del plazo de ejecución convenido (artículos 111, e, y 95.3 TRLCAP), que se establece como improrrogable en la cláusula 11.1 PCAP, y que por el error ya indicado, la contratista dispuso *de facto* 6 meses más del plazo ofertado (12 meses).

A la demora de la contratista se suma que lo entregado adolece de serias deficiencias, que se describen en los informes evacuados por los asesores químicos ya citados y por el experto en metodología didáctica externo al CNFPO (folios 56 a 97 y 33 a 54, respectivamente, del expte. 204/2009); este último recabado por el SEF por la finalidad docente de los Simuladores (destinada a alumnos del área de química básica). Se advierte durante el plazo de ejecución, las dificultades de la contratista para subsanar los defectos señalados por los representantes del CNFPO para la adecuación de los productos a los contenidos y finalidades descritas en el PPT, achacables por aquéllos a la falta de medios especializados de la contratista (especialista en Calderas Piro tubulares y un experto en metodología didáctica de formación de empleo), pese al intento de esta última de paliarlo en el último momento, ya sin tiempo (un mes antes de su entrega), lo que explicaría, en síntesis, las vicisitudes suscitadas en relación con la ejecución del presente contrato.

En todo caso, se desprende de las actas de las reuniones de la Comisión de seguimiento que el funcionario responsable del CNFPO y sus asesores intentaron colaborar con la contratista en la ejecución del contrato, como se razona con anterioridad, orientado siempre al cumplimiento del PPT, si bien su papel, como es destacado en sus informes, no era de coautores de los trabajos, sino de su control y validación en el seno de la Comisión.

Lo anterior refuerza el carácter culpable del incumplimiento.

QUINTA.- Efectos: incautación de la garantía, liquidación del contrato e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios causados.

1. Para supuestos como el que se dictamina, es decir, resolución contractual imputable al contratista, el artículo 113.4 TRLCAP establece el efecto de incautación de la garantía y la indemnización a favor de la Administración de los daños y perjuicios ocasionados, en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

En tal sentido, la propuesta elevada pospone la determinación de los daños y perjuicios ocasionados a un procedimiento contradictorio (artículo 113 RCAP). Dicha solución es admisible, tal como afirma el Consejo de Estado, entre otros en su Dictamen 822/1993, pues la determinación de la indemnización exigible al contratista se llevará a cabo en expediente contradictorio que, normalmente, será un procedimiento *ad hoc* y posterior al expediente mismo de resolución con la finalidad de fijar con la mayor exactitud el importe de los daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato. En dicho expediente se deberá otorgar al contratista un trámite de audiencia previo al acto que, en su caso, acuerde la referida obligación indemnizatoria adicional, siguiendo con ello el proceder que se deduce del artículo 113 RCAP, procedimiento que, al no versar ya

propriadamente sobre la resolución contractual ni la incautación y pérdida de la garantía, no requerirá el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico.

2. Asimismo, a tenor de lo establecido en el artículo 215 TRLCAP la resolución del contrato dará derecho a la contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiera realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración (Dictamen 1382/2008 del Consejo de Estado).

Cabe recordar al respecto que es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005, 165/2005 y 149/2006, entre otros), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato, como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, como se ha indicado, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la contratista.

Es ese procedimiento donde ha de determinarse el valor de la parte entregada, y verificarse por el órgano de contratación si algunos recursos de los trabajos parcialmente entregados pueden ser utilizados por la Administración, al ser reproducción de otros, según denuncian los asesores del CNFPO, y por encontrarse protegidos por las normas de propiedad intelectual o industrial. A título de ejemplo, en el folio 58 expresan los citados asesores químicos, en relación con los recursos multimedia entregados:

“muchos de los contenidos del simulador están realizados con la técnica informática copiar/pegar. Este hecho es el que queremos destacar. En lugar de poner a disposición del proyecto las herramientas necesarias para conseguir unos recursos multimedia nuevos, innovadores y de calidad, x. ha cogido el camino más sencillo, que es buscar en Internet, copiar y pegar (por cierto, ¿qué pasa con el derecho de propiedad?).

La intención de citar la página de internet es demostrar que x. se ha limitado, en muchas casos, a copiar y pegar de internet”.

También en los folios 59 y 60, indican los asesores del CNFPO:

“Cambios de estado, vaporización y condensación:

(...)

— No son videos originales desarrollados por x.. Son videos copiados del curso para conductores de generadores de vapor, cuyo promotor es x., perteneciente al Centro de Formación de Nuevas Tecnologías (...)

— El citado material fue incluido aproximadamente 3 semanas antes de ser entregado el Simulador. Es obvio la improvisación y la utilización de la técnica de copiar/pegar.

— En la carátula del CD donde se han copiado los citados videos pone: Fondo de Formación- FPE, se reserva todos los derechos de esta y posteriores ediciones. Queda prohibido la reproducción total o parcial de esta obra salvo expreso consentimiento del editor”.

En tal sentido, la cláusula 18.1 del PCAP es muy clara respecto a los derechos de propiedad intelectual del SEF.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede resolver el contrato administrativo de referencia, por incumplimiento culpable de la contratista, por concurrir la causa citada en la Consideración Cuarta, IV, con incautación y pérdida de la garantía definitiva prestada por ésta, dentro del plazo indicado en la Consideración Segunda. Por ello, en estos pronunciamientos, la propuesta de resolución sometida a consulta se informa favorablemente.

SEGUNDA.- Procede ordenar la liquidación de las cantidades que correspondan, en su caso, con los trabajos efectivamente realizados, así como incoar procedimiento contradictorio para la fijación, si procede, de la indemnización a favor de la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada, todo ello con audiencia previa de la contratista, en los términos que se contienen en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 215/09.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un edificio de servicios múltiples con funciones de demostración de la calidad ambiental y de la contaminación ubicado en Torre Pacheco, con omisión del trámite de fiscalización previa.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 14/12/09

Extracto de Doctrina

La conclusión alcanzada en las consideraciones precedentes sobre la procedencia de continuar el procedimiento hasta el reconocimiento de la obligación, no puede obviar las graves irregularidades advertidas por la Intervención en la ejecución del contrato de obras, en particular al suspender y reanudar las obras sin acuerdo del órgano de contratación que así lo disponga (art. 102 TRLCAP) y sin cumplimentar lo dispuesto en el artículo 103 RCAP, e introducir modificaciones en el contrato sin la previa aprobación del órgano de contratación, con omisión de los trámites previstos en los artículos 59.2, 101 y 146.3 TRLCAP. También se ha omitido la fiscalización previa del gasto y la recepción formal de las obras. Se trata de un cúmulo de incumplimientos impropio del carácter profesional de la Administración, que no puede ser justificado ni amparado por los titulares de los órganos directivos, a quienes compete salvaguardar el principio de legalidad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 21 de diciembre de 2007 la Consejería de Agricultura y Agua adjudica la realización del “contrato de obras para la construcción de edificio de servicios múltiples con funciones de demostración de la calidad ambiental y de la contaminación, ubicado en Torre Pacheco” a la empresa “--, S.A.”, comprometiéndose el gasto plurianual

por el importe de la adjudicación que ascendía a 1.436.897,67 euros, con cargo a la partida 16.05.442G.621.00 de los ejercicios 2007 y 2008. El 27 de diciembre de 2007 se firma el contrato, cuyo plazo de ejecución es de ocho meses.

SEGUNDO.- El Acta de comprobación del replanteo se firma el 27 de diciembre de 2007, determinando el inicio de las obras, que en consecuencia habían de terminar el 27 de agosto de 2008.

TERCERO.- El contratista solicita una prórroga de cuatro meses para la ejecución del contrato, motivada en los retrasos producidos *“por la presencia de dos tuberías de hormigón de diámetro 1000 y 250 mm respectivamente propiedad de la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena previstas en proyecto, pero cuya protección siguiendo especificaciones de los técnicos de la comunidad de regantes, ha obligado a modificar los planos parcelarios y la realización de obras de protección de dichas tuberías”*, autorizándosele por Orden del Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua, de 4 de agosto de 2008, que señala como nueva fecha de finalización del contrato el 26 de diciembre de 2008.

CUARTO.- El 19 de diciembre de 2008 se levanta un acta de suspensión temporal de las obras firmada por el contratista, el Director Facultativo de aquéllas y el funcionario representante del órgano de contratación, justificada en que el órgano promotor de las obras (Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental) ha previsto nuevos usos para el edificio, que afectan al conjunto de las instalaciones eléctricas, de climatización, telecomunicaciones y otros. La suspensión durará mientras se redacte y tramite el correspondiente proyecto modificado, que recoja tales variaciones.

El 22 de diciembre, el titular de la indicada Dirección General propone al órgano de contratación que se declare la suspensión temporal total de las obras, si bien no consta en el expediente la orden declarativa de la suspensión propuesta.

QUINTO.- Por Orden de 13 de enero de 2009, y con fundamento en el escrito de 9 de enero del Director de la obra y el informe del Jefe de Servicio de Vigilancia e Inspección Ambiental, el Secretario General (por Delegación del Consejero) autoriza que se inicie expediente de redacción del Proyecto modificado de la obra, a propuesta del Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental, ante una serie de circunstancias imprevistas que afectan al conjunto de las instalaciones eléctricas, de climatización y telecomunicaciones.

SEXTO.- El 13 de febrero, una consultora (x., Ingenieros, Consultores y Arquitectos) emite informe de supervisión favorable al proyecto modificado, fruto del encargo de asistencia técnica efectuado a tal fin por la Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental.

SÉPTIMO.- Por Orden de 18 de febrero se aprueba técnicamente el proyecto modificado, con un presupuesto adicional, sobre el original, de 202.417,90 euros.

OCTAVO.- El 30 de junio se procede a poner fin a la suspensión temporal de las obras, mediante la suscripción de un acta por las mismas personas que firmaron la de suspensión, no constando que exista resolución del órgano de contratación que disponga la reanudación de los trabajos.

NOVENO.- Con fecha 23 de septiembre se remite a la Intervención Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua propuesta de la Dirección General de Planificación, Eva-

luación y Control Ambiental al Consejero de adscripción, para que se autorice y disponga el gasto por importe de 363.228,53 euros, a favor de la adjudicataria del contrato --, S.A. y con cargo a la partida presupuestaria 17.09.442G.621.00 n° de proyecto de inversión 34601, como pago de la medición general de las obras.

Junto con la mencionada propuesta se acompañan los siguientes documentos:

— Documento titulado “Proyecto de construcción de edificio de usos múltiples con funciones de la calidad ambiental y de la contaminación ubicado en Torre-Pacheco. Estado final de las obras”, fechado en julio de 2009 y del que únicamente se aporta, en el expediente remitido al Consejo Jurídico, portada del documento y planos.

— Certificación de obra, de 21 de julio de 2009, relativa a la medición general de las obras por importe de 400.154,05 euros, a la que se acompaña la correspondiente relación valorada.

— Factura expedida por la empresa adjudicataria el 29 de julio de 2009, referida a la “certificación final correspondiente medición general de la obra” (sic), por importe de 400.154,05 euros.

— Documento contable preliminar “AD” 75722, por importe de 363.228,53 euros con cargo a la partida 17.09.442G.62100, n° de proyecto de inversión 34601.

— Orden de imputación al ejercicio corriente (2009) del compromiso de gasto debidamente adquirido correspondiente al ejercicio 2008, por importe de 36.925,52 euros, con cargo a la partida 17.09.442G.62100 proyecto 34601.

— Documento contable “AD” 26869, como consecuencia de la orden de imputación anterior, por importe de 36.925,52 euros.

DÉCIMO.- El 19 de octubre de 2009, la Intervención Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua emite informe relativo a la medición general de las obras del contrato de constante referencia, al amparo del artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCI), es decir, como previo al reconocimiento de obligaciones generadas con omisión de la preceptiva fiscalización del compromiso del gasto.

Considera la Intervención que el gasto cuya autorización y disposición se pretende, por importe de 363.228,53 euros, resultado de la medición general de las obras, pone de manifiesto que éstas “no se han ejecutado conforme al Proyecto inicialmente aprobado, sino que se han ejecutado unidades de obra nuevas y excesos sobre las previstas, que presumiblemente responden al proyecto modificado que se comenzó a tramitar pero cuyo expediente no se llegó a aprobar por el órgano de contratación, ni a comprometer el gasto necesario para hacer frente al mismo”. No obstante, advierte también que el importe que se pretende aprobar, que supone un 25,28% de gasto adicional sobre el precio del contrato adjudicado, no coincide con el exceso que suponía el proyecto modificado (202.417,90 euros), existiendo una diferencia entre ambos valores de 160.810,81 euros.

La Intervención advierte en el expediente las siguientes irregularidades:

— La suspensión de las obras y su reanudación carecen de acuerdo del órgano de contratación decretándolas. Además, al acta de suspensión debió unirse como anexo la

medición de la obra ejecutada hasta ese momento y los materiales acopiados a pie de obra utilizables exclusivamente en ella.

— El proyecto modificado no llega a ser aprobado por el órgano de contratación, por lo que tampoco se ha autorizado el gasto correspondiente al mismo.

— Se ha omitido la preceptiva fiscalización previa del gasto.

— No se califica en el expediente la naturaleza de los 160.810,81 euros, correspondientes a la diferencia entre el presupuesto del proyecto modificado (202.417,90 euros) y el gasto cuya autorización y disposición se pretende (363.228,71 euros) (sic).

No obstante, considera acreditadas las prestaciones realizadas por el contratista y la conformidad a las mismas por la Administración contratante, que existe crédito adecuado y suficiente y que no sería conveniente instar la revisión de los actos por razones de economía procesal, ya que el importe de la indemnización correspondiente no sería inferior al del gasto propuesto y dado que la empresa, siguiendo órdenes de la Administración, habría realizado de conformidad la prestación del servicio.

UNDÉCIMO.- El 27 de octubre de 2009, el representante del órgano de contratación (Director Técnico) elabora una memoria explicativa de la omisión de la preceptiva fiscalización previa, efectuando observaciones acerca del contenido del informe de la Intervención.

En relación con la ausencia en el expediente de los correspondientes actos administrativos del órgano de contratación acordando la suspensión y posterior reanudación de las obras, así como la falta de la medición de obra ejecutada y del acopio de materiales que resultaban preceptivos con ocasión de la suspensión, se afirma que se debió a errores.

Respecto a la no culminación del expediente del proyecto modificado y las consiguientes ausencia de autorización del gasto y omisión de fiscalización previa, se informa que la entrada en vigor de determinadas normas sectoriales (que no se detallan) exigía disponer de las instalaciones objeto del Proyecto a la mayor brevedad posible, lo que motivó que se superpusieran la tramitación del proyecto modificado y la ejecución de las obras en él contemplado. No obstante, *“el trámite de autorización del proyecto modificado se interrumpe cuando no se estima como debidamente justificado el que la necesidad de las obras objeto del modificado pueda considerarse como sobrevenidas”*.

En cuanto a la naturaleza de los 160.810,81 euros cuya autorización y disposición se pretende, se afirma que corresponden a la diferencia entre la certificación final y la valoración del Proyecto modificado. Dicha cantidad respondería a un 9,81% del valor resultante de sumar el importe de adjudicación (1.436.897,67) más el del modificado inicial (202.417,90).

DUODÉCIMO.- Con fecha 9 de noviembre, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe que se limita a describir la documentación obrante en el expediente y que, antes de someter al Consejo de Gobierno la propuesta de “autorización del reconocimiento de obligación y propuesta de pago”, ha de solicitarse Dictamen del Consejo Jurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados al procedimiento los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 16 de noviembre de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta a elevar al Consejo de Gobierno para que reconozca una obligación económica de la Administración regional contraída con omisión de la intervención previa de la misma, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 33 RCI.

SEGUNDA.- Procedimiento y configuración del expediente.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se han seguido esencialmente los trámites establecidos en el artículo 33 RCI. Así, remitida a la Intervención Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua, para su fiscalización, una propuesta de Orden que el Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental eleva al Consejero de adscripción para que se autorice y disponga el gasto de 363.228, 53 euros, correspondiente a la medición general de las obras y acompañada de la correspondiente certificación, en la que se identifica el indicado importe como “exceso de las obras ejecutadas”, la Intervención estimó —correctamente— que no procedía la fiscalización de tal propuesta, sino emitir el informe al que se refiere el citado artículo 33 RCI. En él, el órgano de control no se opone al reconocimiento de la referida obligación económica, que dimana de la efectiva ejecución de las obras, previo Dictamen de este Consejo Jurídico anterior a la autorización de dicho reconocimiento, a recabar del Consejo de Gobierno.

Asimismo, consta en el expediente la memoria explicativa de la omisión de fiscalización, a que se refiere el artículo 33.3, segundo párrafo RCI, en la que el Director Técnico del Proyecto efectúa diversas observaciones al informe interventor.

Sin embargo, entre la documentación remitida a este Consejo Jurídico, no obra la propuesta que el Consejero de Agricultura y Agua ha de elevar al Consejo de Gobierno para que éste le autorice el reconocimiento de la obligación y que, en rigor, debería constituir el objeto de la consulta que da lugar a este Dictamen.

TERCERA.- El reconocimiento de la obligación económica objeto de la propuesta dictaminada: la ejecución de obras en exceso sobre las proyectadas.

I. De conformidad con los Antecedentes expuestos, la Consejería consultante consideró oportuno modificar el proyecto de las obras de referencia, autorizando la redacción del oportuno proyecto modificado, el cual llegó a ser aprobado técnicamente, si bien no se culminó el procedimiento de modificación, pues aquél no fue objeto de aprobación por el órgano de contratación, al advertirse que, en palabras de la memoria explicativa elaborada por el Director Técnico del Proyecto, las necesidades que se pretendían atender con las nuevas obras no podían ser consideradas como sobrevenidas; es decir, no cabía amparar las modificaciones contractuales pretendidas en los motivos tasados que, de conformidad con el artículo 101 TRLCAP la pueden justificar, esto es, que dichas modificaciones sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas.

A pesar de lo expuesto, las obras objeto del nuevo proyecto se ejecutaron de forma simultánea a la tramitación del inconcluso procedimiento de modificación contractual y

ello aunque no se acredita en el expediente que se dieran las condiciones que el artículo 146.4 TRLCAP exige para poder ejecutar provisionalmente tales obras. Ello determinó que, dada la ausencia de resolución del órgano de contratación aprobatoria de la modificación contractual, el gasto que implicaba la ejecución de las nuevas obras no se fiscalizara, tal y como exige el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).

En cuanto a la realidad de las obras cuyo abono se pretende, debe indicarse que no consta que se haya procedido a su recepción formal, acto que debía anteceder de forma inmediata a la medición general, ni, en sustitución de aquélla, a la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, en los términos del artículo 168 RCAP y desplegar así los efectos previstos 147.6 TRLCAP.

Ello no obstante, la ejecución de las obras se llevó a efecto hasta la total terminación de éstas, como se acredita mediante la certificación correspondiente a la medición general de aquéllas y la propuesta de autorización y disposición del gasto que, para el abono de tales obras, eleva el Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental al Consejero de Agricultura y Agua.

Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre supuestos de ejecución de obras no proyectadas y no amparadas por la correspondiente resolución del órgano de contratación acordando la modificación contractual (así, Dictámenes 50/1998, 44/2000, 164/2002 y 190/2006), aun constituyendo ésta una actuación manifiestamente irregular, las obras efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el representante de la Administración y posteriormente recibidas de conformidad, han de serle abonadas al primero, por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla.

Así, señala la STS (Sala 3ª) de 16 de mayo de 1986: *“Este enriquecimiento injusto, por razones de equidad o más bien por auténtica justicia conmutativa, sirve de cobertura al encargo efectivamente realizado (...) Se trata, como se ha dicho en ocasiones, de una conversión de actos o negocios jurídicos inexistentes o nulos de pleno derecho en la figura del cuasicontrato romano, subsistente en nuestro Código Civil (Art. 1887) para permitir la adecuada compensación económica y el equilibrio patrimonial de Administración y contratista. El simple hecho del enriquecimiento de aquélla, en detrimento de éste resulta así suficiente para generar la obligación de resarcimiento, nacida directamente de esta situación jurídica como constitutiva o sustitutoria de actos o contratos que no llegaron a nacer o que lo hicieron desprovistos de sus elementos esenciales”*. En tales casos la invalidez de la actuación administrativa genera una obligación de abono de las obras o servicios, pero tal obligación no tiene por título el contrato ni el encargo, sino únicamente evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido el producto de tal encargo irregular (STS, Sala 3ª, sec. 7ª, de 30 de septiembre de 1999). Debe tenerse presente que el artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, sitúa el origen de las obligaciones de la hacienda regional en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen, acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes.

En el supuesto sometido a consulta, aun faltando la recepción formal de las obras y, en consecuencia, la manifestación expresa de la conformidad de la Administración contratante,

no puede obviarse que la certificación final de las obras acredita la realidad de éstas, como también apunta la Intervención en su informe, y ello aunque la indicada certificación no especifique, como habría debido hacer, qué partidas corresponden a obras ejecutadas fuera del contrato inicialmente adjudicado, e, incluso, al margen del proyecto modificado aprobado técnicamente, ya que la certificación final excede en mucho (casi un 80%) la valoración de aquel proyecto.

En cualquier caso, al haber sido realizadas las obras de conformidad con órdenes de la Administración, han de ser abonadas a la contratista.

II. La conclusión alcanzada en las consideraciones precedentes sobre la procedencia de continuar el procedimiento hasta el reconocimiento de la obligación, no puede obviar las graves irregularidades advertidas por la Intervención en la ejecución del contrato de obras, en particular al suspender y reanudar las obras sin acuerdo del órgano de contratación que así lo disponga (art. 102 TRLCAP) y sin cumplimentar lo dispuesto en el artículo 103 RCAP, e introducir modificaciones en el contrato sin la previa aprobación del órgano de contratación, con omisión de los trámites previstos en los artículos 59.2, 101 y 146.3 TRLCAP. También se ha omitido la fiscalización previa del gasto y la recepción formal de las obras. Se trata de un cúmulo de incumplimientos impropio del carácter profesional de la Administración, que no puede ser justificado ni amparado por los titulares de los órganos directivos, a quienes compete salvaguardar el principio de legalidad.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- De las actuaciones obrantes en el expediente remitido se desprende que en el contrato de obras de referencia se han introducido modificaciones sin haber sido aprobadas previamente por el órgano de contratación y habiéndose omitido el preceptivo trámite de fiscalización previa del gasto que la ejecución de tales obras comportaba, no obstante lo cual se ha generado una obligación económica con el contratista, cuyo reconocimiento puede ser autorizado por el Consejo de Gobierno de conformidad con lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 216/09.- Proyecto de Decreto por el que se crea la Red de Muladares para Aves Rapaces Necrófagas de la Región de Murcia.**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)****Fecha: 14/12/09****Extracto de Doctrina**

El artículo 5 LPNB impone a todos los poderes públicos, en sus respectivos ámbitos competenciales, velar por la conservación y el uso racional del patrimonio natural, teniendo en cuenta especialmente los hábitat amenazados y las especies silvestres en régimen de protección especial (apartado 1), debiendo las Administraciones públicas promover aquellas acciones que contribuyan a la consecución de los objetivos de la Ley (apartado 2, a). Su artículo 52 dispone que las Comunidades Autónomas adoptarán las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por su parte, asume, en virtud del artículo 11.3 de su Estatuto de Autonomía, la competencia para el desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente y normas adicionales de protección, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca. En ejercicio de esta competencia dicta la Ley 7/1995, de 21 de abril, de Fauna Silvestre de la Región de Murcia (LFSRM), cuyo artículo 2.1 ordena a las Administraciones Públicas de la Región de Murcia que velen por el mantenimiento de la biodiversidad mediante medidas dirigidas a la conservación de la fauna silvestre, especialmente de la autóctona y de sus hábitat naturales.

Dentro de esta materia global ambiental e íntimamente relacionada con el aspecto de conservación “in situ” de las especies de fauna silvestre amenazadas, como medida concreta para conseguirla, se incardina la alimentación suplementaria de las aves rapaces necrófagas con cadáveres de animales procedentes de la ganadería, como medio de suplir la escasez de aportes tróficos que, debido a diversas circunstancias, tales aves pueden padecer en sus hábitat naturales.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, la Dirección General del Medio Natural de la entonces Consejería de Industria y Medio Ambiente, elabora un Proyecto de Orden conjunta de la indicada Consejería y de la de Agricultura y Agua, por la que se crea la Red de Muladares para las Aves Carroñeras de la Región de Murcia.

El Proyecto se acompaña de un informe de la Unidad de Planificación y Ordenación de Áreas Protegidas, de 28 de noviembre de 2006.

SEGUNDO.- El 3 de abril de 2007, el referido Proyecto de Orden es informado por el Servicio Jurídico de la Consejería de Industria y Medio Ambiente, que considera más adecuado dotar a la disposición del rango normativo de Decreto, formulando asimismo diversas observaciones y sugerencias sobre el contenido, que no serán atendidas ni incorporadas al texto.

TERCERO.- El 2 de octubre de 2007, la Dirección General de Ganadería y Pesca, de la Consejería de Agricultura y Agua, remite a la Dirección General del Medio Natural un nuevo borrador de la disposición, ahora con rango de Decreto, que se elabora para adaptar la norma proyectada al Real Decreto 664/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la alimentación de aves rapaces necrófagas con subproductos animales no destinados al consumo humano, que sustituye al anterior reglamento estatal, el Real Decreto 1098/2002, en el que inicialmente se fundamentaba la futura disposición regional.

CUARTO.- El 11 de noviembre, la Dirección General del Medio Natural, al efecto de que puedan ejercer su derecho a la participación mediante la formulación de comentarios y alegaciones, da traslado del borrador a las siguientes asociaciones y entidades:

- Asociación de Naturalistas del Sureste (ANSE).
- Fundación Global Nature.
- Ecologistas en Acción.
- Sociedad Española de Ornitología (SEO).
- Asociación Caralluma.

Asimismo, se remite el texto concediendo plazo para informe y observaciones a la Consejería de Sanidad y a los Ayuntamientos de Lorca y Caravaca de la Cruz, en cuyos términos municipales se prevé instalar los muladares.

El 13 de marzo de 2008, además, se publica el texto del Proyecto de Decreto en la página web de la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio, Departamento que asume las competencias en materia de Medio Ambiente tras la reorganización de la Administración regional operada por Decreto del Presidente 24/2007, de 2 julio, habilitando una dirección de correo electrónico en la que los ciudadanos pueden formular opiniones, observaciones y sugerencias durante un mes.

QUINTO.- Se formulan alegaciones por un particular y la Asociación Caralluma, que son objeto de valoración por sendos informes del Servicio de Sanidad Animal de la Dirección General de Ganadería y Pesca y del Servicio de Protección y Conservación de la Naturaleza (Unidad Técnica de Vida Silvestre) de la Dirección General del Medio Natural, asumiendo algunas de las observaciones y sugerencias aportadas.

Del proceso de participación pública y de su resultado se informa a quienes participaron en el mismo y por idéntico medio al que lo hicieron, constando en el expediente la notificación de dichos extremos a la Asociación Caralluma, pero no al particular alegante, que utilizó la vía telemática para formular sus observaciones.

SEXTO.- Sometido el Proyecto al Consejo Asesor Regional de Medio Ambiente, obtiene su informe favorable el 3 de abril de 2008, según consta en el expediente mediante certificación expedida por el secretario del referido órgano colegiado consultivo.

SÉPTIMO.- El 3 de junio se incorpora al procedimiento un informe justificativo de la necesidad del futuro Decreto, cuya finalidad es intentar superar la grave situación que supuso para las poblaciones de aves rapaces necrófagas la falta de aportación de cadáveres procedentes de la ganadería, como consecuencia de las restricciones y prohibiciones impuestas para evitar la expansión de las Encefalopatías Espongiformes Transmisibles (EET). El Proyecto persigue establecer una red de comederos en la Región que, bajo el control de

la Dirección General de Ganadería y Pesca sobre los cadáveres, garantice una alimentación suplementaria a las aves rapaces carroñeras amenazadas, fundamentalmente el buitre leonado —que cuenta con zonas de cría en la Región—, pero también otras especies como el alimoche y el quebrantahuesos, objeto éstas de programas de reintroducción y conservación en las cercanas Sierras de Cazorla y Segura.

OCTAVO.- Consta en el expediente una Memoria económica, que cifra en 91.000 euros el coste derivado de la entrada en vigor del futuro Decreto, tomando en consideración un Plan cuatrienal de puesta en marcha y funcionamiento de la red de muladares, entre los ejercicios 2007 y 2010.

Asimismo se incorpora una “memoria jurídica”, elaborada por el Servicio de Protección y Conservación de la Naturaleza, que describe el marco legal —comunitario, estatal y autonómico— en el que se inserta el Proyecto, destacando la incidencia sobre el mismo de normas sectoriales diversas en materia de medio ambiente y sanidad animal.

NOVENO.- El 18 de julio de 2008, el Servicio Jurídico de la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio emite informe en el que formula sugerencias de técnica normativa y sobre el contenido. Entre estas últimas destaca la conveniencia de abordar en el Decreto la posibilidad de establecer muladares de titularidad privada, que habrían de someterse a autorización de la Dirección General del Medio Natural.

La incorporación de algunas de las sugerencias formuladas en el informe jurídico determina la redacción de un nuevo borrador del Proyecto, que se remite a la Consejería de Agricultura y Agua, para ser informado por su Servicio Jurídico, lo que efectúa el 5 de junio de 2009.

DÉCIMO.- El expediente se completa con una relación de las disposiciones que resultan afectadas, que concluye en la ausencia de derogación o modificación de norma vigente alguna y con un informe que niega cualquier impacto por razón de género del futuro Decreto.

UNDÉCIMO.- Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se evacua el 29 de junio en sentido favorable al Proyecto, si bien se pone de manifiesto la necesidad de actualizar la memoria económica y, respecto al contenido, se formulan observaciones respecto a cuatro preceptos, que serán asumidas e incorporadas al texto, dando lugar a la versión definitiva del Proyecto.

Se incorpora, asimismo, una memoria económica que suprime las menciones a ejercicios ya pasados (2007 y 2008), aunque no se modifican las cuantías contempladas en la misma, que permanecen inalteradas.

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 octubre de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

1. El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región

de Murcia (LCJ), conforme al cual el Consejo habrá de ser consultado en relación con los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.

2. El alcance de la actuación del Consejo Jurídico de la Región de Murcia cuando del examen de las disposiciones reglamentarias se trata, comporta el estudio de la competencia de la Comunidad Autónoma, la habilitación del Consejo de Gobierno para dictar la norma en cuestión, la comprobación de que se hayan seguido los trámites procedimentales previstos en la Ley para elaborarlo y, especialmente, el análisis de su adecuación al ordenamiento jurídico vigente. Todo ello sin olvidar la posibilidad de formular sugerencias acerca de eventuales deficiencias a evitar o de posibles mejoras, tanto de contenido como de técnica normativa, con el objetivo primordial de facilitar su pacífica inserción en el ordenamiento y procurar la mayor perfección de la futura norma.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

1. El artículo 45 de la Constitución Española proclama el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Deber este último reforzado respecto de los poderes públicos, en la medida en que se le encomienda velar por la utilización efectiva de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente.

Asimismo, la Constitución distribuye las competencias ambientales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, atribuyendo al primero, como competencia exclusiva, la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las segundas de establecer normas adicionales de protección (art. 149.1,23ª), posibilitando a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de gestión de la protección del medio ambiente (art. 148.1,9ª).

En este marco, corresponde al Estado la determinación del régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del objetivo de garantizar los derechos de las personas a un medio ambiente adecuado para su bienestar, salud y desarrollo. A tal fin, se promulga inicialmente la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, que es derogada por la hoy vigente, 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (LPNB), que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, y la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres.

El artículo 5 LPNB impone a todos los poderes públicos, en sus respectivos ámbitos competenciales, velar por la conservación y el uso racional del patrimonio natural, teniendo en cuenta especialmente los hábitat amenazados y las especies silvestres en régimen de protección especial (apartado 1), debiendo las Administraciones públicas promover aquellas acciones que contribuyan a la consecución de los objetivos de la Ley (apartado 2, a). Su artículo 52 dispone que las Comunidades Autónomas adoptarán las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por su parte, asume, en virtud del artículo 11.3 de su Estatuto de Autonomía, la competencia para el desarrollo legislativo y

ejecución en materia de protección del medio ambiente y normas adicionales de protección, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca. En ejercicio de esta competencia dicta la Ley 7/1995, de 21 de abril, de Fauna Silvestre de la Región de Murcia (LFSRM), cuyo artículo 2.1 ordena a las Administraciones Públicas de la Región de Murcia que velen por el mantenimiento de la biodiversidad mediante medidas dirigidas a la conservación de la fauna silvestre, especialmente de la autóctona y de sus hábitat naturales.

Dentro de esta materia global ambiental e íntimamente relacionada con el aspecto de conservación “in situ” de las especies de fauna silvestre amenazadas, como medida concreta para conseguirla, se incardina la alimentación suplementaria de las aves rapaces necrófagas con cadáveres de animales procedentes de la ganadería, como medio de suplir la escasez de aportes tróficos que, debido a diversas circunstancias, tales aves pueden padecer en sus hábitat naturales.

2. Dicha alimentación, a su vez, pone en contacto a los animales propios de la ganadería con la fauna silvestre, incidiendo así sobre otra materia competencial como es la sanidad, en su vertiente de sanidad animal. El encuadramiento de esta submateria en la más amplia de sanidad nos lo ofrece la STC 192/1990, de 29 de noviembre, al señalar que aunque las epizootias hayan de afectar al ganado, es obvio que la coordinación de las medidas para combatirlas es también competencia en materia de sanidad.

En esta materia, la Comunidad Autónoma ostenta competencias de desarrollo legislativo y ejecución en virtud del artículo 11.1 EAMU; al Estado, por su parte, le corresponde la fijación de las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1, 16ª CE).

La imbricación entre la materia de sanidad animal y la de medio ambiente es plasmada de forma expresiva en el Preámbulo de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, al señalar que *“la situación de contagio entre las mismas especies de animales domésticos y silvestres por una misma enfermedad, así como la posible creación de reservorios en el medio natural, hacen inseparables las actuaciones sanitarias tanto en un medio como en otro. Las enfermedades epizooticas, aun en su concepto más leve, pueden tener unas consecuencias mucho más graves en el medio natural, pudiendo llegar a afectar a toda la pirámide ecológica y provocar daños irreparables en la fauna silvestre”*.

En este contexto, la aparición de las encefalopatías espongiiformes transmisibles originó una respuesta normativa a nivel comunitario que, prescindiendo de antecedentes más remotos, cristaliza en el Reglamento (CE) 1774/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 2002, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano. Dicho Reglamento clasifica estos subproductos en tres categorías, estableciendo medidas y restricciones aplicables a cada una de ellas para su recogida, transporte, almacenamiento, manipulación, transformación y utilización o eliminación, con el objeto de impedir que entrañen algún tipo de riesgo para la salud humana o animal (art. 1.1). En su artículo 23.2, letra b) se posibilita que, previa autorización, puedan destinarse determinados materiales de las categorías 2 y 3 a la alimentación de aves de presa que no sean de zoológico ni de circo, y de animales salvajes cuya carne no esté destinada al consumo humano.

Respecto a los materiales de la categoría 1, los que presentan un mayor riesgo, el artículo 23.2, letra d) posibilita que los Estados Miembros autoricen la utilización de los cuerpos

enteros de animales muertos que puedan contener material especificado de riesgo, para la alimentación de especies en peligro o protegidas de aves necrófagas.

El 12 de mayo de 2003, la Comisión de las Comunidades Europeas adopta la Decisión 2003/322/CE, sobre la aplicación de las disposiciones del Reglamento citado relativas a la alimentación de las especies de aves necrófagas con determinados materiales de la categoría 1, estableciendo las oportunas medidas de prevención y control.

A nivel estatal y en consonancia con la citada normativa comunitaria se dicta el Real Decreto 1429/2003, de 21 de noviembre, cuyo artículo 8.2 autoriza la utilización de determinados materiales de las categorías 2 y 3 para la alimentación de aves de presa que no sean de zoológico ni de circo, y de animales salvajes cuya carne no esté destinada al consumo humano.

Finalmente, el RD 664/2007 aprueba el marco básico para la alimentación de aves rapaces necrófagas con subproductos animales no destinados al consumo humano, incluidos cadáveres enteros de rumiantes, sometiendo a autorización de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas la alimentación en muldares de tales aves con los subproductos animales no destinados al consumo humano que se especifican en su Anexo, en los términos y condiciones previstos en el artículo 8.2 RD 1429/03. Del mismo modo, habilita a tales órganos para que, bajo su supervisión, puedan utilizarse cadáveres enteros de animales de las especies bovina, ovina y caprina, aunque contengan material especificado de riesgo (subproductos de la categoría 1), únicamente para alimentar a las especies que de modo taxativo enumera, entre las cuales se encuentran el buitre leonado, el alimoche y el quebrantahuesos.

3. El escenario normativo descrito no contiene una llamada expresa a las Comunidades Autónomas para que ejerzan sus facultades normativas, no obstante lo cual, las constantes invocaciones a la acción ejecutiva de la Administración autonómica en la aplicación del marco estatal básico demandan una actuación reglamentaria de desarrollo que deviene necesaria para la concreta aplicación y eficacia de las bases estatales.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

En términos generales se han cumplido las exigencias que, en relación a la participación del público en la elaboración de disposiciones relativas al medio ambiente establece la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, ajustándose el procedimiento de elaboración del Proyecto a las normas que rigen el ejercicio de la potestad reglamentaria, contenidas en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, sin que se aprecien carencias esenciales. No obstante, cabe hacer las siguientes observaciones:

a) La memoria económica unida al procedimiento parece responder a una concepción meramente formalista del trámite, pues la actualización demandada por la Dirección de los Servicios Jurídicos determinó un nuevo informe económico que únicamente se diferencia del anterior en las fechas a que se refiere, sin alteración alguna en las cantidades consignadas. Con ello difícilmente se podrá alcanzar la finalidad perseguida por el aludido informe, que no es otra que 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.

b) Se ha incorporado al procedimiento la preceptiva memoria de oportunidad, si bien lo ha hecho de forma tardía, una vez que ya se había desarrollado buena parte del procedimiento de elaboración de la norma, cuando lo idóneo es que las razones que justifican la necesidad y oportunidad de la disposición queden plasmadas desde el principio de la tramitación.

c) El Proyecto fue sometido al Consejo Asesor Regional de Medio Ambiente antes de que finalizara el plazo de un mes concedido al público para la formulación de observaciones y sugerencias, práctica ésta que debería evitarse en orden a conseguir que las alegaciones y sugerencias formuladas por los ciudadanos puedan ser tenidas en cuenta por la Administración y que el texto que se eleve a la consideración del órgano consultivo pueda incorporarlas en su caso.

d) Carece el expediente de la propuesta del titular de la Consejería de Agricultura y Agua al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto.

e) En relación con la participación del público en la elaboración de la futura disposición, conforme a lo establecido en la Ley 27/2006, de 18 de julio, el Director General del Medio Natural acuerda aprobar la respuesta administrativa a las alegaciones presentadas al Proyecto y ordena que dicha respuesta se notifique al público. Sin embargo, únicamente consta la notificación a uno de los alegantes, no al otro, que formuló sus observaciones por vía telemática. Si esta fue la vía elegida para la notificación de la respuesta, bien mediante la notificación electrónica al interesado, bien mediante la publicación de la respuesta en la página web oficial del órgano impulsor del Proyecto, debería quedar constancia en el expediente.

CUARTA.- Observaciones de carácter general.

1. Delimitación del objeto del Proyecto.

A lo largo del expediente se ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones, tanto en informes como en las sugerencias y observaciones formuladas en el trámite de audiencia, la omisión de una referencia a la posibilidad de autorizar muladares de titularidad privada, los cuales sí son contemplados por la normativa de otras Comunidades Autónomas —vgr. Castilla La Mancha (Decreto 108/2006, de 26 de septiembre) y Aragón (Decreto 102/2009, de 26 de mayo)—.

Para los redactores del Proyecto, éste no excluye tal posibilidad, si bien se opta por no establecer su régimen en la futura disposición, considerando que la promoción de muladares en fincas privadas habría de sujetarse en todo a la normativa estatal. Ello equivale, en suma, a circunscribir la regulación proyectada a los muladares de titularidad pública, opción normativa ésta que, no obstante, precisaría de una mayor concreción en la descripción del objeto de la norma, pues en los términos genéricos en los que ahora se expresa, que hacen referencia a los muladares en general, sin distinguir entre la titularidad pública o privada de los mismos, puede llevar a una cierta confusión acerca de si se pueden promover muladares de titularidad privada en la Región de Murcia y si cabe autorizar el uso en ellos de los productos de origen animal a que se refiere el futuro Decreto.

En virtud de un elemental principio de seguridad jurídica, sería conveniente que el Proyecto previera la posibilidad de la instalación de muladares en fincas privadas, atribuyendo la competencia para otorgar la oportuna autorización al órgano correspondiente y definiendo su régimen o, al menos, efectuando una remisión in genere a lo dispuesto en la

normativa estatal y a lo establecido en la futura disposición para los muladares de titularidad pública.

En cualquier caso, si se opta por no regular en el Proyecto una autorización medioambiental (no de sanidad animal) para la instalación de un muladar en finca privada, lo que procede es circunscribir el objeto de regulación a la red de muladares de titularidad pública y reflejarlo así, al menos en la parte expositiva, en el título de la disposición y en sus artículos 1 y 3.

2. La autorización para el uso de cadáveres.

a) Según el artículo 1 del Proyecto, se crea la red de muladares para garantizar la alimentación de las aves rapaces necrófagas “*con animales muertos o partes de ellos*”, es decir, para el uso de cadáveres enteros o partes de los mismos. Sin embargo, el artículo 5 del Proyecto dispone que sólo se autorizará la alimentación de las aves con los cadáveres previstos en el Anexo II, que en todo caso parecen ser cuerpos enteros, no partes de ellos, lo que parece descubrir una aparente contradicción interna entre el apartado 1 y el Anexo que habría de subsanarse.

b) Por otra parte, el artículo 4 del Proyecto, al aludir al uso de cadáveres en la alimentación de las aves, de acuerdo con lo establecido sobre materiales especificados de riesgo en relación con las EET en el RD 664/2007, parece contemplar únicamente la autorización específica que dicha norma básica establece en su artículo 4 para la utilización de cadáveres enteros de animales de las especies bovina, ovina y caprina, que en su Anexo se identifican con subproductos de la categoría 1, para alimentar al buitre leonado, al alimoche y al quebrantahuesos, en los términos y condiciones previstos en la Decisión 2003/322/CE de la Comisión.

Sin embargo, el Anexo II de la futura disposición prevé también la posibilidad de usar subproductos de la categoría 2, cuyo régimen de autorización es distinto y menos exigente que el correspondiente a los materiales de la categoría 1, como se desprende del artículo 3 RD 664/2007, en relación con el 8.2 RD 1429/2003. En consecuencia, el Proyecto debería contemplar también esta autorización.

c) Dispone el artículo 4 del Proyecto que la Dirección General competente en materia de sanidad animal, “*a la vista de la solicitud, autorizará la alimentación*”. Con tal redacción parece que la autorización se configura como un acto debido o automático que no exige control alguno por parte de Sanidad Animal, cuando no es así, dado que la autorización únicamente podrá otorgarse si se cumplen los requisitos establecidos en la normativa aplicable. En consecuencia, ha de sustituirse el modo imperativo utilizado por la expresión “podrá autorizar”, que es la elegida por el RD 664/2007.

QUINTA.- Observaciones de carácter particular al texto.

1. A la parte expositiva.

a) Debería incorporarse una mención a los preceptos estatuarios en los que se basa la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la futura disposición.

B) Habiendo informado el Consejo Asesor Regional de Medio Ambiente, cuyo informe es preceptivo, resultaría conveniente que así se hiciese constar en el texto.

2. A la parte dispositiva.

— Artículo 3. Titularidad y gestión.

a) Este precepto establece en su apartado 2 una distribución de funciones y facultades entre las Direcciones Generales de Patrimonio Natural y Biodiversidad y la competente en materia de sanidad animal, dejando a esta última únicamente las contempladas en los artículos 6 y 8.1 LSA, cuando lo cierto es que existen otras funciones de control que no están contenidas en esos dos concretos preceptos citados, como por ejemplo las consignadas en el artículo 76 de la indicada Ley o la supervisión que con ocasión de la autorización para la utilización de cadáveres de la categoría 1 debe realizar la autoridad competente, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 RD 664/2007 y en el artículo 2.3 de la Decisión 2003/322/CE. Por ello, la atribución de facultades y funciones a la Dirección General competente en materia de sanidad animal no debería efectuarse mediante excepción de las contenidas en preceptos concretos, sino de forma general, abarcando todas aquellas que conciernan a dicha materia.

b) Sería conveniente determinar en el Proyecto a qué órgano corresponde cumplir con las obligaciones de información impuestas por el artículo 6 RD 664/2007.

— Artículo 6. Transporte.

La cita del Reglamento comunitario contenida en el apartado 2 debe hacerse completa, toda vez que es la primera vez que se cita en el articulado del texto (Directriz 80 de las de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

— Disposición adicional única. Evaluación del Plan.

a) Debe sustituirse el término “Plan” por “Red”.

b) Convendría incluir la expresión “en cualquier momento”, tras “la red de muladares podrá se modificada”.

— Disposición final única. Entrada en vigor.

No se han puesto de manifiesto en el expediente razones de especial urgencia que justifiquen una inmediata entrada en vigor de la norma, frente a la *vacatio* ordinaria de 20 días.

3. A los Anexos.

En el Anexo II, denominado “Cadáveres que pueden ser empleados para la alimentación de las aves rapaces necrófagas”, debe añadirse que la prueba rápida de diagnóstico de EET con resultado negativo a la que se refieren los apartados 2 y 3 deberá ser la especificada en el Reglamento (CE) núm. 999/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles. Así lo exigen tanto el RD 664/2007 como la Decisión de la Comisión 2003/322/CE.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

SEGUNDA.- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- Tiene carácter esencial la consideración relativa a la prueba de diagnóstico de EET contemplada en el Anexo II del Proyecto, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta, *in fine*, de este Dictamen.

CUARTA.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 217/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro de trabajo.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 14/12/09

Extracto de Doctrina

Partiendo de que el factor esencial en la producción del daño debe imputarse a la reclamante, no es menos cierto que del informe de investigación y el Acta de la Inspección de Trabajo se desprende que dentro del recinto en cuestión debían haber existido determinadas medidas de seguridad para la prevención de riesgos laborales, en cuanto se constata la falta de “barandillas (pasamanos, listón intermedio y rodapié) perimetrales en el lucernario, de forma que se impida el paso a las mismas” (sic., al mismo), o de una “señalización perimetral del lucernario de forma que se advierta el riesgo de caída en altura”, medidas que el citado informe de investigación estima procedentes. Ciertamente, las características del recinto y su acceso restringido implican que dichas medidas debían estar instaladas para proteger, esencialmente, al personal de mantenimiento que tuviera que acceder al mismo, pero ello no quita para reconocer que, de haber existido, hubieran protegido asimismo a la reclamante, a pesar de su imprudencia en acceder y penetrar en tal recinto y, además, adentrarse en él, no obstante su evidente peligrosidad. Ello supone un cierto grado de corresponsabilidad de la Administración (de su servicio de prevención de riesgos en el citado Centro y, en su caso, de los facultativos responsables de la obra), pero en un grado muy inferior al de la reclamante, por las razones expuestas.

Por todo ello, se estima que procede indemnizar a la interesada en un 15% del importe del total de los daños que se consideren indemnizables (...)

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de octubre de 2007, x. presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional en el que, en síntesis, expone

que el día 1 de marzo de 2005, trabajando como responsable de administración en el centro médico de Murcia-Infante D. Juan Manuel, sufrió un grave accidente, cayendo de un lucernario situado en el forjado del altillo, donde están ubicadas las instalaciones generales del edificio, lugar en el que se encontraba inspeccionando, junto a la Dra. x., el origen de unas goteras que estaban dañando su consulta en la planta inferior. Al pisar la parte del suelo del altillo consistente en un panel de policarbonato que hacía de lucernario, cedió súbitamente, produciéndose así la grave caída. Afirma que el accidente se debió a la falta de medidas de seguridad existentes en dicho lugar de tanta peligrosidad. Señala también que como consecuencia de aquel grave accidente resultó politraumatizada, con diversas lesiones, y que fue ingresada en el Hospital Universitario “*Virgen de la Arrixaca*”, en el que permaneció hospitalizada durante veintidós días, seguidos de trescientos setenta y cuatro días de baja laboral, hasta el 9 de abril de 2006. Añade que en septiembre de 2005 sufrió una recaída depresiva por causa del accidente, siguiendo un proceso de baja laboral debido a dicho trastorno depresivo que se inicia el 10 de abril de 2006 y concluye doce meses después. Tramitado expediente de incapacidad permanente ante el INSS, con fecha 3 de octubre de 2006 resolvió declararla afecta de lesiones permanentes no invalidantes y le reconoció una indemnización por las mismas; resolución que fue impugnada ante la jurisdicción social en demanda del reconocimiento de la situación de invalidez permanente para su profesión habitual, recayendo sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia, de 22 de octubre de 2007, que confirma la resolución del INSS y que, según afirma, a día de hoy no es firme, ya que se encuentra recurrida ante el TSJ de Murcia.

Solicita la reclamante la cantidad de 61.415,42 €, por los conceptos de incapacidad temporal y secuelas sufridas a consecuencia del accidente, según informe de valoración del daño corporal que aporta, y por gastos médicos, relativos a consultas, pruebas y tratamiento rehabilitador, de los que presenta facturas. Asimismo, aporta diversa documentación relativa al proceso sanitario seguido tras dicho accidente.

También adjunta a su escrito copia de un oficio, sin fecha, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dirigido a la Subdirección de Prestaciones de Incapacidad Permanente del INSS, donde se indica que, en expediente incoado en su día con ocasión de la investigación del accidente, se levantó acta de infracción a la normativa de seguridad y salud laboral, que adjunta, en donde se especifican los preceptos infringidos y la propuesta de la sanción a imponer a la empresa, por lo que considera que procede aplicar el Recargo de Prestaciones en una cuantía del 50%.

SEGUNDO.- En la citada acta de infracción, de fecha 11 de diciembre de 2006, la Inspección manifiesta, en primer lugar, que en su día ya se investigó dicho accidente, junto con el Técnico de Prevención del Instituto Regional de Seguridad y Salud Laboral, llegándose a la conclusión de que la causa del accidente se podría haber debido a un exceso de celo profesional.

Dicha investigación aparece documentada en el “*Informe de investigación de accidentes*” emitido el 1 de marzo de 2005, que ha sido incorporado al expediente a instancia de este Consejo Jurídico, a virtud del Acuerdo 10/09, de 26 de agosto, pues no obraba en la documentación inicialmente remitida a este órgano consultivo.

De dicho informe debe destacarse lo siguiente:

— El accidente se describe así:

“El accidente ha ocurrido cuando la Responsable de Administración del centro, junto con una facultativa, han subido al altillo abuhardillado para comprobar el origen de una gotera existente en la consulta de esta facultativa.

El altillo en cuestión es una zona de acceso restringido, en la que se ubica la máquina de climatización, depósitos y gran cantidad de conductos y tuberías, por lo que el paso es difícil. Además, se encuentran los lucernarios que dan luz al centro (el tejado es translúcido). Estos lucernarios están formados por paneles de policarbonato (plástico translúcido) sobre perfiles de metal, a una altura de, aproximadamente, 25 cm. del suelo.

Al subir al altillo, llegaron a la zona origen de la gotera y para ver mejor, la accidentada fue a pasar a través del lucernario. Al pisar, el plástico cedió y la accidentada cayó al suelo desde una altura de 6 metros”.

— En el apartado de “*otros datos*”, se hace constar que en el Centro de referencia existían métodos de trabajo escritos y que la accidentada había recibido información sobre el riesgo.

— Como “*causas inmediatas*” del accidente, se expresa lo siguiente:

“Actos inseguros: Acceder a zona restringida. Pisar lucernario (paneles de policarbonato que no tienen la suficiente rigidez para soportar el peso de una persona).

Condiciones peligrosas: Lucernario con posibilidad de circular sobre él. Zona de lucernarios sin protección perimetral (barandilla, enrejillado o emparrillado) que impida el acceso físico. No está imposibilitado el acceso a la zona, existe una llave en el Centro a disposición del personal de mantenimiento”.

— En el apartado “*causas básicas*”, se señala lo siguiente:

“Factores personales: Exceso de confianza ante una situación desconocida y ante riesgos desconocidos. Desarrollar tarea distinta de su actividad laboral habitual. No seguir procedimiento de comunicación a mantenimiento y reparación interna de averías.

Factores del trabajo: Posibilidad de acceso a lugares restringidos. Falta de información o no se cumplen las directrices básicas de no realizar trabajos para los que no haya sido designado, autorizado, informado y formado”.

— Como “*medidas correctoras*” propuestas, se indican las siguientes:

“Disponer de sistemas que impidan el acceso a las zonas de riesgo de caída de altura:

— *Señalización de prohibido el paso a personal no autorizado en la puerta de acceso al tejado.*

— *Disponer de barandillas (pasamanos, listón intermedio y rodapié) perimetrales en el lucernario de forma que se impida el acceso a las mismas.*

— *Limpiar las placas de policarbonato.*

— *Señalización perimetral del lucernario de forma que se advierta el riesgo de caída de altura.*

— *Estudiar un sistema de eliminación de las mencionadas placas y sustituirlas por forjados, en caso de que el lucernario no cumpla la función para la que está destinado”.*

TERCERO.- No obstante lo expresado por dicho informe, la posterior y citada acta de la Inspección de Trabajo aportada por la reclamante indica que *“a la vista de la nueva petición de que se reconsideraran las causas del accidente y aportación de testigos y de hechos nuevos”* (no indica quién realizó dicha nueva petición), se procedió a efectuar nueva visita al lugar de trabajo en cuestión, lo que da lugar a que en dicha acta se exprese lo siguiente:

“Que el Accidente sucedió cuando la accidentada, con categoría de Responsable Administrativa del Centro, a petición de la Doctora x., cuya consulta estaba siendo dañada por unas goteras, decidió junto con dicha facultativa subir al altillo abuhardillado para comprobar el origen de dichas goteras.

El altillo en cuestión es una zona de acceso restringido, en la que se ubican la máquina de climatización, depósitos y gran cantidad de conductos y tuberías, por lo que tiene un paso difícil.

Además dicho forjado culmina superiormente con una estructura metálica, que soporta la cubierta inclinada del edificio formado por chapas metálicas con la finalidad de permitir la luz natural. Existen lucernarios tanto en la cubierta inclinada como en el forjado horizontal.

Al subir al altillo, encontraron una zona encharcada, la cual coincidía con la zona de los daños provocados en la planta inferior. Aparentemente el agua provenía de algún fallo en el canalón de recogida de aguas pluviales del tejado; no obstante, para asegurarse, la accidentada se acercó al canalón para buscar desperfectos. Como no los veía bien, decidió observarlos desde otra perspectiva, para lo cual tenía que pasar por encima de las placas del lucernario existentes en el forjado horizontal.

Al pisar, según la propia accidentada, la placa que cubre el lucernario (formado por paneles de policarbonato) cedió, lo que produjo que la accidentada en su caída atravesase el falso techo, precipitándose hasta impactar con las escaleras del primer tramo de la escalera de la planta baja”.

Añade el Acta que *“como conclusión de esta investigación y tras comprobar que no solamente el personal de mantenimiento subía al lugar donde se produjo el accidente, sino también personal del centro, que han atestiguado que no existía una adecuada señalización de la peligrosidad de dicho lugar”*, se ha producido una infracción a la normativa sobre riesgos laborales, por *“haberse permitido el acceso a una zona perteneciente (sic, debe ser potencialmente) peligrosa, sin señalización y con riesgo grave de caída”*.

CUARTO.- Con fecha 5 de marzo de 2008 se dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación patrimonial.

En la misma fecha se requiere al Hospital *“Virgen de la Arrixaca”*, a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia y al Centro de Salud Mental de Alcantarilla para que remitan las respectivas historias clínicas de la reclamante, e informes de los profesionales que la asistieron.

QUINTO.- En fecha 28 de marzo de 2008 se recibe historia clínica del Centro de Salud Mental de Alcantarilla, con informe de la Dra. x., de 25 de abril de 2007, en el que señala que la interesada acude a la Unidad de Salud Mental desde Febrero de 2003 por un cuadro depresivo moderado-grave (F32.1, según CIE-10) y que en Septiembre de 2005, a raíz de caída en el trabajo con múltiples fracturas, la paciente refiere empeoramiento del cuadro

depresivo; que la evolución tiende a la cronificación y que en la última revisión realizada, con fecha 17 de abril de 2007, persisten los síntomas depresivos y molestias físicas.

SEXTO.- En fecha 18 de abril de 2008 se recibe historia clínica del Hospital “*Virgen de la Arrixaca*”. En el informe de alta, de fecha 21 de marzo de 2005, se expresa: “*Caída por un hueco en el Centro de Salud del Infante. Politraumatizada que ingresa en UCI, ver informe (en este último se consigna que ingresó en dicha unidad el 1 de marzo de 2005, hasta el 3 siguiente). (...) Diagnóstico principal: politraumatizada. (...) Se envía a x. para comenzar recuperación funcional lo antes posible. No puede cargar todavía peso, pero sí sentarse*”.

SÉPTIMO.- Tras posteriores actuaciones instructoras, se otorga a los interesados el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no constando la presentación de alegaciones.

OCTAVO.- El 9 de marzo de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, la inexistencia de nexo causal entre la actuación administrativa y el resultado dañoso, puesto que el accidente se produjo a causa de la propia conducta imprudente de la reclamante que, al extralimitarse en sus funciones, se colocó voluntariamente en una situación de riesgo, vistas las condiciones de peligrosidad del altillo al que accedió, considerando que la reclamante ejercía sus funciones en el Centro de Salud como responsable administrativa, no siendo competencia suya el inspeccionar dicho lugar, debiendo haber procedido, por el contrario, a llamar al personal de mantenimiento para solucionar el problema planteado.

NOVENO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 30 de marzo de 2009, la Consejería de Sanidad y Consumo solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios. Por Acuerdo 10/2009, de 26 de agosto, se requirió a dicha Consejería para que completase el expediente con determinada documentación, lo que fue cumplimentado mediante escrito registrado en este Consejo Jurídico el 7 de octubre siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Corresponde a la reclamante la legitimación para deducir la pretensión indemnizatoria de que se trata, al ser la persona que sufrió los daños cuyo resarcimiento reclama.

Corresponde a la Administración regional, en principio, la legitimación para resolver dicha reclamación, al dirigirse contra la misma y ser de su titularidad el servicio público al que la reclamante imputa la producción de los referidos daños.

II. En cuanto al plazo de un año para ejercitar la acción de resarcimiento, 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), debe señalarse que, presentado el escrito de reclamación el 19 de diciembre de 2007, en el expediente consta un período de baja laboral que va desde el 10 de abril de 2006 (es decir, desde que se le da el alta médica por las lesiones físicas) al 26 de abril de 2007; de las historias clínicas obrantes en el expediente se puede deducir razonablemente que dicha baja se debía a la patología depresiva que aquejaba a la reclamante; dolencia que, aun cuando venía padeciéndola desde antes del accidente, se vio agravada por el mismo, expresando el informe de 25 de abril de 2007 reseñado en el Antecedente Quinto que la patología tendía a la cronificación. Lo anterior justifica la no apreciación de extemporaneidad de la acción resarcitoria.

III. En cuanto al procedimiento, se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo aplicable en esta materia.

TERCERA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama indemnización: inexistencia.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

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

II. En el presente caso, la propuesta de resolución que se informa considera que el nexo causal queda roto por la conducta negligente de la reclamante, pues no entraba dentro de sus atribuciones acceder al lugar donde se produjo el accidente -que era un altito de acceso restringido y con un paso difícil- para determinar el origen de una gotera, debiendo haber avisado a tal efecto al personal de mantenimiento.

En un principio, el supuesto guarda cierta semejanza con el enjuiciado en la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de septiembre de 2008, señalando la Sala de lo Contencioso-Administrativo lo siguiente:

“a) En el presente caso, falta ostensiblemente la relación de causalidad entre la decisión y actuación de la parte demandante como Director de la Escuela Oficial de Idiomas y el anormal funcionamiento del servicio público educativo dependiente de la Consejería

de Educación y Ciencia. b) El hecho objetivo de que en el Centro educativo en que se tenía que materializar una instalación de aire acondicionado en ningún caso generaba la obligación legal del Director del Centro de la supervisión técnica de la instalación del aire acondicionado; y menos cuando la misma exige un acceso a un lugar de por sí peligroso (tejado de la escuela), sin reunir las mínimas condiciones de seguridad. En ningún caso se ha aportado ni se aportará normativa alguna que, desde la condición funcional de Director de la Escuela y desde sus concretas funciones de dirección y pedagógicas, deba de cumplir con dicha supervisión técnica; que por su naturaleza y características son ostensiblemente exorbitantes a sus funciones propias objetivamente consideradas; y ello pese a que el accidente se haya calificado como laboral y, subjetivamente, el actor pudiera creer que actuaba con amplias funciones de dirección que daban cobertura a su proceder; acaso revestida con un voluntarismo en el desempeño de sus funciones, que racionalmente era incompatible con la realidad objetiva de la actividad que pretendía; con clara limitación técnica al efecto, por lo que implicaba y el riesgo que acarrea. c) Lo que realmente ocurrió es que, por un exceso de celo, que a su sola voluntad es atribuible, tomó una decisión personal, no implicada en su ámbito profesional, claramente imprudente al situarse en una situación de riesgo, que nadie le imponía, y sin adoptar las necesarias y mínimas medidas de seguridad que aquella exigía”.

En el presente caso, debe destacarse que en el informe de investigación reseñado en el Antecedente Segundo se hace constar, en la casilla destinada al efecto, que “*el accidentado había recibido información sobre el riesgo*”, por lo que no se entiende la alternativa planteada más adelante en dicho informe en el sentido de que concurrió “*falta de información o no se cumplen las directrices básicas de no realizar trabajos para los que no haya sido designado, autorizado, informado y formado*”. El hecho de que, según indica el Acta de la Inspección, y a la vista de testimonios de compañeros de la reclamante, en otras ocasiones hubiera accedido al lugar un personal del Centro distinto al de mantenimiento (debe entenderse que muy ocasionalmente, dada la localización y destino del recinto), además de que podría ser imputado precisamente a la reclamante, dada su condición de Responsable de Administración, en ningún caso es una circunstancia que pueda enervar su grave imprudencia, pues aquella no sólo penetró en el recinto, sino que se adentró en el mismo sin tener en cuenta los riesgos que sin duda podían existir, tuviera una mayor o menor información de las características del lucernario en cuestión. Resulta indiscutido que era un lugar de acceso restringido y peligroso: así lo reconocen el informe de investigación y la citada Acta y, en todo caso, resulta muy claro sin necesidad de una especial información sobre sus concretos riesgos, vistas sus características (en especial su localización y configuración, además de su destino); y en el ya citado informe de investigación se expresa que “*existe una llave a disposición del personal de mantenimiento*”, lo que indica que el lugar debía estar cerrado y no libremente expédito, sino sólo disponible para dicho personal. Si la reclamante decidió obrar de otra manera y acceder a dicho lugar para determinar el origen de una gotera (en vez de poner un fácil remedio provisional a dicho percance, que no consta que fuera catastrófico) y no avisar entonces al citado personal, es una circunstancia que sólo a ella cabe imputar.

Dicho lo anterior, y partiendo de que el factor esencial en la producción del daño debe imputarse a la reclamante, no es menos cierto que del informe de investigación y el Acta de la Inspección de Trabajo se desprende que dentro del recinto en cuestión debían haber existido determinadas medidas de seguridad para la prevención de riesgos laborales, en cuanto se constata la falta de “*barandillas (pasamanos, listón intermedio y rodapié) perimetrales*

en el lucernario, de forma que se impida el paso a las mismas” (sic., al mismo), o de una “señalización perimetral del lucernario de forma que se advierta el riesgo de caída en altura”, medidas que el citado informe de investigación estima procedentes. Ciertamente, las características del recinto y su acceso restringido implican que dichas medidas debían estar instaladas para proteger, esencialmente, al personal de mantenimiento que tuviera que acceder al mismo, pero ello no quita para reconocer que, de haber existido, hubieran protegido asimismo a la reclamante, a pesar de su imprudencia en acceder y penetrar en tal recinto y, además, adentrarse en él, no obstante su evidente peligrosidad. Ello supone un cierto grado de corresponsabilidad de la Administración (de su servicio de prevención de riesgos en el citado Centro y, en su caso, de los facultativos responsables de la obra), pero en un grado muy inferior al de la reclamante, por las razones expuestas.

Por todo ello, se estima que procede indemnizar a la interesada en un 15% del importe del total de los daños que se consideren indemnizables, conforme con lo que se expone seguidamente.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

Procede examinar separadamente los conceptos por los que se reclama indemnización:

A) Por lo que se refiere a las secuelas, es decir, las lesiones consolidadas tras el período de rehabilitación, la propia reclamante aporta copia de la sentencia de 22 de octubre de 2007, del Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia, en la que, entre otras cuestiones, se expresa que, por las lesiones derivadas del accidente de trabajo de que se trata (que la sentencia resume en su fundamento jurídico único, segundo párrafo), el Instituto Nacional de la Seguridad Social, aceptando el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades emitido el 25 de septiembre de 2006, resolvió el 3 de octubre de 2006 declarar a la interesada afecta de lesiones permanentes no invalidantes, indemnizables en 700 euros conforme al baremo nº 110 aplicable en la materia de accidentes de trabajo.

Como señala la STS, Sala de lo Social, de 6 de abril de 2009, “*las denominadas “indemnizaciones por baremo”, reguladas en los arts. 150 a 152 LGSS bajo el epígrafe de “lesiones permanentes no invalidantes”, se delimitan en el primero de los indicados preceptos como “Las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente conforme a lo establecido en la Sección 2ª del presente Capítulo, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de esta Ley, serán indemnizadas, por una sola vez, con las cantidades alzadas que en el mismo se determine, por la entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de incapacidad permanente, todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa”.*

Por su parte, la STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2008, expresa lo siguiente:

“Es común opinión que las lesiones permanentes no invalidantes son una prestación específica del régimen de accidentes de trabajo que no responden a la existencia de una situación de necesidad objetivamente protegible, sino a la instrumentalización del principio global de responsabilidad por daños que presidió la configuración clásica de la cobertura por riesgos profesionales. Es también un principio general de la valoración del daño corporal, que la indemnización de los daños debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de los sufridos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por

el acto dañoso, esto es, lo que en derecho romano se llamaba “restitutio in integrum” (STS de del 17 de julio de 2007); parece evidente, por tanto, que el precepto de la Ley obliga a indemnizar todas y cada una de las lesiones que pueda sufrir el trabajador en todos aquellos casos en que, sumadas, no dan lugar a una situación de invalidez permanente o una indemnización por baremo de grado superior (STS de 22 de marzo de 2004) y, en razón de ello, aquella valoración debe hacerse de forma estructurada, lo que comporta que no se puede realizar una valoración conjunta de los daños padecidos, atribuyéndoles diferentemente un valor determinado y expresando las razones por las que se le da esa determinada indemnización, explicando los distintos conceptos y sumando después todos los valorados de forma pormenorizada (STC núm. 78/1986, de 13 de junio)”.

Y, como asimismo señalan las SSAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 2004 y 24 de mayo de 2006, entre otras:

“La existencia de un régimen específico de reparación tiene prevalente aplicación sobre el régimen general de responsabilidad patrimonial, al que sólo llega a desplazar si los perjuicios son totalmente cubiertos. Y es que, según resulta de lo expuesto por el Tribunal Supremo, sólo procederá indemnización por responsabilidad patrimonial cuando, aparte de reunirse los requisitos para que ésta surja, se deban cubrir daños no reparados con las otras sumas que se perciben con causa en unos mismos hechos, con lo que se le dota de un carácter complementario en el sentido de que sólo cuando se detecte esa insuficiencia, podrá reconocerse, además de las sumas a que ya se tiene derecho, otra por aquel concepto, pues lo contrario nos llevaría a un enriquecimiento injusto no permitido por el ordenamiento jurídico; esto es, no puede hacerse abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, sin perjuicio del carácter compatible entre unas y otras (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril y 12 de mayo de 1998 o 2 de marzo de 2000)”.

Quiere ello decir que las secuelas por las que ahora se solicita resarcimiento a título de responsabilidad patrimonial de la Administración ya fueron indemnizadas por el específico y prevalente régimen indemnizatorio aplicable en caso de accidente laboral, siendo claro que a estos efectos la Administración regional no deja de ser una empresa y la reclamante una de sus empleadas a la que es aplicable dicho régimen. No se trata, en este caso, del reconocimiento por parte del organismo de Seguridad Social de una pensión cuya procedencia y cuantía venga establecida con carácter general y sin consideración a las concretas lesiones sufridas por el dañado, sino de una indemnización para resarcir “*in integrum*” las específicas secuelas derivadas del accidente de trabajo en cuestión, por lo que no procede otra indemnización por este concepto.

B) En lo que se refiere al período de incapacidad temporal, debe considerarse lo siguiente, de acuerdo con el baremo aplicable en materia de accidentes de tráfico para el año 2005:

— Por estancia hospitalaria: 22 días x 58'19 euros/día = 1.280'18 euros.

— Otros días impeditivos. Deben distinguirse los días de baja seguidos para la estabilización de las lesiones físicas (374, desde el 21/03/05, en que sale del hospital, hasta el alta médica dada por x.el 9/04/06, según informe emitido por ésta, f. 105 exp. – en el que, por error, se refiere al año 2008), de un subsiguiente período de baja laboral que va desde el 10/04/06 al 26/04/06 (381 días), documentado en el parte oficial destinado a estos efectos, en el que, como se sabe, no se refleja la causa de la baja del trabajador. No obstante, y como se apuntó en la Consideración Segunda, de la historia clínica de la reclamante obrante en

el expediente se deduce que esta segunda baja vino motivada por un episodio depresivo, dentro de la patología que al respecto venía padeciendo al menos desde 2003. Según el informe obrante al folio 97 exp., puede imputarse al accidente una cierta agravación de la misma, pero la previa existencia de dicha enfermedad y ciertas circunstancias personales de la reclamante documentadas en la referida historia también explican el referido período de incapacidad. Procede considerar indemnizable la mitad de dicho período, vista la imposibilidad de diferenciar de otro modo la incidencia de unos y otros factores en la aparición y duración del mismo.

En consecuencia, por el primer período de incapacidad: 374 días x 47'28 euros/día = 17.682'72 euros; por el segundo período: 190'5 días x 47'28 euros/día = 9.006'84 euros.

— No procede indemnizar los gastos devengados en la medicina privada, pues no se ha acreditado que la asistencia y servicios sanitarios que fueron prestados a la interesada por cuenta del sistema sanitario público (en general o para la específica cobertura sanitaria de accidentes de trabajo), fuera inadecuada o incompleta, o que la asistencia sanitaria revistiera un carácter tan urgente que justificara razonablemente no tener que acudir necesariamente al sistema público (SSAN de 3/11/04, 21/06/06 y 12/07/06, STSJ de La Rioja de 4/02/05 y SSTSJ de Cataluña de 19/09/05 y 4/10/05). En análogo sentido, Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2000, y 157/04 y 50/08, entre otros, de este Consejo Jurídico, a los que nos remitimos, y que han de ratificarse, ya que el principio de la socialización del riesgo que inspira y justifica la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que la singulariza respecto de la responsabilidad civil del Derecho Común (de la que sin duda surge, pero de la que la diferencian ciertos perfiles propios), impone la consiguiente socialización en la reparación del daño causado, de forma que a estos efectos deba acudir al sistema sanitario público al que se tenga derecho, salvo en los supuestos en que ello esté exceptuado por las normas de seguridad social reguladoras del mismo, que aquí no concurren.

A lo anterior resulta conveniente añadir que en ningún caso podrían indemnizarse los gastos sanitarios producidos tras el alta médica dada por la ya citada Mutua el 9 de abril de 2006 pues, como señala en su reseñado informe, la interesada no impugnó dicha alta, lo que implica considerar que en tal fecha era procedente la finalización del tratamiento médico por las lesiones físicas padecidas a consecuencia del accidente.

Sumadas las anteriores cantidades, ello arroja un total de 27.969'74 euros. Conforme con lo señalado en la Consideración precedente, debe reconocerse una indemnización correspondiente al 15% de dicha cantidad, lo que suponen 4.195,46 euros. Dicha cantidad deberá ser actualizada en los términos señalados en el artículo 141. 3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, concurriendo asimismo corresponsabilidad de la reclamante en la producción de dichos daños, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Conforme con lo anterior, procede reconocer a la reclamante una indemnización en la cuantía expresada en la Consideración Cuarta del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 218/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una explotación ganadera de su propiedad.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 14/12/09

Extracto de Doctrina

El Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo Jurídico ya conoció de la reclamación presentada por x., emitiendo el Dictamen 192/2008, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos en orden a evitar innecesarias reiteraciones. El Dictamen concluyó acordando la necesidad de completar la instrucción del procedimiento con las siguientes actuaciones:

1.ª Requerir a la reclamante para que aporte el Libro Registro correspondiente a la explotación ganadera de la que es titular, cuya tenencia y cumplimentación resulta obligada para todo poseedor de ganado a tenor de lo establecido en la Orden de la Consejería de Agricultura de 16 de septiembre de 1996.

2.ª Requerir a la Dirección General de Carreteras para que aporte una relación de los tratamientos efectuados en la carretera MU-312 por el equipo de fumigación del citado Centro Directivo, durante el período de tiempo comprendido entre los días 2 al 6 de febrero de 2007, ambos inclusive, a la que se debe acompañar, si ello es posible, los correspondientes partes de trabajo.

3.ª Ultimada la instrucción en el anterior sentido, se procederá a conceder trámite de audiencia a la interesada, inmediatamente antes de redactar nueva propuesta de resolución.

SEGUNDO.- Recibido el Dictamen en la Consejería consultante, el órgano instructor solicita a la Dirección General de Carreteras relación de los tratamientos efectuados en la

vía, en los términos a los que se refiere el Dictamen antes citado. El requerimiento es cumplimentado mediante escrito fechado el día 8 de enero de 2009, al que se adjuntan los partes de trabajo de los días 2 al 7 de febrero, en los que se puede observar que las labores de fumigado de la carretera MU-312 se llevaron a cabo el día 2 de febrero de 2007 (folio 83). También se acompaña albarán de compra del glifosato, adquirido el día 29 de noviembre de 2006, haciendo constar que dicho producto es el “*utilizado por la Dirección General de Carreteras para fumigar los márgenes de las carreteras y no el linfosato, como se menciona en el informe del técnico veterinario*”.

TERCERO.- Conferido trámite de audiencia a la interesada el marido de ésta, x., presenta escrito en el que manifiesta lo siguiente:

“Que en los hechos relatados con motivo del caso de muerte de 10 animales de la especie ovina y de los abortos acaecidos a consecuencia de la ingesta de rastros tratados con glifosato 36% en la cuneta de la carretera que une los Beatos con El Algar, no se especificó que este lugar es de paso obligado del ganado de mi mujer, que yo pastoreo todos los días, pues está entre los apriscos de los animales y los pastos que frecuento todos los días, desde primera hora de la mañana hasta última hora de la tarde, por tanto pasé por allí tanto el día 2 de febrero de 2007, día en que fueron tratadas las cunetas, como todos los días anteriores y posteriores a esa fecha. En la documentación aportada el día 24 de agosto de 2007 se presenta datos identificativos SIGPAC de la explotación.

Que los animales murieron el día 7 de febrero, porque al no estar señalizada la zona como tratada pasaron y comieron por allí desde el día del tratamiento hasta la fecha sin que yo tomara ninguna medida al respecto”.

CUARTO.- Por el instructor se formula propuesta de resolución estimatoria de las pretensiones deducidas por la reclamante, al considerar que ha quedado acreditada la relación de causalidad entre la prestación del servicio público consistente en la fumigación de la vía pública el día 2 de febrero de 2007 y los fallecimientos y abortos acaecidos los días 7 y siguientes del mismo mes y año. La indemnización propuesta coincide con la valoración del daño que efectúa la reclamante, al considerar que la cuantía resulta avalada por los informes periciales de parte y no discutida por la Dirección General de Carreteras.

Seguidamente, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 21 de abril de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación pasiva y plazo para reclamar.

Se dan por reproducidas las Consideraciones del Dictamen 192/2008, relativas a dichos extremos.

SEGUNDA.- Legitimación activa.

La legitimación activa en un procedimiento por responsabilidad patrimonial corresponde, cuando de daños materiales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos que, en el presente caso, correspondería a la propietaria de los animales que fallecieron o abortaron. Pues bien, como ya se afirmaba en

el Dictamen 192/2008, en el expediente existen indicios de que la reclamante sea la titular de la explotación ganadera a la que pertenecían los animales siniestrados, porque así lo hace constar el veterinario de la Agrupación de Defensa Sanitaria del Campo de Cartagena (asociación constituida por ganaderos, tal como las define el Real Decreto 1.880/1996, de 2 de agosto), pero el medio probatorio adecuado en orden a establecer la titularidad sobre los animales muertos lo constituye el Libro Registro de la Explotación Ganadera (LREG), cuya tenencia y cumplimentación resulta obligada, entre otros, para los poseedores de ganado ovino a tenor de lo establecido en el disponiendo tercero en relación con el anexo IV de la Orden de la Consejería de Agricultura de 16 de septiembre de 1996, de ahí que este Consejo Jurídico en el Dictamen antes mencionado concluyera en la necesidad de recabar a la interesada su aportación.

Sin embargo, no consta en el expediente que el órgano instructor requiriese a la reclamante para que acompañase copia del citado LREG, aunque de algún modo aquella debió conocer de tal circunstancia cuando en el escrito de alegaciones que en su nombre presenta su marido, se indica que junto con el escrito fechado el 24 de agosto de 2007 se adjuntaron los datos identificativos SIGPAC (Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas) de la explotación. La realidad de esta afirmación carece de virtualidad para enervar el hecho de que la titularidad de las ovejas intoxicadas no se ha acreditado. Cabe admitir que la x. es titular de una explotación ganadera cuya actividad se desarrolla en una finca cuyo titular, x, le tiene cedida, pero se hace precisa la aportación del citado LREG en el que deben figurar los animales propiedad de la reclamante, así como la intervención del veterinario que atendió al ganado intoxicado.

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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de ésta de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

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

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

Específicamente en materia de carreteras, corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según establece el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. En este sentido, el artículo 26.1 de la Ley regional 2/2008, de 21 de abril, establece que la explotación de las carreteras regionales comprende las operaciones de conservación y mantenimiento y las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso.

En cuanto al primero de los requisitos citados, la reclamante ha acreditado la realidad de un daño en el ganado de su propiedad mediante la aportación del informe del veterinario de la Asociación de Defensa Sanitaria (ADS). Otro aspecto diferente, que se analizará con posterioridad, es la extensión y cuantificación del daño.

En lo que se refiere a la existencia de relación de causalidad entre el daño reclamado y la actuación de la Administración, este Órgano Consultivo no coincide con el instructor del procedimiento en su apreciación de la concurrencia de nexos causales. Para alcanzar tal conclusión resulta necesario fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *conditio sine qua non* para que se produzca el evento dañoso, lo que corresponde acreditar a quien acciona de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la argumentación de la reclamante (acogida por el órgano instructor) se sostiene la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, al considerar que no existe duda de que éste se produjo a causa de los tratamientos herbicidas realizados en la cuneta de la carretera que une Los Beatos con El Algar (la MU-312, según la Dirección General de Carreteras), lo que justifica a través del citado informe del veterinario de la ADS y, sobre todo, del informe del Servicio de Toxicología y Veterinaria Forense de la Universidad de Murcia, en el que se afirma que *“...es posible que los animales padecieran una intoxicación severa por ingestión de glifosato. Aunque la toxicidad para mamíferos es baja, es posible asumir que un pasto o hierbas recién tratadas fueran de gran apetencia para los rumiantes (en este caso las ovejas) y que ello supusiera una ingesta elevada de producto activo”*.

Como ya decíamos en nuestro Dictamen 192/2008, en este informe la intoxicación por glifosato se acepta con ciertas reservas y, sobre todo, se condiciona al hecho de que las hierbas estuviesen recién tratadas. Requisito cuya existencia se puso en duda por parte de la Dirección General de Carreteras que admitió en su informe de 23 de noviembre de 2007 que se realizaron operaciones de fumigación con herbicidas en la zona en cuestión, pero las ubica temporalmente cuatro días antes de la intoxicación del ganado, es decir, el día 2 de febrero de 2007. Esta diferencia de fechas así como el que la Dirección General de

Carreteras niegue el uso del linfosato, determinaron que el citado Dictamen concluyese la necesidad de completar la instrucción con la aportación de la relación de los tratamientos efectuados en la vía por el equipo de fumigación del citado Centro Directivo, durante el período de tiempo comprendido entre los días 2 al 6 de febrero de 2007, acompañada de los correspondientes partes de trabajo. Incorporada dicha documentación resulta acreditado que en el período de tiempo antes citado la única actuación llevada a cabo en la carretera MU-312 fue el fumigado de los caminos de servicio el día 2 de febrero de 2007.

Pues bien, de las pruebas aportadas al expediente se desprende lo siguiente:

a) En la fecha que la interesada afirma que se produjo la intoxicación de su ganado, es decir, el día 6 de febrero de 2007, no se llevó a cabo ninguna actuación por parte de la Dirección General de Carreteras sobre la vía en cuestión, sin que sea posible mantener que los posibles efectos tóxicos del glifosato utilizado en la fumigación realizada el día 2 permaneciesen hasta el día 6, pues dicha toxicidad, aunque muy baja, se condiciona al hecho de que las hierbas estuviesen recién tratadas (folio 3).

b) La tesis mantenida por la reclamante en el segundo trámite de audiencia, relativa a que la muerte del ganado de su propiedad, acaecida los días 7 y siguientes del mes de febrero de 2007, traería causa de la fumigación efectuada el día 2 del mismo mes y año, se halla huérfana de prueba que avale su veracidad, ya que los informes, tanto del veterinario de la ADS como del Servicio de Toxicología y Veterinaria Forense de la Universidad de Murcia, se refieren a una hipotética intoxicación acaecida el día anterior a la manifestación de los síntomas, sin que quepa extrapolar las conclusiones alcanzadas partiendo de este dato fáctico a otra situación en la que esa ubicación temporal se adelantaría en 4 días. En este sentido resulta altamente ilustrativo el contenido de la conclusión del informe citado en segundo lugar (folio 3) al afirmar que *“de asumirse las condiciones de exposición que emanan del informe veterinario, la cronología del proceso y los síntomas y signos presentes en las ovejas, no es descartable la intoxicación por glifosato como causa de la muerte de las mismas”*. La aceptación, aunque con ciertas reservas, de la intoxicación por glifosato como causa de la muerte del ganado se condiciona categóricamente a que la cronología del proceso sea la descrita en el informe del veterinario de la ADS, es decir, la ingesta de hierbas presumiblemente fumigadas se produce el día 6 de febrero a las 17 horas y los síntomas aparecen al día siguiente (folio 7). Si esta cronología se altera, la conclusión ya no es válida.

A la luz de los elementos probatorios analizados no puede asumirse que se haya acreditado la relación causal entre los daños alegados y la actividad de fumigación realizada por la Administración, sin que corresponda a esta última, como sugiere el instructor, probar qué otro agente o causa común puede haber producido la muerte del ganado. En efecto, aunque no resulta difícil imaginar la posible concurrencia de otros elementos que pudieran haberla desencadenado (ingesta de alimentos directamente suministrados por el pastor al ganado que hubieran podido contener elementos tóxicos —lechuga, brócoli...—, pastoreo en lugares distintos a la carretera de titularidad autonómica en los que hubiesen productos tóxicos, etc.), exigir que sea la Administración la que demuestre estos extremos supondría invertir la carga de la prueba, abocando a la Dirección General de Carreteras a una verdadera *probatio diabólica*. El citado Centro Directivo, ante la prueba esgrimida por quien corresponde hacerlo, la reclamante, centra su actividad probatoria en enervar aquella, acreditando, por un lado, que el producto utilizado en la fumigación no fue el linfosato, sino el glifosato, herbicida organofosfanato de baja toxicidad (folio 4) y, por otro, que el día 6 de febrero de

2007 no se desplegó tratamiento herbicida alguno en la carretera donde, presumiblemente, se intoxicó el ganado de la reclamante.

En definitiva, la valoración conjunta de las pruebas aportadas en el expediente lleva al Consejo a concluir que no ha quedado acreditado que los daños padecidos en el ganado de la reclamante tengan su causa en un hipotético tratamiento con herbicidas aplicado en la carretera de titularidad autonómica.

CUARTA.- Alcance de los daños y cuantía indemnizatoria.

Aun cuando la no concurrencia de los elementos necesarios para generar la responsabilidad patrimonial determina que no haya de abonarse indemnización alguna a la reclamante, el hecho que la propuesta de resolución llegue a una conclusión distinta y, por tanto, determine el alcance de los daños y su cuantificación, obliga a este Órgano Consultivo a efectuar las siguientes consideraciones sobre dichos extremos.

Como se afirma en la Consideración Tercera la existencia de daños en el ganado de la reclamante es acreditada mediante la aportación del informe del veterinario de la ADS, pero la falta del LREG, en el que deberían figurar las bajas de los animales muertos, sólo permite tener por probada mediante dicho informe la muerte de 4 ovejas (folio 6 del expediente, donde figura la manifestación del veterinario de haber comprobado que habían fallecido 4 animales). La referencia que aparece al folio 7 sobre un total de 10 ovejas muertas es transcripción de lo manifestado por el titular de la explotación y no por observación directa del perito, tal como se desprende de la redacción de este apartado: “*El ganadero contabiliza 10 animales muertos en un intervalo de 3-4 días*”.

En relación con los abortos el perito de parte indica al mismo folio 7: “*Además observa (el ganadero) unos cincuenta abortos en los días posteriores*”. Tampoco aquí la referencia a los abortos que se contiene en el informe es resultado de la apreciación directa del veterinario, sino una mera repetición de lo dicho por el reclamante. No existe, pues, una apreciación de tal circunstancia constatada personalmente por el veterinario ni avalada por datos técnicos debidamente corroborados, tales como el número de nacimientos antes de la intoxicación y su merma tras ésta. Se trata, por lo tanto, de una mera hipótesis que efectúa el veterinario con base en los datos que le proporciona el interesado que resulta, a juicio de este Consejo Jurídico, insuficiente para acreditar un daño como el que nos ocupa que puede calificarse de lucro cesante, al que son de aplicación criterios jurisprudenciales ya clásicos como el de excluir de su cómputo aquellas ganancias dejadas de percibir que, siendo posibles, derivan de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. A lo anterior cabe añadir que el informe del Servicio de Toxicología y Veterinaria Forense de la Universidad de Murcia indica “*que no parece fácil de asumir, como consecuencia directa de una exposición a glifosato, los abortos que se citan en el informe veterinario*”. Sólo en el supuesto de que la ingesta fuese elevada cabría admitir que la misma, al desencadenar un desequilibrio interno del organismo de la hembra, fuese causa indirecta de los abortos; siendo digno de destacar que, en sus conclusiones, no incluya la intoxicación por glifosato como consecuencia de los abortos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que no concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 219/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 22/12/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 220/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 22/12/09

Extracto de Doctrina

La reclamante pretende inferir el nexo de causalidad aplicando al presente caso la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado, de la que se desprende la culpabilidad del facultativo que la intervino.

Los perfiles de esta doctrina de origen jurisprudencial y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido dibujados por las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, según las cuales “el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación” (STS 30 de enero de 2003).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de

abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999), y este Consejo Jurídico (Dictamen 173/2007), excluyen la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 17 de febrero de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, en la que expone que con fecha 6 de febrero de 2003 fue intervenida de cataratas en su ojo derecho, mediante la técnica de facoemulsificación, en el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena.

Señala que, como consecuencia de la operación, no sólo no ha recuperado visión, sino que ha perdido el ojo derecho. Atribuye tal pérdida a que durante la intervención de cataratas, mientras se introducía y reponía la lente intraocular, se produjo la luxación de la misma, por lo que se cerró la incisión con un punto de sutura y se pospuso la extracción de esa lente mediante la técnica de vitrectomía. Esta complicación produjo el ingreso hospitalario de la paciente un día después de la operación de cataratas, estando programada la intervención para el día 10 de febrero de 2003. Manifiesta que la vitrectomía es una complicada técnica microquirúrgica indicada para enfermedades muy graves, empeorando el pronóstico cuantas más intervenciones sean necesarias y que puede provocar, como fue su caso, un intenso dolor post-operatorio.

Realizada la vitrectomía en el Hospital Santa María del Rosell, el 21 de febrero siguiente se le dio el alta hospitalaria y se le indicó un tratamiento domiciliario, por evolución favorable según refiere. Ya en su domicilio no recupera la capacidad visual del ojo derecho, y sufre intensos dolores, por lo que en una revisión posterior se le aconseja una segunda vitrectomía, solicitando entonces que dicha intervención sea realizada en otro centro sanitario, concretamente en el Hospital Morales Meseguer. Cursada la petición y ante la demora en avisar a la paciente (dos semanas) se decide contactar telefónicamente con el Servicio de Oftalmología del Hospital Morales Meseguer, que examina a la paciente el 21 de marzo de 2003, y le comunican que el estado del ojo es grave y requiere de una intervención urgente, pero que allí era imposible realizarla debido a la larga lista de espera.

Acude de nuevo al Hospital Santa María del Rosell donde se le prepara su ingreso hospitalario, que se produce el 23 de marzo (dos días después), siendo operada de forma urgente el 24 de marzo, extrayéndole la lente que había quedado dentro en la operación de cataratas, y se le dio el alta el 7 de abril siguiente.

Manifiesta que, tras esta última intervención, su ojo no presenta mejoría, y la visión era mucho peor que antes de la operación de cataratas, continuando los intensos dolores.

Tras diversas indagaciones, acudió al mejor centro privado de España de visión especializada (Instituto de Microcirugía Ocular de Barcelona), con toda la documentación que le fue facilitada por el Hospital Santa María del Rosell.

El 23 de abril de 2003 le realiza el centro privado otra vitrectomía, tras la cual cesan los intensos dolores, si bien le indican que ha disminuido la agudeza visual que mantenía y se decide no realizar una nueva intervención ante el estado del ojo y no haber posibilidades de mejoría.

En el último control, de 27 de septiembre de 2004, afirman que su ojo derecho es ciego, y le recomiendan la utilización de una cascarilla para mejorar su aspecto. Dicho diagnóstico es confirmado por Dra. x., del Centro Médico Torre-Pacheco.

Tras su relato de lo sucedido, sostiene que en el presente caso se padecía una enfermedad (cataratas) y se practicó una intervención que nunca se le informó que fuera especialmente complicada, pero sin embargo a resultas de la misma se le dio un tratamiento largo y doloroso con un resultado que debe considerarse desproporcionado: pérdida de un ojo; de lo anterior infiere que la atención sanitaria ha sido negligente. Afirma que no se trata de una objetivación absoluta de responsabilidad, sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado.

Por lo expuesto, solicita una indemnización de 140.691,74 euros por daños y perjuicios, incluyendo la pérdida del ojo derecho, el perjuicio estético, los días de hospitalización, los días improductivos, los gastos en el centro privado, la compra de la prótesis, los gastos de locomoción y el hospedaje en Barcelona, cuyas facturas aporta.

Con su reclamación se acompaña diversa bibliografía sobre el tratamiento quirúrgico de las cataratas, e informe de la División de Cirugía Plástica Oftálmica y Orbitaria del Instituto de Microcirugía Ocular de Barcelona, de 27 de septiembre de 2004, en el que se expone (folio 20):

“La paciente es visitada por nuestra Unidad el día 7 de septiembre de 2004 por presentar ojo ciego no doloroso. En estos momentos y debido a que el volumen del globo ocular es adecuado, y dicho globo ocular no está produciendo dolor, recomiendo la utilización de una cascarilla para mejorar el aspecto de la paciente.”

También se acompañan los siguientes informes:

— Informes de consultas externas del Dr. x. del Servicio de Oftalmología del Hospital Santa María del Rosell, de 3 de marzo y de 6 de de abril de 2003, el último de los cuales señala:

“Paciente intervenida de catarata senil O.D el 06/02/03 mediante técnica de facoemulsificación, con rotura de háptico, RCP durante la extracción de la LIO y luxación de mitad de la LIO a polo posterior. Se cierra la incisión con un punto de sutura y se pospone la extracción de LIO mediante técnica de vitrectomía.

En la revisión postquirúrgica aparece endoftalmitis aguda el 08/02/03, pautándose antibióticos intravítreos, intravenosos y colirios reforzados tópicos con ingreso hospitalario, tomándose muestras de humor vítreo y acuoso para cultivo y antibiograma.

Debido a su evolución desfavorable, se indica y se realiza vitrectomía vía anterior del vítreo central, por edema corneal importante que impide mejor visualización

Permanece ingresada hasta el 21/02/03 cuando es dada de alta, por mejoría.

Durante las siguientes revisiones desarrolla proliferación vítreo retiniana y desprendimiento de retina que aconseja la realización de vitrectomía preferente.

La enferma por motivos personales desea ser remitida a otro servicio de oftalmología para contrastar una segunda opinión, se remite de forma urgente al S. de Oftalmología del Hospital Morales Messeguer, aconsejando a la paciente la no conveniencia de demorar la intervención. La paciente vuelve a nuestro servicio con diagnóstico de P.V.R. y desprendi-

miento de retina secundaria a endoftalmitis posquirúrgica, con indicación de realización de vitrectomía y reaplicación retiniana.

El 24/03/03 se le realiza Vitrectomía pars plana O.D. extracción de LIO, pelado de membranas, retinotomías 360° por pvr anterior intensa, que impide la reaplicación retiniana y taponamiento con aceite de silicona.

Exploración Oftalmológica

A.V. O.D.: Percepción de luz con difícil proyección.

BMC: CABP, erosión corneal por despitelización en regresión, iridotomía inferior (VI horas) que se cerró por fibrina, tratándose con láser YAG, sangrando levemente.

F de O: Retina aplicada, aceite de silicona.”

— Informes del Dr. x. del Instituto de Microcirugía Ocular de Barcelona de fechas 6-5-2003 y 3-2-2004, en el último de los cuales expone (folios 34 y 35):

“Paciente de 64 años que acude a nuestro Centro el 11 de abril de 2003. Ha sido intervenido de cataratas en el OD y posteriormente tuvo complicaciones, siendo intervenida en varias ocasiones.

En el momento del examen alcanza una agudeza visual en el OD de movimiento de mano y en el OI de 3/10. La tensión ocular en el OD es de 20 mmHg y en el OI de 21mmHg. En el segmento anterior del OD se observa el aceite de silicona en cámara anterior e iridectomía. En el OI presenta una catarata córtico nuclear.

En el fondo del OD se observa una membrana epirretiniana con pliegue macular. Se le indica cirugía, que es practicada el 23 de abril de 2003, se realizan tres esclerectomías, bajo anestesia retrobulbar, extracción del aceite de silicona, aspiración de restos capsulares, dos iridectomías nasal temporal, extracción de membrana epirretiniana, intercambio de líquido por aire de silicona de 5700 cs.

En controles sucesivos se observa un buen curso, pero en controles posteriores hay una opacificación progresiva de la córnea con disminución de la agudeza visual, la tensión mantiene niveles aceptables y creemos que tiene pocas posibilidades de una buena mejoría con una nueva intervención. Recomendamos controles.”

— Informe de 29 de octubre de 2004 de la Dra. x. del Centro Médico Torre-Pacheco (folio 22), en el que se concluye: *“Según documentación aportada por la paciente, se producen complicaciones pre y post-operatorias que llevan a la pérdida de la visión en su ojo derecho sin posibilidad de recuperación funcional”.*

SEGUNDO.- Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (folio 60) se dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que es notificada a la reclamante, a la Compañía Aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros, y al Director Gerente del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena para que remita la historia clínica de la paciente y los informes de los profesionales que la atendieron en el Hospital. Asimismo se comunica al Director General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2005, el Hospital Santa María del Rosell remite la historia clínica (folios 68 a 183) y el informe del Dr. x. (folios 71 Y 72), que señala:

“X. es intervenida de catarata senil de ojo derecho el 6/2/2003, mediante técnica de facoemulsificación e implante de lente intraocular (LIO), durante el procedimiento quirúrgico se produce una rotura del háptico de la LIO (soporte de la LIO), y durante la extracción de la misma sucede una rotura capsular posterior y luxación de la lente a cámara vítrea. Se cierra la incisión, con un punto de sutura y se pospone la extracción de la lente mediante procedimiento de vitrectomía. En la revisión del día siguiente (07/02/2003), se cursa de modo urgente propuesta quirúrgica de ingreso e intervención para la realización de vitrectomía (10/02/03),

A las 24 horas la paciente acude de urgencias por dolor en ojo derecho, apreciándose el desarrollo de endoftalmitis aguda postquirúrgica (infección intraocular), por lo que es ingresada de modo inmediato para tratamiento hospitalario (antibioterapia intravítrea e intravenosa, colirios reforzados, y toma de humor acuoso y vítreo para cultivo y anti-boagrama). Es intervenida mediante técnica de vitrectomía el 10/02/03, permaneciendo ingresada hasta el día 21/02/2003. Sigue revisiones, donde se constata evolución desfavorable con el desarrollo de desprendimiento de retina y proliferación vítreo retiniana lo que aconseja realización de vitrectomía urgente.

La paciente, por motivos personales, desea ser valorada en otro servicio de oftalmología, para contrastar una segunda opinión. Se tramita de forma urgente propuesta de canalización a otro centro hospitalario (Hospital Morales Meseguer) el 03/03/2003.

La paciente sigue revisiones en consultas externas hasta el 17/03/2005, en que se decide contactar telefónicamente con el Servicio de Oftalmología del H. Morales Meseguer debido a que la paciente no ha sido avisada. La paciente es recibida el 21/03/2003 donde se confirma el diagnóstico y la necesidad de la realización de vitrectomía de forma urgente. Es informada de que dicho servicio tiene una elevada lista de espera quirúrgica, y aconsejan la realización lo antes posible en su hospital de referencia. Es ingresada el 23/02/2003 e intervenida al día siguiente mediante vitrectomía, extracción de LIO y taponamiento con aceite de silicona, quedando ingresada hasta el 07/04/2003.

Sigue revisiones en Consultas Externas hasta el 16/04/2003, donde nos comunica su deseo de ser valorada en el Instituto de Microcirugía Ocular (IMO) de Barcelona, donde tienen elevada experiencia en cirugía vítreo-retiniana. Se informa a la paciente que solicite consulta, a la vuelta de Barcelona.

Desde entonces la paciente no lo ha solicitado, por lo que no ha sido revisada desde entonces”.

Entre la documentación remitida se encuentra el consentimiento escrito de la reclamante para la intervención de cirugía de catarata, suscrito el 7 de octubre de 2002, que recoge los riesgos de la intervención (folios 77 y 78).

CUARTO.- Solicitado un informe al Hospital Santa María del Rosell sobre si las secuelas actuales que sufre la paciente han podido ser consecuencia de la asistencia recibida en dicho Hospital, el Dr. x. expone lo siguiente (folio 193):

“En relación a la solicitud de nuevo informe sobre la reclamación patrimonial de x., en el que se nos requiere procedamos a valorar si las secuelas actuales que sufre dicha paciente han podido ser consecuencia de la asistencia recibida, en opinión de este facultativo las secuelas producidas se produjeron a consecuencia de las complicaciones que tuvieron lugar de forma posterior a la intervención quirúrgica enumeradas en el anterior informe

(infección posquirúrgica y desprendimiento de retina), complicaciones poco frecuentes de la cirugía intraocular y especificadas en el consentimiento informado (entre 0,18 % y el 0,08 % según series), pero que cuando ocurren suelen tener un mal pronóstico a pesar de las medidas terapéuticas que se empleen. “

QUINTO.- La Inspección Médica emite informe sobre la praxis médica el 24 de febrero de 2009, alcanzando las siguientes conclusiones (folios 195-218):

“1. *Que a la paciente se le realizó cirugía de cataratas en ojo derecho el 3 de febrero de 2003, en el Servicio de Oftalmología del HUSMR de Cartagena.*

2. *Que aunque las complicaciones en cirugía de cataratas son poco frecuentes, existe un pequeño porcentaje de posibilidad de aparecer; explicado en los Consentimientos Informados (C.I) y a veces se presentan, como en este caso; así la paciente sufrió dos tipos de complicaciones, una intraoperatoria, consistente en rotura de háptico de la LIO y rotura de la cápsula posterior del cristalino, para la que se programa vitrectomía a realizar por equipo de polo posterior para el 10 de febrero de 2003, y otra postoperatoria, muchísimo más grave, que apareció el 8 de marzo de 2003, consistente en una infección severa del contenido infraocular, denominada ENDOFTALMITIS AGUDA, que es un cuadro muy grave que amenaza no sólo la visión sino la integridad anatómica del globo ocular, en la que el pronóstico final es malo en más del 60% de los casos y que motivó el ingreso hospitalario urgente.*

3. *Que se diagnosticó y se previó tratamiento, consistente en Vitrectomía, de forma correcta como respuesta a la complicación intraoperatoria.*

4. *Que surge en el postoperatorio la más grave de las complicaciones, que aunque poco frecuente es posible su presentación, y de la que se informó previamente a la paciente a través del Consentimiento Informado, se diagnosticó la ENDOFTALMITIS AGUDA y se aplicó tratamiento por el Servicio de Oftalmología del HUSMR de Cartagena, de forma correcta, según protocolo, y se realizó la vitrectomía.*

5. *Que se constató por parte del Servicio de Oftalmología del HUSMR de Cartagena tras la primera Vitrectomía, evolución desfavorable con el desarrollo de desprendimiento de retina y proliferación vítreo-retiniana secundarias ambas al proceso de endoftalmitis aguda, indicando de forma correcta una segunda Vitrectomía.*

6. *Que la paciente, una vez indicada por el Servicio de Oftalmología del HUSMUR de Cartagena la realización de una segunda Vitrectomía, requirió 2ª opinión tramitándose de forma urgente, respondiendo el sistema público de forma lenta. Se confirma diagnóstico e indicación de tratamiento, y se realiza segunda Vitrectomía por el Servicio de Oftalmología del HUSMUR de Cartagena.*

7. *Que si bien se realizó esta segunda vitrectomía dos semanas después de su indicación como consecuencia de la petición de la paciente, a la que debió de responder el sistema público con mayor celeridad, no se puede afirmar que las secuelas que padece la paciente son consecuencia de esta espera, lo son a consecuencia de la infección intraocular severa y sus efectos secundarios en forma de desprendimiento de retina y proliferaciones vítreo-retinianas, que a pesar de las medidas terapéuticas que se empleen no responden en un alto número de casos.*

8. *Que los diagnósticos y tratamientos realizados en el IMO de Barcelona siguen la estela de lo previsible dada la evolución desfavorable de las complicaciones, aunque la*

paciente es libre de escoger otro Servicio de Oftalmología, en éste caso privado, para el diagnóstico y tratamiento de su enfermedad, no es menos cierto que los diagnósticos y tratamientos realizados en el IMO van en la línea de los realizados por el Servicio de Oftalmología de su hospital de referencia, y pudieron realizarse en su hospital de referencia de haber seguido contando con su confianza, con idéntico resultado.

9. Que a la paciente se le informó en qué consistía la cirugía de cataratas, así como de la técnica quirúrgica denominada vitrectomía, incluidos los riesgos en forma de complicaciones, antes de dar su conformidad al tratamiento, como consta en los documentos de Consentimiento Informado.

10. Que la causa de sus secuelas no es la actuación médica, que en cuanto a diagnósticos, tratamientos y sucesivas revisiones se ajusta a la Lex Artis Ad Hoc, es consecuencia de la infección severa intraocular (Endoftalmitis Aguda) que a través de sus efectos secundarios, (desprendimiento de retina y proliferación vítreo-retiniana), a pesar de todas las medidas terapéuticas empleadas, conducen progresivamente a la desaparición de la agudeza visual en el ojo der.

Por todo ello no encontramos negligencia en la actuación de los facultativos del Servicio de Oftalmología del HUSMUR, que prestaron asistencia sanitaria a la reclamante.”

SEXTO.- En fecha 20 de abril de 2009 se emite dictamen médico por parte de los peritos de la Compañía Aseguradora x. (folios 221 a 235), que concluyen:

“1. La reclamante presentaba catarata en estado avanzado, cuya evolución espontánea conduce a una pérdida progresiva de la visión, llegando en muchos casos a una situación de invalidez visual. El único tratamiento actual para la catarata es la cirugía (extirpación quirúrgica del cristalino).

2. Como todas las cirugías, la cirugía de cataratas presenta posibles riesgos y complicaciones descritos. Entre ellos se encuentra el riesgo de rotura de la cápsula posterior del cristalino y luxación de la lente infraocular al vítreo, con necesidad de una segunda cirugía, y el riesgo de infección del contenido intraocular (endoftalmitis). La reclamante firmó el consentimiento informado para la intervención, que incluía dichos riesgos, y explicaba que, en caso de ocurrir una complicación grave como es la infección intraocular (endoftalmitis), se podía llegar a perder la visión, e incluso el globo ocular,

3. La intervención quirúrgica fue adecuada, y durante la misma ocurrió una rotura de la cápsula posterior del cristalino, con luxación de la lente intraocular al vítreo. Se optó por cerrar la incisión principal y programar una cirugía de vitrectomía vía pars plana con extracción de la lente luxada en un segundo tiempo, actitud que es perfectamente adecuada.

4. Dos días después de la cirugía ocurrió una endoftalmitis aguda postoperatoria (infección del contenido intraocular), ingresándose a la paciente y comenzándose con el tratamiento de la misma (antibióticos intravítreos, entre otros), tratamiento que fue precoz y adecuado.

5. A pesar de ello, la endoftalmitis es una entidad grave, y su evolución con frecuencia es desfavorable, como ocurrió en este caso, a pesar del tratamiento correcto.

6. El origen del germen que causa la infección es, en la gran mayoría de los casos, el propio paciente (no el quirófano). Hasta la fecha, no existe ningún tratamiento que

esterilice por completo la superficie ocular y que pueda garantizar la ausencia de contaminación.

7. El 3/3/03, aproximadamente un mes después de la cirugía de catarata, la paciente comenzó a desarrollar una PVR (vitreo-retinopatía proliferativa), por lo que se indicó cirugía mediante vitrectomía vía pars plana preferente. La paciente prefirió, por cuestiones personales, una segunda opinión médica de otro hospital diferente, por lo que fue derivada al Hospital Morales Meseguer. Según la reclamante, su solicitud de derivación no fue enviada hasta varios días después, constando en la historia clínica que se envió fax con la solicitud, desde el Servicio de Atención al Paciente, el 6/3/03. El 21/3/03 fue atendida en el Servicio de Oftalmología de Hospital Morales Meseguer, confirmando la necesidad de realizar cirugía mediante vitrectomía vía pars plana, que se llevó a cabo en su hospital de origen (Santa María del Rosell) el 24/3/03.

8. Uno de los hechos que se cuestiona en esta reclamación es el que se haya tardado 21 días en realizar la cirugía de vitrectomía pars plana (indicada el 3/3/03 con carácter preferente, y realizada el 24/3/03). Si bien la cirugía de vitrectomía, en un caso como el que nos ocupa (vitreo-retinopatía proliferativa tras endoftalmitis), se considera preferente (no urgente), y su realización está recomendada en un máximo de 7-10 días desde la indicación, en este caso concreto el hecho de haber retrasado unos pocos días la realización de la misma, casi con total seguridad no ha influido en el resultado final, que era desfavorable desde el momento en que la paciente que sufre una luxación de la lente infraocular durante la cirugía de catarata con endoftalmitis (infección intraocular) aguda severa pocos días después, y desarrolla PVR (vitreo-retinopatía proliferativa) en el ojo afectado, el pronóstico de recuperación visual útil es prácticamente nulo, con alta posibilidad de llegar a perder incluso el globo ocular, a pesar de que el tratamiento sea correcto y se aplique de forma precoz.

9. La cirugía de vitrectomía vía pars plana fue llevada a cabo el 24/3/2003 en el Hospital Santa María del Rosell y fue exitosa, en cuanto a que consiguió reaplicar la retina (devolverla a su posición adecuada), a pesar de lo cual la paciente no recuperó la visión.

10. Posteriormente, la paciente decidió acudir a un centro privado (IMO) donde se realizó una tercera vitrectomía para pelado de membrana epirretiniana. Antes de esta última cirugía la paciente presenta una agudeza visual muy pobre, de movimiento de manos, en el ojo afectado, resultando que después de la misma la agudeza visual empeoró, quedando el ojo ciego (amaurótico), aunque sin dolor.

11. El tipo de cirugía que se realizó en la sanidad privada (IMO) se realiza de forma habitual en la sanidad pública. La paciente desarrolló una situación de ptisis bulbi y neovascularización corneal, que no tiene tratamiento útil en el momento actual, por lo que no existen más posibilidades terapéuticas en este caso.”

SÉPTIMO.- Otorgado un trámite de audiencia a la reclamante, presenta escrito de alegaciones (folios 241 a 243), en el que expone lo siguiente:

- Ha quedado acreditada la responsabilidad del profesional sanitario que le atendió en el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena.
- Las actuaciones no han sido normales y se ha producido un resultado desproporcionado, pues ante una intervención sencilla se termina perdiendo el ojo.

- Los informes médicos emitidos en el expediente intentan escudarse en porcentajes, y nada dicen sobre si las complicaciones surgidas en la primera intervención pudieron causar o incrementar la infección, y que fue la Administración la que retrasó indebidamente otra de las intervenciones, pese a su urgencia.

Por último, reitera la cuantía indemnizatoria solicitada en el escrito de reclamación.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 4 de junio de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al entender, a la vista de los informes médicos obrantes en el expediente, que ni en el tratamiento ni en la asistencia prestada ha existido mala *praxis* médica. También responsabiliza a la parte reclamante de la falta de acreditación de sus imputaciones mediante la aportación de la prueba pericial pertinente.

NOVENO.- Con fecha 6 de julio de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamante, al alegar los perjuicios imputados a la atención sanitaria recibida en un centro sanitario dependiente de la Administración regional, 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.

Respecto a la legitimación pasiva, el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, a cuyo Servicio de Oftalmología se imputa inadecuada *praxis* médica, pertenece a los servicios públicos sanitarios de titularidad regional.

2. La reclamación presentada el 17 de febrero de 2005 se ha ejercitado en plazo, aunque la intervención de cataratas fue realizada el 6 de febrero de 2003, puesto que el artículo 142.5 LPAC establece, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, que el plazo empezará a contarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas, tomándose por la instructora como *dies a quo* el informe de la Dra. x. de 29 de octubre de 2004 (folio 22), en el que se reconoce la pérdida de visión del ojo derecho sin posibilidad de recuperación funcional.

3. En lo referente al procedimiento, 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, si bien debe destacarse la ausencia de prueba por parte de la reclamante respecto a sus imputaciones de mala *praxis* médica, a quien incumbe según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, jugando un papel esencial los medios de prueba cuando se achacan fallos en el curso de una intervención quirúrgica, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo Jurídico en diversos Dictámenes sobre responsabilidad patrimonial en materia sanitaria (por todos, los números 106 y 133 de 2004, y 25 y 37 de 2005).

TERCERA.- 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 siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de 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 97/03 y 56/05 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 (SSTS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002 y de 6 de febrero de 2007).

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

Ha de analizarse si concurren en el presente supuesto los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial, en contraste con las imputaciones formuladas por la reclamante, atendiendo el siguiente orden de exposición por parte de este Órgano Consultivo, en atención a las consideraciones médicas obrantes en el expediente:

I. Sobre la *praxis* médica seguida.

1. ¿Era recomendable el tratamiento quirúrgico para la catarata del ojo derecho y la técnica empleada en el caso de la paciente?

De acuerdo con la historia clínica, la paciente, entonces de 64 años de edad, fue diagnosticada por el Servicio de Oftalmología del Hospital Santa María del Rosell de cataratas del ojo derecho, recomendándose tratamiento quirúrgico y se programó la intervención quirúrgica para extirpación de cristalino y colocación de lente intraocular, que se realizó el 6 de febrero de 2003, mediante la técnica de facoemulsificación.

La Inspección Médica aclara que *“el único tratamiento de las cataratas es la cirugía para extirparlas, que se realiza cuando una persona no puede desempeñar las actividades normales, incluso con el uso de gafas”* (folio 203). El propósito de la cirugía de cataratas es la extracción del cristalino opaco y su reemplazo por uno artificial para reestablecer la visión clara.

Actualmente la técnica más empleada en la cirugía de la catarata es la facoemulsificación con implante de lente intraocular (folio 227), siendo descrita con todo detalle por la interesada en el escrito de reclamación.

Por tanto, no se acredita infracción de la *lex artis* en la recomendación de la intervención quirúrgica y en la técnica empleada, como reconoce implícitamente la reclamante.

2. ¿Suministraron a la paciente información de la intervención a practicar y sus posibles riesgos?

La reclamante destaca, para justificar el resultado desproporcionado de la intervención, que la cirugía de cataratas es la operación que más se realiza en el mundo y de mayor éxito, y más del 90 % de las personas sometidas a dicha cirugía tienen mejor visión después.

En efecto, el documento de consentimiento informado suscrito por la reclamante el 7 de octubre de 2002 (folio 77), previamente a la cirugía de catarata, señala que es un procedimiento bastante seguro tanto para el ojo, como para el organismo en general, si bien añade que los riesgos vienen dados por el tipo de anestesia, por las enfermedades previas existentes y por la propia cirugía.

En relación con los riesgos de la propia cirugía, el documento de consentimiento informado establece:

“Como toda cirugía, no está exenta de complicaciones, las más graves son la hemorragia expulsiva y las infecciones intraoculares, en menos del 0,4 que llevarían a la pérdida del ojo de forma inmediata, en días, semanas o meses. Otras complicaciones son: desprendimiento de retina, aumento de la tensión ocular, hemorragias intraoculares, alteración de la transparencia de la córnea, dehiscencia de suturas, edema macular, opacidad de la cápsula posterior, deformidad pupilar, dislocación de la lente que pueden ocurrir en menos del 2% de los casos y que llevarían a una posterior intervención”.

Por lo tanto, como reconocen los informes médicos obrantes en el expediente, la cirugía de cataratas presenta riesgos y complicaciones, aunque sea en la proporción indicada, y en el caso de una infección intraocular (endofalmitis) se le informó que podía llegar a la pérdida del ojo, asumiendo la interesada las complicaciones descritas al suscribir el documento de consentimiento informado, por lo que no cabe reputar de antijurídico el daño alegado.

3. Que se materializaran en la paciente algunos de los riesgos descritos en el consentimiento informado ¿denota una infracción de la *lex artis*?

Sólo cuando se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por la paciente.

Ese necesario análisis crítico de la actuación facultativa a la luz de la ciencia y la técnica médica no es llevado a cabo por la parte reclamante, a quien incumbe no ya su realización y plasmación mediante la determinación de qué concretas actuaciones u omisiones de los sanitarios actuantes resultan contrarias a la *lex artis*, sino también su prueba (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)).

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 LEC—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

Pues bien, la reclamante ha omitido traer al procedimiento informe pericial médico alguno que sustente sus alegaciones e imputaciones y permita obtener un juicio contrario a las conclusiones alcanzadas por las valoraciones técnicas obrantes en el expediente, que de forma unánime avalan el ajuste a normopraxis de la atención prestada a la paciente (Antecedentes Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto).

De las mismas se extrae la conclusión de que la causa de las secuelas de la paciente no es la actuación médica, que en cuanto a diagnósticos, tratamientos y sucesivas revisiones se ajustó a la *lex artis ad hoc*, sino que es consecuencia de la infección severa intraocular (endofalmitis aguda), que a través de sus efectos secundarios (desprendimiento de retina y proliferación vítreoretiniana), a pesar de las medidas terapéuticas empleadas, conducen progresivamente a la pérdida de visión en el ojo derecho (conclusión 16 del informe de la Inspección Médica).

A mayor abundamiento, los informes aportados por la reclamante del centro privado que le practicó la última intervención (Instituto de Microbiología Ocular de Barcelona), no cuestionan la *praxis* médica seguida con la paciente, sino que aluden a las complicaciones surgidas posteriormente a la intervención de cataratas, calificando la evolución de su caso como compleja (folio 34).

II. Sobre el daño desproporcionado.

La reclamante pretende inferir el nexo de causalidad aplicando al presente caso la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado, de la que se desprende la culpabilidad del facultativo que la intervino.

Los perfiles de esta doctrina de origen jurisprudencial y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido dibujados por las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, según las cuales *“el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”* (STS 30 de enero de 2003).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999), y este Consejo Jurídico (Dictamen 173/2007), excluyen la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

En el supuesto sometido a consulta, si bien existe un daño no sería desproporcionado en el sentido técnico-jurídico expuesto, desde el momento en que la reclamante no ha acreditado que se den las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina descrita. Por el contrario, la Administración sí ha acreditado que en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente figuraban las complicaciones graves que luego, por desgracia, se materializaron con la pérdida de visión del ojo derecho.

Por lo tanto, el que tales riesgos de la cirugía de catarata no sean frecuentes, afortunadamente, no significa que sean desproporcionados, según reconocen los peritos de la aseguradora (folio 233).

En consecuencia, no cabe aplicar al supuesto sometido a consulta la doctrina del daño desproporcionado, al no reunir todos los requisitos que, para su apreciación, viene exigiendo la jurisprudencia, como hemos indicado en nuestros Dictámenes 173/2007 y 81/2008.

Por último, respecto a la cuantía indemnizatoria reclamada llama la atención que se soliciten 68 puntos por pérdida de ojo derecho (más por la pérdida de agudeza visual de su ojo izquierdo), como si la paciente no tuviera una catarata previa a la intervención quirúrgica. De otra parte, en relación con los gastos reclamados por la atención sanitaria del centro privado al que hace referencia, los informes médicos valorativos de la actuación coinciden en que el tipo de cirugía que se le realizó en aquel centro se practica de forma habitual en la sanidad pública (peritos de la aseguradora) e iban en línea con los diagnósticos y tratamientos realizados por el Servicio de Oftalmología del Hospital de referencia, pudiéndose

haber realizado en este último con idéntico resultado, de haber contado con su confianza (conclusión 8 del informe de la Inspección Médica).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos a los que el ordenamiento anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente la antijuridicidad del daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 221/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 22/12/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 4.

DICTAMEN 222/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)

Fecha: 28/12/09

Extracto de Doctrina

La intervención de la víctima en la generación del daño, en el supuesto sometido a consulta, no cabe entender que sea de una intensidad tal que tenga virtualidad suficiente para romper el nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, pues si con su actuación infractora de las reglas establecidas en el centro la niña facilitó el desencadenamiento del mecanismo de producción del daño, colocándose en una situación de riesgo al jugar en los aseos lejos de la vigilancia del personal encargado de tal labor, las lesiones padecidas no dejan de tener su causa en unas instalaciones defectuosas, que, en atención a las peculiares características de sus usuarios, han de prever solicitudes mecánicas diferentes a las propias de su uso habitual.

En cualquier caso, en atención al principio de proporcionalidad entre la conducta que desarrollaba la víctima y el resultado lesivo, se llega a la conclusión de que la conducta de aquélla en este supuesto no fue de suficiente intensidad como para generar una ruptura del nexo causal y evitar la responsabilidad de la Administración regional. Ello no obsta para que la referida conducta de la víctima pueda incidir en la minoración de la indemnización reclamada (Consejo de Estado, Dictamen 3825/1997), que en este caso, a juicio del Consejo Jurídico, procede reconocer.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 20 de junio de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial en nombre y representación de su hija, por los daños sufridos como consecuencia del accidente sufrido por ésta en el Colegio Público “Mediterráneo”, de la Manga del Mar Menor, término municipal de Cartagena, en fecha 9 de noviembre de 2000, donde la niña cursaba 5º nivel de Educación Primaria.

Según el relato fáctico del propio reclamante, el accidente ocurre durante el periodo de recreo del comedor, cuando, sobre las 14:45, uno de los inodoros de los servicios de la planta superior del colegio en el que se encontraba la niña cedió, rompiéndose por varias partes, causando dichos fragmentos heridas a la niña. Se afirma que la menor “...precisando realizar necesidades fisiológicas se dirigió junto a otras dos compañeras a los aseos de niñas de la planta superior y, una vez en ellos, ocupó una de las tres cabinas provistas de inodoro existentes, haciendo uso del mismo. Que encontrándose sentada en el inodoro, éste se desplomó al suelo, rompiéndose en numerosos trozos, con alguno de los cuales, mi hija sufrió heridas inciso contusas en ambos glúteos, así como diferentes hematomas, lesiones de las que fue asistida en urgencias, “in situ” por el Servicio “061”, y posteriormente, trasladada al área de Urgencias del Hospital Rosell en la que fue curada y suturada”.

Junto a la reclamación, el interesado incorporó fotografías de las lesiones sufridas por la menor en muslos y glúteos, así como acta notarial, de fecha 14 de noviembre de 2000, que recoge el estado del inodoro y detalla que se le ha hecho saber por parte del Director del Centro que el inodoro causante no ha sido tocado desde el día del accidente y que el Notario aprecia de forma personal y directa que “*el inodoro primero, por la derecha, está desencajado y la pieza rota en escombros. Igualmente observo que los tornillos que sujetan la pieza al suelo están oxidados, así como que no hay restos de sangre en el W.C.*”. Se tomaron fotografías del inodoro que se incorporan a la matriz del documento notarial.

También aporta el interesado informe médico de valoración realizado el 15 de febrero de 2005. En él se recoge que la niña presenta cicatrices normocrómicas y anchas en glúteos: una de 13 cm. de longitud por 1,5 cm. de ancha, otra de 4 por 2 cm., ambas en el glúteo izquierdo y otra de 3 por 2 en el glúteo derecho. Todas ellas están por debajo de la línea de la braga y son visibles a 6 metros. El informe concluye con el diagnóstico de heridas abiertas en ambos glúteos y lumbalgia postraumática. Su valoración de las secuelas, de acuerdo con la Ley 30/95, es la siguiente: por lumbalgias 3 puntos, por perjuicio estético ligero 3 puntos y no se aprecian circunstancias que deban ser tenidas en cuenta como factor de corrección, habida cuenta de que no se han ocasionado lesiones que produzcan de forma permanente imposibilidad o dificultad de realizar tareas habituales de la vida diaria.

De otro lado se señala como período de curación total 64 días, de los cuales 30 serían impeditivos y 34 no impeditivos.

El reclamante adjunta al informe la factura del mismo, que asciende a 181,90 euros.

Sin soporte documental, también manifiesta el interesado que: a) la niña, además de los dolores de espalda, cefaleas y mareos recogidos en el informe médico, se encuentra en tratamiento psicológico y psiquiátrico en el Centro de Salud Mental de Cartagena “*debido a los graves complejos y depresiones que le provocan las importantes cicatrices que le quedan*”; y b) se formuló denuncia penal ante el Juzgado de Instrucción número tres de Cartagena, recayendo auto que declaraba extinguida la responsabilidad penal, resolución notificada al reclamante en fecha 13 de abril del 2005.

La valoración del daño asciende a 11.111,32 euros, según el siguiente desglose:

- 1.418,40 euros por días de baja impeditivos (30 días).
- 865,64 euros de baja no impeditiva (34 días).
- 8.645,38 euros por secuelas, de las que 3 puntos corresponden a perjuicio estético, 3 por lumbalgias y 5 de estrés postraumático.
- 181,9 de gastos médicos, por el informe que se acompaña de la empresa x.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación se solicita el preceptivo informe del centro educativo, que recoge el relato de la Jefa de Estudios, presente en el centro en el momento de producirse el accidente:

“Sobre las 14:45 horas aproximadamente (del día 9 de noviembre de 2000) y estando las citadas profesoras (se citan en otro lugar del informe) y otras-as en la Sala de profesores, se escuchó un ruido extraño y salimos corriendo para ver qué pasaba, en ese momento bajaba la escalera x. y nos comentó que se había caído en el aseo de la planta superior; le dijimos que se tumbara en un banco para ver qué se había hecho, observamos que tenía el chándal con un corte horizontal en la parte posterior de muslo, pero había ausencia total de sangre; abrimos el chándal por la rotura y observamos un gran corte que coincidía con el del chándal, al ver la herida (...) decidimos llamar rápidamente a los servicios médicos del 061 y a los padres de la alumna.

Una vez que el 061 trasladó a x. al Hospital del Rosell las profesoras ya citadas, hablaron con las alumnas que acompañaban en ese momento a x., éstas (que estaban muy asustadas) nos contestaron que estaban en los aseos de la planta superior sin permiso y jugando a esconderse y que habían burlado la vigilancia de las monitoras para subir, ya que sabían que a esas horas no está permitida la presencia de alumnos en ese lugar. Posteriormente supimos que x., dentro del juego, se subió al inodoro para que no le vieran los pies desde fuera y que éste cedió ante su peso. Con esto queda contestado el apartado 1 de los hechos, en el que se dice que x. estaba en ese aseo para realizar sus necesidades fisiológicas, queda demostrado que su presencia allí no era necesaria para ese fin, puesto que hay aseos en la parte de abajo y en el patio, que son los que los alumnos deben usar en las horas de recreo. Su presencia en la planta superior se debía a que estaban jugando, por lo tanto el uso de ese inodoro no fue para realizar sus necesidades fisiológicas sino para jugar. A esta conclusión llegamos además de por el relato de las niñas, por el informe de inspección que se llevó a cabo el día 14 de noviembre de 2000, por un técnico del Ayuntamiento de Cartagena a requerimiento del Director del Colegio, sobre el estado en el que se encontraba el inodoro del aseo. En este informe, el técnico hace constar que una taza de inodoro no se destroza totalmente ni presenta ese estado si se le da el uso normal para el que está destinado. Asimismo cómo es posible, si como dice el padre de la alumna que su hija estaba haciendo sus necesidades fisiológicas, que los cortes del muslo coincidieran

con los cortes en el pantalón del chándal; para realizar sus necesidades, el pantalón tenía que estar bajado.

Acerca del Apartado 4º de los hechos que constan en el escrito del padre de la alumna, se presume que el desplome del inodoro se debió al mal estado de conservación y oxidación de los tornillos del inodoro. Este centro recibe la comunicación del deterioro de las instalaciones del mismo del encargado de la Concejalía de Educación del Ayuntamiento de Cartagena, (responsable del mantenimiento), que es el Conserje. Consideramos, por tanto, que el aseo estaba en perfectas condiciones para su uso normal y que el desplome se debió a un uso diferente al habitual”.

Junto al informe, se remite parte de comunicación de accidente escolar e informe, de fecha 14 de noviembre de 2000, del Jefe de la Unidad de Infraestructuras del Ayuntamiento de Cartagena, Concejalía de Educación, del que se concluye que una taza de inodoro no se destroza de tal forma si se le da el uso normal para el que está destinada.

TERCERO.- El 5 de septiembre de 2005 se notifica la apertura del trámite de audiencia, sin que el interesado haga uso del mismo.

CUARTO.- El 20 de septiembre, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura comunica al Ayuntamiento de Cartagena la incoación del expediente y le solicita que reclame la competencia para su tramitación y resolución, al entender que la causa del daño fue el deficiente estado de conservación del inodoro, cuyo mantenimiento compete al Ayuntamiento.

Con fecha 24 de octubre, el citado Ayuntamiento devuelve el expediente al no considerarse competente para resolver, sobre la base del Informe del Letrado Consistorial que se adjunta, el cual afirma, en resumen, que la reclamación no se dirige a la Corporación, sino a la Consejería de Educación, y que es la propia Asesora Jurídica de la Consejería, instructora del expediente, la que informa al reclamante que el órgano competente para resolver su reclamación es el Consejero de Educación y Cultura.

QUINTO.- El 15 de febrero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren todos los requisitos exigidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial. Razona la instructora que es exigible a la Administración la instalación de materiales en los Centros escolares de una calidad tal que soporten los usos intensivos a los que están expuestos por parte de los menores, incluso cuando algunos de ellos pudieran resultar inadecuados como, con gran probabilidad, ocurrió en el caso que nos ocupa. A su entender, la instalación y materiales de uso escolar deben tener un nivel de calidad apropiado a la edad, número de usuarios, así como a las condiciones medioambientales en las que se ubica el centro escolar, en este caso cerca del mar, lo que, según los indicios, no se cumplió en este caso, pues, según las consultas evacuadas, un inodoro bien instalado y anclado puede soportar el peso de una persona alzada.

La cuantía de la indemnización propuesta asciende a 4.785,47 euros, atendiendo a 6 puntos por secuelas (lumbalgias y perjuicio estético); 30 días improductivos y los gastos derivados del informe médico de valoración del daño.

SEXTO.- Sometido el expediente a fiscalización previa, la Intervención General solicita a la Consejería, el 10 de mayo de 2006, que complete el expediente con la siguiente documentación:

— La que permita comprobar que la reclamación se ha presentado en plazo (actuaciones penales) y por persona con legitimación activa (libro de familia que acredite la condición de padre de la menor). Documentación que no obra en el expediente remitido.

— Los informes del médico de cabecera y otros especialistas que se dan por reproducidos en el informe de la empresa de peritación y Valoración x. pero que no se incorporan al mismo.

— Justificante de los días de inasistencia al Centro Escolar de la menor a efectos de poder considerarlos como días de baja impeditiva.

— Propuesta de gasto y documento contable preliminar que acredite la existencia de crédito adecuado y suficiente para sufragar los gastos que origine, en su caso, la estimación parcial de la reclamación.

SÉPTIMO.- En cumplimiento de dicho requerimiento, el 15 de mayo de 2006, la instructora comunica a la interesada la apertura de un período de prueba para acreditar los extremos que, a juicio de la Intervención General, no quedaban probados. Se persona una Letrada, en representación del reclamante, que manifiesta, según diligencia extendida al efecto el 14 de junio, lo siguiente:

“1.- En cuanto a los días de inasistencia al Centro, alega que puestos en contacto con éste han manifestado que no disponen de esa información por el tiempo transcurrido desde el accidente, pero los padres recuerdan que estuvo algo más de un mes sin asistir a clase, lo que afectó a sus estudios, y el curso lo perdió, por lo que el accidente afectó a su rendimiento escolar de manera grave.

2.- En cuanto al plazo de interposición de la reclamación, alega que se encuentra dentro del año que exige la Ley, y con posterioridad pretende aportar al expediente las diligencias judiciales penales que demuestran la interrupción del plazo de prescripción; además, entiende que con el informe psicológico aportado se prueba que las secuelas del accidente perduran de forma que no se han estabilizado las mismas.

3.- Por lo que respecta a los informes psicológicos a los que se refiere x., muestra fotocopias de los mismos, las cuales se reproducen y se incorporan al expediente, y manifiesta su intención de aportar posteriormente un informe con el historial de la menor específico para este caso”.

Días después, el interesado aporta la siguiente documentación: a) certificado literal de nacimiento de la niña; b) testimonio de las diligencias penales donde consta la última notificación del auto de archivo a la representante del reclamante, quien afirma que se notificó al Ministerio Fiscal el 5 de mayo de 2005, si bien en el documento resulta ilegible la fecha en que aquélla tuvo lugar; c) certificado médico oficial, donde se indica, entre otros extremos, que la paciente *“ha sido atendida por mareos, vómitos, desviación de columna, siendo vista por última vez el 25/01/05, presentando importantes heridas inestéticas, estabilizadas en la actualidad, y que hay que valorar operación de cirugía al terminar de desarrollar”*; y d) informe psicológico, de 1 de junio de 2006, que concluye con el diagnóstico de trastorno por estrés postraumático agudo, depresión leve y agorafobia.

OCTAVO.- Solicitado informe al centro escolar sobre la inasistencia de la menor a clase como consecuencia del accidente a efectos de poder considerarlos como días impeditivos, el Director señala que *“los registros de asistencia de los alumnos no son documentación*

obligatoria para conservar en los archivos del colegio, del mismo modo que los expedientes académicos o los libros de escolaridad, que sí lo son. Por lo que terminado el curso y no habiendo incidencias de absentismo, como mucho, se guarda en los años del ciclo. Dado que han transcurrido seis años desde el incidente, no podemos certificar lo que solicitan porque esos datos no se encuentran ya en el centro, ni siquiera los documentos oficiales citados, porque se trasladaron al IES en su momento”.

NOVENO.- El 17 de mayo de 2007 la Unidad Técnica de Centros Educativos, tras reiterados requerimientos para que informe sobre las condiciones de conservación de piezas de aseo en un lugar próximo al mar, manifiesta que *“la proximidad a un ambiente marino puede ampliar cierto grado de oxidación de elementos no protegidos, que en otro ambiente no marino y debido sólo a este efecto pueda por sí deteriorarse. Los anclajes que aportan los elementos sanitarios de fábrica, son los necesarios para su correcta sujeción, estando diseñados para soportar las solicitudes mecánicas que el uso de este elemento determine”.*

DÉCIMO.- En orden a averiguar si las secuelas psicológicas alegadas pueden considerarse acreditadas, la instructora requiere información técnica sobre las mismas, uniéndose al expediente informe clínico elaborado por un psiquiatra y un psicólogo clínico del Servicio de Salud Mental de Cartagena, de fecha 4 de septiembre de 2007, en el que se establece el diagnóstico de *“trastorno de pánico con agorafobia (...) apreciándose también en la paciente rasgos ansiosos de personalidad. La evolución de la clínica en estos años ha sido desfavorable con un aumento de las conductas de evitación, mayores sentimientos de inseguridad y cierta afectación en el estado de ánimo”.* Se plantea tratamiento psicológico y psiquiátrico.

UNDÉCIMO.- Concedido nuevo trámite de audiencia en fecha 5 de octubre de 2007, la reclamante se reitera en la solicitud de 5 puntos de secuela por los daños psicológicos sufridos por la menor.

DUODÉCIMO.- Previo informe de la instructora destinado a justificar la subsanación de los defectos que motivaron el reparo de la Intervención General, eleva nueva propuesta de resolución, de fecha 22 de enero de 2008, en la que mantiene, al igual que en la anteriormente remitida y sobre la misma fundamentación jurídica, que concurren los requisitos que se han de dar respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya reproducidos anteriormente. La indemnización propuesta asciende ahora a 9.904,66 euros, al incluir la valoración de las secuelas psicológicas.

DECIMOTERCERO.- Sometida la propuesta a la Intervención General para su fiscalización, se formula nuevo reparo mediante informe de 5 de mayo de 2008. En él, si bien se coincide con la propuesta de resolución en la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, se advierte una concurrencia de causas, al atribuir relevancia en la producción del daño a la inadecuada actitud de la menor, quien, burlando la vigilancia del personal encargado de su cuidado, dio al inodoro un uso distinto al que le es propio. Como consecuencia procede minorar la indemnización en un 50%. En dicha indemnización, además, no debería incluirse el gasto representado por los honorarios correspondientes a la elaboración del informe médico de valoración de daños.

En atención a lo expuesto, para la Intervención General procede reconocer una indemnización de 4.861,38 euros, más la correspondiente actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

DECIMOCUARTO.- En tal estado de tramitación, con fecha 19 de mayo de 2008, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen.

En Acuerdo 10/2008, de 19 de mayo, este Órgano Consultivo advierte que la solicitud de Dictamen se efectúa al amparo del artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), es decir, por tratarse de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración regional. Comoquiera que la Intervención General repara la cuantía de la indemnización propuesta y atendido el carácter suspensivo de dicho reparo, no procede emitir Dictamen por el título legal invocado, debiendo la Consejería consultante actuar de conformidad con lo que disponen el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (TRLH), aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, y el 17 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Control Interno, procedimiento dentro del cual la discrepancia deberá ser necesariamente motivada con cita de los preceptos legales en los que sustente su criterio.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 4 de junio de 2008, la instructora del procedimiento de responsabilidad patrimonial emite informe sobre los reparos de la Intervención General, en el que justifica su oposición al reparo, y nuevamente se solicita del Consejo Jurídico la emisión de Dictamen.

DECIMOSEXTO.- En Dictamen 25/2009, el Consejo Jurídico concluye que, para poder pronunciarse sobre los dos procedimientos que se solapan en el asunto sometido a consulta, a saber, la resolución de la discrepancia de la Consejería consultante con los reparos formulados por la Intervención General y la reclamación de responsabilidad patrimonial (artículo 12, apartados 13 y 9 LCJ), es preciso que se complete el expediente con las siguientes actuaciones:

1ª. En caso de que el titular de la Consejería pretenda mantener la discrepancia respecto al informe de la Intervención General, habría de formalizarla mediante propuesta de Acuerdo al Consejo de Gobierno, en la que concrete expresamente las discrepancias mantenidas en la fiscalización previa del expediente de responsabilidad patrimonial.

2ª. Dicha propuesta de Acuerdo habría de someterse a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma.

3ª. Seguidamente, habría de recabarse el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, que lo emitirá en un doble sentido: respecto a la propuesta de Acuerdo que el titular de la Consejería pretende elevar al Consejo de Gobierno para la resolución de los reparos formulados por la Intervención General, y sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta contra la Administración regional con motivo del accidente escolar.

DECIMOSEPTIMO.- El 3 de abril, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe proponiendo aceptar el reparo de la Intervención General y, en consecuencia, subsana las deficiencias advertidas por el órgano de control y formula nueva propuesta de resolución de la reclamación de responsabilidad patrimonial en sentido estimatorio parcial, declarando el derecho del interesado a ser indemnizado en cuantía de 4.861,38 euros.

DECIMOCTAVO.- Sometido el expediente nuevamente a fiscalización, recibe la conformidad de la Intervención General en informe de 3 de julio.

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 17 de julio de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen y alcance.

Una vez aceptado por la Consejería consultante el reparo de la Intervención General, ha quedado sin objeto la discrepancia inicialmente advertida, por lo que el presente Dictamen únicamente ha de pronunciarse sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial, respecto del cual resulta preceptiva la consulta en virtud de lo establecido en el artículo 12.9 LCJ.

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La reclamación de responsabilidad patrimonial fue interpuesta dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Y es que, aunque el daño se imputa al accidente sufrido el 9 de noviembre de 2000, como de forma reiterada viene señalando el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 46/98), el criterio tradicional recogido por la jurisprudencia es que el proceso penal, por su carácter atrayente y prevalente, interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad administrativa.

Así, consta en el expediente el auto de 30 de mayo de 2001 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Cartagena, acordando el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones penales, que es objeto de recurso de reforma por el interesado. El 12 de mayo de 2004, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de la misma ciudad dicta auto que declara extinguida la responsabilidad penal, siendo notificado a la Letrada del interesado el 13 de abril de 2005. Esta fecha ha de ser tomada como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar, por lo que habiéndose presentado la reclamación el 20 de junio de 2005, cabe considerar que la acción fue ejercida dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

2. Cabe dar por reproducidas las consideraciones efectuadas en el Dictamen 25/2009 acerca de la legitimación pasiva de las dos Administraciones (regional y local) a las que podría imputarse el daño por el que se reclama.

En cuanto a la legitimación activa, la solicitud fue inicialmente formulada por persona facultada para ello, ya que tal como resulta de la copia de la certificación de nacimiento de la niña, obrante al expediente, el reclamante es su padre y, al ser aquella menor de edad en el momento de la reclamación, le correspondía ejercitar su representación legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

No obstante, durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, x. ha alcanzado la mayoría de edad, por lo que debería habérsele otorgado un trámite de audiencia para que pudiera haber actuado por sí misma, o bien otorgado la representación

a su progenitor, como en otros supuestos similares ha sostenido el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 149/2002).

Sin embargo, las especificidades del supuesto sometido a consulta aconsejan no retrotraer las actuaciones para dar el indicado trámite, atendido el sentido estimatorio parcial de la propuesta de resolución y toda vez que ello redundaría en un nuevo retraso en la sustanciación de un procedimiento que ya ha excedido los cuatro años de duración y cuya fase de instrucción culminó con la inicial propuesta de resolución de fecha 20 de enero de 2008, antes de alcanzar la interesada la mayoría de edad, el 9 de marzo siguiente.

3. En respuesta a la advertencia efectuada en el Dictamen 25/2009 acerca de la necesaria audiencia del Ayuntamiento de Cartagena en el presente procedimiento, para posibilitar su participación en condición de Administración eventualmente co-responsable ante la posibilidad de que la Comunidad Autónoma dirigiera frente a él una acción de regreso, la Consejería consultante manifiesta que, en atención a las circunstancias del caso, no procede dicha acción, lo que hace innecesario el indicado trámite.

Despejadas ya las dudas acerca de la no preceptividad de la audiencia a la Corporación Local, cabe afirmar que el procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido en la normativa aplicable, con excepción del plazo máximo para su resolución, pues ya ha excedido en mucho el de 6 meses previsto por el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Puede afirmarse la conformidad de este Consejo con la propuesta de resolución que concluye las actuaciones practicadas, en la medida en que aprecia la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada, como consecuencia del accidente sufrido por la alumna.

En efecto, el sistema de responsabilidad patrimonial diseñado por los artículos 139 y siguientes LPAC, ha sido calificado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como de carácter objetivo y directo, pudiendo acudir para la determinación de tales notas a numerosas sentencias del Tribunal Supremo y de diversos Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas. Según estas resoluciones judiciales las normas reguladoras de la figura de la responsabilidad patrimonial sólo imponen para configurarla que se acredite: a) la efectiva realidad de un daño; b) que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa, e inmediata y de causa o efecto, sin intervención extraña que pueda influir alterando el nexo causal; c) que no se haya producido fuerza mayor, única hipótesis excepcionante de la responsabilidad de la Administración.

Respecto de este carácter objetivo y directo de la responsabilidad patrimonial ya ha tenido ocasión este Consejo Jurídico de pronunciarse en supuestos similares al presente, poniendo de manifiesto la evolución que el sistema ha ido siguiendo de modo que, actualmente, se puede afirmar que más que ante una responsabilidad objetiva absoluta, estamos frente a una responsabilidad fuertemente objetivada, y así lo ha considerado nuestro Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que podemos señalar la de 28 de octubre de 1998, en las que ha mantenido la tesis de la “causalidad adecuada”, afirmando que: *“El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como*

el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre si o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida de un cierto poder causal". El reconocimiento de esta "causa adecuada" obligará a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, porque el resultado se corresponde con la acción que lo originó, si es adecuado a ésta, si se encuentra en relación causal con ella y, por último, si sirve como fundamento del deber de indemnizar.

Para poder determinar tales extremos en el supuesto sometido a consulta han de tomarse en consideración dos circunstancias que concurren en la producción del daño: la rotura del inodoro y la presencia de la niña en el aseo donde sucede el accidente.

1. La rotura del inodoro.

No se discute en el expediente que las heridas de la hija del reclamante se producen como consecuencia de la rotura de un inodoro, a cuyas defectuosas condiciones de conservación y mantenimiento imputa el reclamante tales lesiones.

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, el Dictamen número 21/2002); y por órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas (así, Dictamen número 385/2001, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

De hecho en nuestro Dictamen de constante cita, el número 25/2009, ya anticipábamos al analizar la legitimación pasiva de la Administración regional que a la Consejería de Educación le correspondía el deber de vigilancia necesario para que las distintas instalaciones de los colegios estén en las debidas 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 (Ayuntamiento o Comunidad Autónoma), correspondía a la institución educativa promover el correcto mantenimiento de los inodoros, instando del Ayuntamiento su reparación o sustitución si así se consideraba necesario, evitando que perduraran unas condiciones de riesgo que se han desvelado especialmente peligrosas para la integridad física de los menores. Y ello aunque no se ha podido probar de forma indubitada que el estado de los anclajes del sanitario al suelo fuera defectuoso o inadecuado o presentaran una corrosión u oxidación tales que afectaran a su función de fijación, pues ni las manifestaciones del Notario ni del técnico municipal que revisan el inodoro roto son concluyentes a tales efectos, ni existe un examen técnico preciso acerca de dichas fijaciones.

A pesar de esa penuria probatoria -insalvable ahora al haber transcurrido casi 10 años desde que se produjeron los hechos por los que se reclama-, lo cierto es que la desproporción del resultado producido por la actuación de la menor, aun cuando ésta no diera al sanitario el uso ordinario para el que está concebido, lleva a este Consejo Jurídico a considerar parcialmente imputables las lesiones de la menor al funcionamiento del servicio público educativo. Y es que resulta evidente que la rotura del inodoro, de la que no se discute que se derivan las lesiones físicas y psíquicas de la menor, no es un suceso esperable en el contexto de su uso en locales de titularidad pública y, menos aún, por menores de edad cuyo reducido peso hace que las solicitaciones mecánicas de los elementos de fijación del sanitario al suelo

sean mucho menores. De donde cabe deducir que dicha sujeción no era la adecuada, bien porque fuera defectuosa o porque hubiera sufrido un desgaste o corrosión acelerada por las condiciones ambientales que se apuntan en el expediente.

Es decir, independientemente de las circunstancias que derivaron en el desanclaje y caída del sanitario, dicho suceso por sí mismo, que la Administración pretende explicar por el sólo hecho de encaramarse una niña al mismo en el transcurso de un juego, pone de manifiesto una inadecuada fijación del inodoro al suelo. En este sentido resulta revelador que, ante la pregunta de la instructora relativa a *“si es cabal y se puede afirmar que una taza de inodoro correctamente anclada no debe ceder y romperse contra el suelo, incluso ante acciones inapropiadas de menores de 10 años, como las de subirse de pie encima de la misma, debiendo soportar tales actos sin consecuencias extremas”*, señala la Unidad Técnica de Centros que *“los anclajes que aportan los elementos sanitarios de fábrica son los necesarios para su correcta sujeción, estando diseñados para soportar las sollicitaciones mecánicas que el uso de este elemento determine”*. La indicada Unidad parece contestar afirmativamente a la cuestión planteada, y describe lo que cabe considerar como estándar de calidad medio u ordinario exigible a los inodoros, los cuales deberían soportar, si están debidamente anclados, los diversos usos que les dan los niños, considerando además que, instalados aquéllos en un centro docente, no cabe esperar que su uso sea siempre y en todo momento el ordinario o habitual, debiendo prever situaciones como la que ha dado lugar a los daños por los que se reclama.

Por ello, y aunque no se conoce el detalle exacto de qué circunstancia fue la que pudo determinar el desprendimiento del inodoro y su caída, lo cierto es que la garantía de su adecuación al uso al que se destinaba (que debe prever unos diferentes a los ordinarios en atención a las características de sus usuarios) caía dentro del ámbito de actuación de la Administración regional, a la que cabe imputar en parte el daño sufrido, declarando la existencia de nexo causal entre el funcionamiento por omisión del servicio público educativo y los daños padecidos por la menor.

2. La presencia no autorizada de la niña en el aseo.

Tanto la Intervención General como la propuesta de resolución, tras aceptar el reparo de aquélla, consideran que la actuación de la niña incide en el nexo causal, de forma que, sin llegar a romperlo, determina la apreciación de una concausa en la producción del daño, que determina una minoración de la indemnización en un 50%.

Queda acreditado en el expediente que, en el momento de producirse el siniestro, durante el recreo de comedor, la menor estaba encaramada en pie sobre el sanitario, jugando con otras compañeras lejos del control de las personas encargadas de su custodia. Asimismo, no se discute que no estaba autorizada para permanecer en los aseos donde se produce el accidente, pues durante el recreo de comedor los alumnos no pueden hacer uso de aquéllos. De hecho, según el testimonio de las compañeras de juego de la lesionada, que recoge en su informe el Director del centro, *“habían burlado la vigilancia de las monitoras para subir, ya que sabían que a esas horas no está permitida la presencia de alumnos en ese lugar”*.

De esta manifestación cabe deducir dos circunstancias relevantes: las niñas conocen la prohibición de subir a los aseos de la primera planta durante las horas de comedor y tienen la suficiente madurez intelectual como para comprender el alcance de dicha regla, como demuestra el hecho de que, para infringirla, burlan intencionadamente la vigilancia de las monitoras.

Dicha actuación influye en el vínculo causal en la medida en que el daño no se habría producido de no haber escapado a la vigilancia y de haber cumplido con las reglas internas del centro, pues, en tal caso, no habría podido estar jugando sobre el inodoro, sin ningún tipo de control, con las limitaciones que éste habría impuesto al imprudente comportamiento de las niñas en los servicios. Cabe recordar, al respecto, que el Tribunal Supremo, entre los factores que pueden determinar una ruptura del nexo causal, admite la conducta de la propia víctima. Precisamente, esa intervención del dañado en la producción del siniestro ha llevado al Alto Tribunal (sentencia de la Sala 3ª, de 3 de diciembre de 2001) a declarar la inexistencia de responsabilidad patrimonial en un accidente ocurrido durante un viaje de estudios, en el que el daño se produce por la impericia de la propia víctima.

Del mismo modo, este Consejo Jurídico ha considerado que no puede nacer responsabilidad patrimonial para la Administración cuando el hecho dañoso se debe a la actitud imprudente de la propia víctima, y como tal puede calificarse su comportamiento en el aseo, con infracción de las normas de régimen interior del centro docente (Dictámenes 63/03 y 127/05, entre otros).

No obstante, la intervención de la víctima en la generación del daño, en el supuesto sometido a consulta, no cabe entender que sea de una intensidad tal que tenga virtualidad suficiente para romper el nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, pues si con su actuación infractora de las reglas establecidas en el centro la niña facilitó el desencadenamiento del mecanismo de producción del daño, colocándose en una situación de riesgo al jugar en los aseos lejos de la vigilancia del personal encargado de tal labor, las lesiones padecidas no dejan de tener su causa en unas instalaciones defectuosas, que, en atención a las peculiares características de sus usuarios, han de prever solicitudes mecánicas diferentes a las propias de su uso habitual.

En cualquier caso, en atención al principio de proporcionalidad entre la conducta que desarrollaba la víctima y el resultado lesivo, se llega a la conclusión de que la conducta de aquélla en este supuesto no fue de suficiente intensidad como para generar una ruptura del nexo causal y evitar la responsabilidad de la Administración regional. Ello no obsta para que la referida conducta de la víctima pueda incidir en la minoración de la indemnización reclamada (Consejo de Estado, Dictamen 3825/1997), que en este caso, a juicio del Consejo Jurídico, procede reconocer.

En este sentido, las circunstancias que anteriormente se han señalado como razonables concausas en la producción de los daños por los que se reclama, obligan a moderar el importe de la indemnización en la proporción equivalente a su incidencia en la producción de aquéllos. Es cierto que, como afirma la Intervención General, cuando no se puede determinar de otro modo la relevancia de las causas imputables a cada uno de los agentes en la producción del daño este Consejo Jurídico viene asignando a cada una de ellas la misma influencia (en este sentido, Dictámenes 23 y 57/03, 8/07 y 19/07, entre otros), traducándose ello en una minoración del 50% del importe de la indemnización que en otro caso hubiera de reconocerse.

Sin embargo, en el supuesto sometido a consulta no cabe poner en términos de igualdad, en cuanto a la relevancia en la generación de las lesiones, la intervención de ambos agentes, pues aun calificando el comportamiento de la niña como imprudente y situando en él el inicio de la sucesión de acontecimientos que derivan en las lesiones de la alumna, la causa principal del daño se encuentra en lo inesperado del desanclaje del inodoro y subsiguiente rotura, suceso éste que en absoluto podía prever la niña y sí la Administración. Por ello, no

es comparable la incidencia de una y otra en la rotura del sanitario, como tampoco lo es la diligencia exigible a cada una de ellas en la observancia de las normas y en el cumplimiento de las respectivas obligaciones.

Se considera más adecuado, pues, atribuir a la Administración una relevancia del 70% en la producción del daño y el 30% restante a la menor.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

1. Son criterios que el Consejo Jurídico viene aplicando con carácter general para el cálculo de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

— 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 parte 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 (año 2000), 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).

2. Aplicando estos criterios al supuesto sometido a consulta, resultan los siguientes conceptos indemnizables y cuantías:

a) Secuelas.

Para el reclamante, su hija presenta tres tipos de secuela. Dos de ellas, la lumbalgia y el perjuicio estético, quedan suficientemente acreditadas en el informe de valoración del daño corporal que acompaña a la reclamación y no han sido discutidas en ningún momento por la instrucción. La valoración en puntos de ambas secuelas que efectúa el indicado informe es, asimismo, ponderada y tampoco ha sido objeto de discusión, por lo que puede ser aceptada.

Respecto de la tercera, el estrés postraumático, si bien inicialmente el órgano instructor rechazó su estimación y cómputo a efectos de la indemnización, atendida la ausencia de prueba en el expediente que acreditara la realidad de tal patología, lo cierto es que, con posterioridad (septiembre de 2007), se aportó informe clínico de la Unidad de Salud Mental de Cartagena que, tras describir el cuadro sintomático de la niña, cuyo inicio ella relaciona

con un período de fuerte estrés tras el accidente sufrido en el Colegio, la diagnóstica de “*trastorno de pánico con agorafobia*”, manifestando que su evolución clínica es desfavorable, con aumento de las conductas de evitación, mayor inseguridad y afectación en el estado de ánimo de la menor. Asimismo, un informe psicológico, fechado el 1 de junio de 2006 y aportado por el reclamante en trámite de audiencia, diagnóstica a la niña de trastorno de estrés postraumático agudo, depresión leve y agorafobia.

Considera el Consejo Jurídico, en consecuencia, que las secuelas alegadas han sido debidamente acreditadas.

En cuanto a su valoración, el informe en que se basa la cuantificación de la indemnización efectuada por el reclamante asigna 3 puntos a la lumbalgia y 3 al perjuicio estético, puntuaciones ambas correspondientes a los intervalos mínimos correspondientes a cada secuela, según el sistema de valoración de daños sufridos por las personas en accidentes de circulación, establecido por la legislación de seguros y al que el interesado acude de forma expresa. En cuanto a los 5 puntos asignados al estrés postraumático, aunque se carece de una valoración médico legal efectuada por técnico competente, lo cierto es que hemos considerado acreditada la secuela, contemplada en el baremo de referencia como “*neurosis postraumática*”, a la que se atribuye un intervalo comprendido entre los 5 y los 15 puntos. Comoquiera que la valoración de la secuela efectuada por el reclamante se ajusta al valor mínimo, nada cabe objetar.

En consecuencia, la cuantía de la indemnización en concepto de secuelas asciende a 7.780,84 euros, resultantes de multiplicar los 11 puntos de secuela (3+3+5) por 707,349176 euros, correspondiente al valor del punto establecido, atendida la puntuación total y la edad de la víctima, por Resolución de 2 de marzo de 2000, de la Dirección General de Seguros, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el año 2000 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

b) Días de incapacidad.

La doctrina del Consejo Jurídico en cuanto a la valoración de los días de incapacidad temporal de escolares menores de edad ha sido expuesta a lo largo del expediente en diversas ocasiones y se recoge en la propuesta de resolución y en el informe de la Intervención General, por lo que no parece necesario reproducirla aquí, bastando con efectuar una remisión a lo indicado en nuestros Dictámenes 134/2004 y 187/2005, entre otros.

En aplicación de dicha doctrina, cabe hacer las siguientes consideraciones relativas al supuesto sometido a consulta:

— Dadas las dificultades que a efectos de prueba derivan de lo remotos en el tiempo que son los hechos por los que se reclama, cabe admitir que la niña faltó a clase un mes, tras sufrir el accidente, como afirma el reclamante. A tal conclusión se llega una vez descartada la posibilidad de acreditar documentalmente la falta de asistencia a las aulas con los correspondientes partes del centro, dado que éstos ya no se conservan, tal como refleja el expediente; sin embargo, el informe médico de valoración del daño corporal afirma que durante los primeros 30 días tras el percance, las lesiones sufridas impedían a la menor realizar con normalidad las actividades de la vida diaria, entre las que se encontraba la asistencia al Colegio. Por otra parte, la localización de las heridas (en glúteos y zona posterior

de los muslos) y su entidad, hacen muy verosímil que la niña no pudiera acudir a clase con normalidad, hasta su cicatrización.

En consecuencia, y de conformidad con la doctrina de este Consejo Jurídico, cabe considerar los 30 días de inasistencia al Colegio como impeditivos al efecto de aplicar el baremo de referencia, siendo así que la cuantía indemnizatoria por este concepto asciende a 1.205,87 euros, resultante de considerar un valor diario de 40,195689 euros.

Respecto a los llamados días no impeditivos, durante los cuales la niña sí asistió al centro escolar, no se ha justificado en el expediente la aplicación de este concepto a la menor, pues el reclamante no aporta ningún dato que permita conocer cuáles fueron las limitaciones que tuvo la niña durante dicha etapa (34 días) en su vida escolar o diaria, cuando es el propio informe de valoración médico legal unido al procedimiento por el reclamante el que expresamente refiere tales dificultades al período ya valorado como impeditivo. El resto del período invertido en alcanzar la sanidad total lo califica como no impeditivo con el único fundamento de la estabilización del proceso.

No pueden, asimismo, tenerse por ciertas las manifestaciones efectuadas por el reclamante el 14 de junio de 2006 acerca de la afectación al rendimiento escolar de la niña, no sólo porque quedan huérfanas de prueba (la alegada pérdida del curso y consecuente repetición podría fácilmente acreditarse mediante la oportuna prueba documental, consistente en la aportación del expediente académico de la menor), sino también porque el informe de la Dirección del Centro deja constancia de que el tutor de la alumna la visitó en su domicilio *“para encomendarle tareas a fin de que no perdiera escolaridad”*.

En consecuencia, por concepto de incapacidad temporal, únicamente procede reconocer una indemnización por los días de inasistencia a clase, que cabe calificar como días impeditivos a efectos de aplicar el baremo de referencia.

c) Gastos de peritación.

El Dictamen 133/2007 de este Consejo Jurídico aborda la cuestión del carácter indemnizable o no de los gastos de peritación que, en el supuesto ahora sometido a consulta, se plantea con ocasión de determinar si ha de indemnizarse el gasto habido por el reclamante para obtener el informe médico legal de valoración del daño corporal sufrido por su hija.

El Consejo de Estado sostiene, con carácter general, que los gastos de peritación no son indemnizables ya que no tienen el carácter de gastos preceptivos y se desembolsan por el reclamante en su propio y exclusivo beneficio (por todos, Dictamen 3595/1998); no obstante, esta regla general admite excepciones, como advertíamos en el Dictamen antes citado, al señalar que cuando las actuaciones periciales se tornan en prueba esencial para valorar los perjuicios, sí procede su reintegro, de conformidad con una línea jurisprudencial (por todas, SSTS, Sala 3ª, de 20 de enero y 3 de febrero de 2001) que sostiene que los gastos habidos en la vía administrativa previa, si son probados, habría derecho a su reintegro.

En el supuesto sometido a consulta, la valoración pericial del daño se torna también en prueba esencial para la determinación de su alcance, no sólo porque las estimaciones acerca de la existencia y entidad de las secuelas y de los días de incapacidad realizadas en este Dictamen se han fundamentado principalmente en tal documento, sino también porque es el único informe pericial valorativo que existe en el expediente.

Estima, en suma, el Consejo Jurídico que, en el presente supuesto y en atención a las consideraciones expuestas, procede incorporar al *quantum* indemnizatorio la cantidad de

181,90 euros en concepto de gastos de peritación, cuya realidad ha quedado acreditada en el expediente mediante copia de factura.

Así pues, el monto total de la indemnización por todos los conceptos es de 9.168,61 euros, cuantía sobre la que ha de aplicarse el porcentaje de minoración (30%) correspondiente a la intervención de la pequeña en la producción del daño, conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen, para arrojar una indemnización de 6.418,02 euros, que habrá de actualizarse conforme a lo establecido 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 sometida a consulta, en la medida en que estima la existencia de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, así como la existencia de una concausa en la producción del daño, consistente en la intervención de la propia lesionada.

SEGUNDA.- Se dictamina desfavorablemente la cuantía de la indemnización propuesta, cuya determinación debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 223/09.- Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad y Consumo (2008)

Fecha: 28/12/09

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

DICTAMEN 224/09.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión de cuatro becas de formación a titulados superiores en prácticas, con omisión del trámite de fiscalización previa.**Consultante: Consejero de Universidades, Empresa e Investigación (2008)****Fecha: 28/12/09****Extracto de Doctrina**

No concurren en la consulta examinada circunstancias suficientemente justificativas de la urgencia, en cuanto que la conveniencia de ejecutar los créditos presupuestarios dentro del año es un principio general aplicable a todos los expedientes que comporten gasto, y remover el obstáculo de la ausencia de fiscalización era una actuación que correspondía realizar a la Consejería desde el momento en que debía comenzar a abonar a los beneficiarios las prestaciones a que tienen derecho, para así cumplir las bases, en concreto, la Base 9, según la cual el pago se realizará de modo fraccionado por periodos mensuales vencidos. La inacción en este aspecto, además de ser incongruente con la motivación de la urgencia, ha generado un perjuicio a los interesados. Es en atención a éstos por lo que se emite el presente Dictamen con la urgencia solicitada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante una Orden de 27 de abril de 2009 (BORM de 9 de mayo, nº 105) el Consejero de Universidades, Empresa e Investigación convocó cuatro becas de formación a titulados en Estudios Superiores de Diseño Gráfico, Diseño de Producto, Licenciados en Informática y Licenciados en Publicidad y Relaciones Públicas, para la realización de prácticas en los Centros de Artesanía de la Región de Murcia. Según la Base 2, la cuantía a percibir por el adjudicatario de la beca será de novecientos euros (900 €) brutos mensuales. Del importe total de las cuatro becas, que asciende a 39.600,00 euros, se imputará 25.200,00 euros con cargo a la partida presupuestaria 16.04.00.724B.48350, "Becas de Formación", de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia del año 2009; para el gasto generado en el ejercicio 2010, se cargarán en la misma partida consignada en el presupuesto de gasto aprobado para dicho ejercicio, 14.400,00 euros. Según la Base 9, dada la naturaleza de las becas, el pago se realizará de modo fraccionado por periodos mensuales vencidos, previa justificación, mediante informe con el mismo carácter, del Jefe de Servicio de Artesanía que acredite el cumplimiento por parte del becario de la actividad que fundamenta la concesión de la beca.

SEGUNDO.- Según informe del Servicio Jurídico de la Consejería (16 de diciembre de 2009) la concesión de la beca a los seleccionados fue aprobada por orden de 19 de junio de 2009, comenzando a desempeñar sus tareas los beneficiarios el 22 de junio siguiente. Esta orden fue aprobada sin la preceptiva fiscalización previa, y en ella se disponía el gasto para el ejercicio 2009, previéndose que, para el ejercicio 2010, se abonaría, con cargo a igual partida presupuestaria que en el 2009, el importe restante de 14.400 euros. Según informa la Interventora Delegada (4 de diciembre de 2009), constan los documentos contables plurianuales A y D.

TERCERO.- Según indica también la Interventora Delegada en el informe reseñado, emitido a los efectos del 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 (RCIM), a la falta de fiscalización previa se une otra irregularidad, que es la discordancia en el expediente sobre la fecha en la que comienza la prestación de los beneficiarios, la cual, según el Jefe de Servicio de Artesanía es el 22 de junio, mientras que la notificación de la concesión a los beneficiarios se practicó el 3 de julio de 2009 para 3 de ellos, y el 7 de igual mes y año para el otro, debiendo tenerse en cuenta también que, según la Base 5.7, las propuestas de resolución provisional y definitiva no crean derecho alguno a favor del beneficiario propuesto frente a la Administración, mientras no se haya expuesto la resolución de la concesión.

CUARTO.- La propuesta de reconocimiento de la obligación y pago para cada uno de los becarios se emitió el 31 de octubre de 2009, comprendiendo la liquidación por la actividad realizada desde el 22 de junio.

QUINTO.- El 14 de septiembre de 2009 emite informe el Jefe de Servicio de Artesanía (sin el visto bueno del Director General), indicando que la orden de concesión se notificó por el órgano instructor entendiendo que había sido fiscalizada, y que los becarios se incorporaron el 22 de junio; también dice que la propuesta de pago correspondiente a los devengos producidos entre el citado día 22 y el 30 de junio se comenzó a tramitar, deteniéndose a instancias de la Secretaría General de la Consejería, dado que no se había producido la fiscalización del gasto.

SEXTO.- Emitido por la Intervención General el informe reseñado, en el que no considera conveniente la revisión de los actos, el Consejero formuló, sin fecha, una propuesta que pretende elevar al Consejo de Gobierno para que autorice a la Consejería a reconocer las obligaciones generadas, o que se generen, para los ejercicios 2009 y 2010, derivadas de las citadas becas.

Tras ello, se formalizó la consulta a este Consejo Jurídico, mediante escrito que tuvo entrada el día 17 de diciembre de 2009, en el que se solicita la emisión del preceptivo Dictamen con urgencia.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Según lo establecido en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico (LCJ), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre una propuesta que se proyecta elevar al Consejo de Gobierno sobre el reconocimiento de una obligación económica contraída por la Administración regional, que no fue sometida a la previa y preceptiva fiscalización del Órgano Interventor.

Se solicita la emisión del Dictamen con carácter urgente, haciendo derivar dicha urgencia del cierre del ejercicio presupuestario y de que “se hace preciso remover cuanto antes el obstáculo” que la omisión de fiscalización supone. Procede traer a colación lo expresado por este Consejo Jurídico en anteriores dictámenes, indicando que la invocación de la urgencia debe venir acompañada de la justificación correspondiente (Dictamen 154/2007); que la previsión de urgencia debe considerarse como una medida de carácter excepcional

para aquellos supuestos que así lo reclamen, de ahí que, en ocasiones, aunque la consulta no haga constar expresamente la solicitud, se entiende implícita en las circunstancias que rodean el expediente (Dictamen 144/2007), pero lo habitual es que la incidencia se plantee a instancias de la autoridad consultante. Se insiste en que debe justificarse la urgencia de una manera convincente, y no sólo mediante argumentos teóricos y abstractos que, en ocasiones, quedan desmentidos por la propia percepción de la realidad, cuando no por los propios órganos intervinientes en la tramitación (Dictamen 188/2006).

No concurren en la consulta examinada circunstancias suficientemente justificativas de la urgencia, en cuanto que la conveniencia de ejecutar los créditos presupuestarios dentro del año es un principio general aplicable a todos los expedientes que comporten gasto, y remover el obstáculo de la ausencia de fiscalización era una actuación que correspondía realizar a la Consejería desde el momento en que debía comenzar a abonar a los beneficiarios las prestaciones a que tienen derecho, para así cumplir las bases, en concreto, la Base 9, según la cual el pago se realizará de modo fraccionado por periodos mensuales vencidos. La inacción en este aspecto, además de ser incongruente con la motivación de la urgencia, ha generado un perjuicio a los interesados. Es en atención a éstos por lo que se emite el presente Dictamen con la urgencia solicitada.

SEGUNDA.- Sobre el incidente de omisión de fiscalización previsto en el artículo 33 RCIM.

I. La instrucción del procedimiento puede considerarse suficiente, aunque haciendo un esfuerzo de comprensión de lo actuado, ya que la memoria a que se refiere el artículo 33 RCIM, en lugar de emitirse tras el informe del Interventor, se ha emitido antes, y deja, por tanto, sin aclarar la fecha que ha de considerarse de inicio de la prestación ante las contradicciones puestas de manifiesto por el informe de la Intervención (Antecedente Tercero).

II. La Intervención ha establecido en su informe los parámetros fundamentales a tener en cuenta para que el Consejo de Gobierno pueda adoptar la resolución precedente. Así, ha constatado que los beneficiarios han cumplido las obligaciones y cargas dimanantes del derecho concedido y, a la vista de ello y de las infracciones cometidas, considera inadecuada la revisión de los actos.

Afirma asimismo la Interventora Delegada que ha quedado probada en el expediente la existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente al gasto. Por su parte, la Dirección General gestora ha reconocido la omisión de la fiscalización, que imputa a un desconocimiento del órgano instructor sobre el estado de la tramitación del procedimiento.

La contradicción entre lo dispuesto en las Bases, la fecha de notificación de la resolución definitiva y el informe del Jefe de Servicio indicando que el día de comienzo de la prestación de los beneficiarios es el día 22 de junio ha de resolverse a favor de este último criterio, ya que, si bien conforme a la Base 7.1 no es posible que los beneficiarios comiencen su prestación antes de que les fuese notificada la orden de concesión, también es cierto que, una vez constatada la fecha de comienzo de aquélla, ha de darse por notificada implícitamente dicha resolución en tal momento.

No obstante, es deseable que se extreme el rigor a la hora de redactar las bases reguladoras de las subvenciones y que se cuide el rigor en la instrucción de los procedimientos, evitando que puedan surgir omisiones y contradicciones como las manifestadas en el expediente remitido.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- El Consejo de Gobierno puede autorizar al Consejero de Universidades, Empresa e Investigación a reconocer las obligaciones correspondientes a las anualidades de 2009 y 2010, derivadas de los actos objeto de consulta cuya fiscalización fue omitida.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 225/09.- Responsabilidad Patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad, por obras en carretera comarcal.

Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

Fecha: 28/12/09

Extracto de Doctrina

Ante la existencia de diversos informes periciales de contenido contradictorio resulta conveniente acudir a la consolidada doctrina del Tribunal Supremo en relación con esta cuestión. Afirma el Alto Tribunal que “ante la concurrencia de informes periciales, procede un análisis crítico conjunto de los mismos, debiendo el órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en los informes de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debiéndose entender la fuerza probatoria de los dictámenes e informes en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada, debiendo tenerse como primer criterio orientador en la determinación de su fuerza de convicción, el de conceder prevalencia, en principio, a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional, sin olvidar la utilización conjunta o subsidiaria de otros criterios auxiliares, como la mayor credibilidad de los técnicos más alejados de los intereses de parte ...”(sentencias del TS de 11 de mayo de 1981 y 6 de marzo de 2000). Añadiendo, en sentencia de 17 de julio de 2000, que “... ya que los dictámenes formulados por encargo de la propiedad o de los arrendatarios, adolecen de un subjetivismo sumamente interesado en la defensa de sus propias pretensiones, lo que los hace no susceptibles de una valoración de prueba que presupone por naturaleza para que sea estimable, la objetividad e imparcialidad de quien emite el dictamen”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el 14 de julio de 2008, x. solicita indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por los daños sufridos en una vivienda de su propiedad sita en la Carretera de Murcia (antigua carretera comarcal 415),

“—“, del término municipal de Mula (Murcia). Según la reclamante *“desde la construcción de aceras y renovación del pavimento de dicha carretera se están produciendo inundaciones en el interior de mi casa, cada vez que se producen lluvias, debido a la elevación del nivel de dicha carretera, por la entrada masiva de agua a mi propiedad a través de la puerta principal de acceso a mi vivienda. Por ello la vivienda se está viendo gravemente afectada debido a la humedad acumulada tanto en el interior como en el exterior a causa de estas lluvias”*.

Adjunta fotos de los daños que describe e informe del arquitecto x., de fecha 18 de junio de 2008, en el que se señala lo siguiente:

“— X. es propietaria de una finca con una casa en Mula, situada a orillas de la carretera de Murcia, con número de identificación postal x. y próxima a la intersección con la circunvalación.

— Con motivo de las obras de remodelación y mejora del acerado llevadas a cabo hace unos años en el mencionado tramo de carretera que une el núcleo urbano con la circunvalación se crearon unas aceras encintadas y se recreció la calzada. Como consecuencia la rasante de la casa quedó a nivel inferior que la de la carretera.

— Las lluvias torrenciales habidas el pasado día 10 de Junio, la insuficiencia del drenaje de la calzada del citado tramo de carretera que discurre sensiblemente horizontal y la diferencia de niveles mencionada se conjugaron para provocar la irrupción de las aguas en la casa en el punto donde se interrumpe la acera frente una antigua puerta cochera hace tiempo en desuso, con el consiguiente deterioro de suelos, paredes y enseres.

— La acequia que discurre paralela a la carretera, entre la nueva acera y la linde de la finca, al parecer también en desuso, se encuentra llena de cascotes y derrubios (sic) procedentes de las obras de la mencionada vía pública, lo que dificulta (por no decir impide) la evacuación de las aguas pluviales que en ella confluyen

Conforme a lo informado, se estima:

1.- Debe cursarse noticia y queja a la Administración para que, en previsión de otros fenómenos meteorológicos semejantes, proceda a solucionar el problema latente, ya sea mediante la rectificación de la rasante de la carretera, la modificación del encintado de la acera o cualquier otra intervención que impida que las aguas pluviales procedentes de la carretera vuelvan a penetrar en la finca.

2.- Procede valorar los daños causados y solicitar la correspondiente indemnización”.

Finaliza solicitando indemnización de los daños que no cuantifica.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 18 de septiembre de 2008, el instructor requiere a la reclamante el envío de determinada documentación, entre la que figura la acreditativa de la propiedad de la vivienda en la que afirma que se originaron los daños; fecha en que los daños efectivamente se produjeron; informe de valoración de los daños y declaración de no haber percibido, por los mismos hechos, indemnización alguna. Asimismo se le insta para que acredite, mediante los medios de prueba que considere pertinentes, la realidad de los hechos que se contienen en su escrito de reclamación.

El requerimiento es cumplimentado por la interesada mediante escrito fechado el día 30 de septiembre de 2008, al que se une la documentación solicitada entre la que figura

presupuesto de las obras a realizar en la vivienda en la que se han producido los daños, según el siguiente detalle:

“A continuación, le pasamos Oferta - Presupuesto para la reforma solicitada por usted en una vivienda de su propiedad, situada en Crta. De Murcia-Mula. El trabajo que se realizará será el siguiente:

- *En el tejado quitar ocho palos y poner nueve vigas P.14 de 4.60 m.*
- *Poner bardos y la teja que sea necesaria. Repasar todo el tejado.*
- *En la parte delantera, cambiar otros tres palos por vigas, también P.14 de 4,60 m.*
- *Echar hormigón en la parte de la cochera donde se embalsa el agua y en el lateral de la vivienda.*
- *Poner ladrillo entre los dos postes para que no entre agua desde la carretera.*
- *Destapar y volver a tapar las grietas de la fachada de la vivienda.*
- *Retirada de escombros a vertedero”.*

También se acompaña acta notarial en la que se hace constar la siguiente diligencia:

“Siendo las doce horas y treinta minutos del mismo día del requerimiento (29 de septiembre de 2008), me constituyo, yo el Notario, en el lugar designado en el mismo (“—“, de Mula) al objeto de realizar los extremos en el consignados.

Se toman en mi presencia diversas instantáneas que evidencian la realidad por mí observada, habiéndose tomado las instantáneas de la UNO a la TRES, en la entrada de la vivienda. Se observa especialmente, que en la fotografía número DOS, se encuentra construido un pequeño muro de contención en la puerta de entrada a la finca. Las fotografías que se enumeran de la CUATRO a la NUEVE, ambas inclusive. La instantánea número DIEZ, se realiza en el salón de la vivienda. Y las instantáneas números ONCE Y DOCE se realizaron en el baño de la citada casa. En todas ellas se muestran grietas y manchas de humedad.

De dichas instantáneas, un total de DOCE, se me hace entrega de un ejemplar duplicado, uno para incorporarlo a la presente matriz, y el otro, debidamente testimoniado a la copia que de la presente se libre”.

Se unen al acta notarial las fotografías que en ella se mencionan.

TERCERO.- También en fecha 18 de septiembre de 2008 el instructor solicita el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras. El Subdirector de dicho Centro Directivo contesta el día 30 de septiembre de 2008 indicando que el tramo de la carretera C-415 junto al cual se encuentra ubicada la casa propiedad de x., objeto de este informe, no pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Asimismo señala que con fecha 22 de julio de 2008 ya se emitió informe en relación con estos hechos, que fueron objeto de queja por parte de x. Adjunta copia de dicho informe en el que se hace constar lo siguiente:

“Queja formulada por x. sobre la calidad de la ejecución de obras efectuadas en su día en el firme de la carretera C-415a y, reclamación por los daños producidos por el agua de lluvia a una vivienda de su propiedad debido a estas obras.

El tramo de la carretera C-415 junto al cual se encuentra ubicada la casa propiedad de x., fue cedido al Ayuntamiento de Mula una vez terminadas las obras, de acuerdo a la información que obra en mi poder.

No obstante lo anterior se encarga al Sr. Jefe de Equipo de Conservación del Sector Alcantarilla se desplace a este punto de la carretera, inspeccione el mismo, tome fotografías y emita el correspondiente informe.

Efectuada la visita del Sr. Jefe de Equipo al lugar indicado en el escrito, después de efectuar varios intentos infructuosos de contactar telefónicamente con x. al teléfono que figura en la documentación aportada, inspecciona el lugar y toma fotografías del mismo. Los detalles fotografiados son:

La acequia situada entre la parcela donde se encuentra ubicada la vivienda que se denuncia su daño por agua y la carretera.

El tramo de la carretera C-415a donde se hicieron las obras referidas. El paso salvacunetas en el acceso a la vivienda.

La balsa construida en la parte posterior de la vivienda y su ubicación respecto a la casa, tomando las características del terreno que rodea a ambas, así como la cota de entrada a la vivienda y cota de la misma respecto a la carretera.

Detalle constructivo de las aceras, con sus entradas a viviendas y a calles que acceden a la carretera. Detalle de la acequia-cuneta, sin revestir y estado de conservación de la misma.

A la vista de estas fotografías del estado actual de la vivienda respecto de la carretera y del resto de construcciones y estado del terreno junto a la casa y del informe verbal del Sr. Jefe de Equipo se deduce claramente que las obras efectuadas en la carretera no son la causa de los daños que se le imputan de acuerdo a lo que se expone a continuación:

Primero.- La acequia que no está revestida o impermeabilizada, podría en todos los años que está funcionando o que ha estado funcionando haber producido los daños por humedad que se reclaman ahora a la Administración Autonómica. Igualmente la balsa situada en la parte posterior de la vivienda podría tener filtraciones que afectarían a la misma. La colocación de los ladrillos o cierre de acceso a las aguas de la carretera efectuada por x., podría haber actuado de manera perjudicial, en contra del efecto buscado, por producir el embalsamiento de las aguas de lluvia que recoge la cubierta de la casa y que vierten sobre el pasillo que se observa en las fotografías aportada por x., así como aquellas otras que caen directamente sobre el mismo o que no tienen adecuado drenaje.

Segundo.- Las lluvias que han caído en la zona desde la terminación de las obras hasta ahora, no se pueden considerar por su frecuencia, intensidad y duración, así como por la propia existencia de las aceras que reparten esta agua por los distintos huecos o accesos a propiedades y caminos o viales que acceden a la carretera C-415, capaces de producir los daños reflejados en las fotografías aportadas por x., y menos las de un solo día, el 10 de junio de 2.008. En este apartado se hace notar que la acequia a la que se refiere en su escrito x., se encuentra ubicada entre la carretera y su parcela y recogería y recoge las aguas de la carretera se encuentre la rasante de ésta 5 cm. más alta o 5 cms. o más baja, es decir, esta pequeña diferencia no será la responsable de un mayor o menor vertido de la escorrentía hacia el interior de la casa. Igualmente las aceras, como se ha dicho, compartimentan el agua que cae en la carretera y la dirigen hacia distintos desagües, siempre la acequia por medio impidiendo su entrada a las parcelas colindantes.

Tercero.- Si esta situación de entrada de agua a la parcela de x. se vinieran produciendo o tuviera lugar desde hace tiempo, desde las obras de rehabilitación del firme y

construcción de aceras en este tramo de carretera, parece que lo procedente sería haberlo puesto en conocimiento de la Administración, en concreto, a esta Dirección General de Transportes y Carreteras, para que una vez tenido conocimiento del hecho fuera posible tomar las medidas oportunas”.

Al informe se unen fotografías y acta fechada el 26 de enero de 2006, en la que se recoge la transferencia desde la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes al Ayuntamiento de Mula, de un tramo de la travesía de la carretera regional C-415ª de Mula, comprendido entre el Km. 25,800 y el 27,700

CUARTO.- Mediante escrito de 10 de noviembre de 2008 se otorgó el preceptivo trámite de audiencia a la interesada, sin que hiciese uso de él al no comparecer ni presentar alegación alguna.

QUINTO.- El 2 de julio de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la que el instructor afirma no haber quedado probada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

SEXTO.- Con fecha 10 de julio de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad o cualquier otro derecho de goce en cosa ajena, dado que éste será quien sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En el supuesto sometido a consulta, la reclamante afirma haber sufrido daños en una vivienda de su propiedad, lo que pretende acreditar con copia de la escritura de constitución de hipoteca, en la que se hace constar que x. es propietaria de una finca en cuyo perímetro se encuentra la casa llamada “—“, que linda: Norte, carretera de Alcantarilla; Este y Sur, tierras de x, y. Oeste otras de la Mercantil “--“, S.L.”. El instructor considera que esta escritura constituye elemento suficiente para acreditar la propiedad de la finca. Disiente, sin embargo, este Consejo Jurídico de dicha conclusión, pues la descripción de la finca hipotecada no coincide, a simple vista, con la de la vivienda en la que se alega haber sufrido los daños. En consecuencia, en el supuesto de que se declarase por la Administración la existencia de responsabilidad patrimonial, tendría que requerir nuevamente a la interesada para que acredite la titularidad de la finca dañada con certificaciones catastrales, notas informativas del Registro de la Propiedad o documento similar que permitiera apreciar indubitadamente la legitimación con la que dice actuar.

Aunque en la fecha de presentación de la reclamación el tramo de carretera C-415ª con el que linda la vivienda de la reclamante había sido transferido al Ayuntamiento de Mula, resulta probado en el expediente que las obras a las que se imputan los daños fueron ejecutadas por la Administración Regional que, en aquellos momentos, era la titular de dicha carretera. Por otro lado, aunque en ningún momento se especifica en el expediente, es de suponer que la ejecución de dichas obras se llevase a cabo por una empresa privada a la que, en su momento, se adjudicara el correspondiente contrato administrativo, lo que podría motivar la entrada en juego del artículo 97.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en el momento de ejecutarse las obras, según el cual *“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”*. En el párrafo segundo de este mismo precepto se establece que la responsabilidad será de la Administración cuando los perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden suya o de vicios del proyecto, de donde se puede inferir que la Administración responderá cuando los daños sean achacables a su propia actividad técnica aunque la misma se haya ejecutado por un tercero, siempre y cuando, claro está, éste lo haya hecho respetando las instrucciones y órdenes de aquélla. En el supuesto objeto de este Dictamen la Administración no ha alegado en ningún momento que las obras no se hubiesen realizado de conformidad con el proyecto, por lo que ninguna responsabilidad puede achacarse a la empresa que ejecutó el contrato. No se plantea, pues, ninguna duda sobre la legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, 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.

Finalmente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que, a pesar de que las obras se ejecutaron en el año 2005, su efecto lesivo en relación con la reclamante no se habría manifestado hasta el día 10 de junio de 2008, fecha en la que, según se indica en el informe pericial emitido por el arquitecto x., el agua habría entrado en su propiedad. Por lo tanto, se puede afirmar la temporaneidad de la reclamación interpuesta el día 14 de julio de 2008.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

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.

La cuestión fundamental que ha de abordarse en el presente Dictamen es la relativa a la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños que la reclamante alega haber sufrido. En este sentido no se ha de olvidar que corresponde a la interesada probar la existencia de dicha relación de causalidad a tenor de lo establecido en los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP.

La x. basa su reclamación en el informe emitido por el arquitecto x., que achaca los daños sufridos en la vivienda a la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Obras de remodelación y mejora de la carretera con la que linda la finca afectada, ejecutadas en el año 2005 por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, consistentes en construcción de unas aceras encintadas y recrecido de la calzada, cuya rasante ha quedado por encima de dicha finca.

b) La insuficiencia del drenaje de la calzada.

c) Las lluvias torrenciales acaecidas el día 10 de junio de 2008

Por su parte, la Administración ha aportado un informe emitido por el Jefe de Sección de Conservación III de la Dirección General de Transportes y Carreteras, en el que se afirma que las obras efectuadas en la carretera no han sido la causa de los daños por los que se reclama. Esta afirmación se vierte por el técnico de la Administración en base a los siguientes datos:

a) La elevación que ha sufrido la rasante de la carretera (del contenido del informe parece desprenderse que ésta pudiera estar en torno a los 5 cms.), no puede originar un mayor o menor vertido de la escorrentía hacia el interior de la casa.

b) Las aceras compartimentan el agua que cae a la carretera y la dirigen hacia los distintos desagües existentes en la misma, siempre con la acequia por en medio, lo que impide la entrada del agua a las parcelas colindantes a la vía. Se anexan fotos en las que se pueden apreciar los desagües que se citan.

c) Existen otros elementos estructurales de la finca afectada que han podido originar los daños por los que se reclama: la balsa de riego que probablemente presente filtraciones; la acequia que bordea el exterior de la propiedad que carece de revestimiento e impermeabilización que impida la filtración de aguas; la propia construcción de un pequeño dique de ladrillo a la entrada de la finca cuyo fin era impedir la entrada de agua, puede haber propiciado la inundación al no dejar salir las que se hayan originado en el interior de la vivienda por embalsamiento del agua procedente de la lluvia, etc.

d) Las lluvias que se produjeron el día 10 de junio de 2008 carecen de la entidad suficiente para producir los daños que se describen en la reclamación.

Ante la existencia de diversos informes periciales de contenido contradictorio resulta conveniente acudir a la consolidada doctrina del Tribunal Supremo en relación con esta

cuestión. Afirma el Alto Tribunal que *“ante la concurrencia de informes periciales, procede un análisis crítico conjunto de los mismos, debiendo el órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en los informes de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debiéndose entender la fuerza probatoria de los dictámenes e informes en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada, debiendo tenerse como primer criterio orientador en la determinación de su fuerza de convicción, el de conceder prevalencia, en principio, a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional, sin olvidar la utilización conjunta o subsidiaria de otros criterios auxiliares, como la mayor credibilidad de los técnicos más alejados de los intereses de parte...”* (sentencias del TS de 11 de mayo de 1981 y 6 de marzo de 2000). Añadiendo, en sentencia de 17 de julio de 2000, que *“...ya que los dictámenes formulados por encargo de la propiedad o de los arrendatarios, adolecen de un subjetivismo sumamente interesado en la defensa de sus propias pretensiones, lo que los hace no susceptibles de una valoración de prueba que presupone por naturaleza para que sea estimable, la objetividad e imparcialidad de quien emite el dictamen”*.

En un orden paralelo de consideraciones cabe destacar que el informe de la Administración es posterior al emitido por el perito de parte y que la reclamante, en trámite de audiencia, tuvo ocasión de examinarlo y, en su caso, alegar y manifestarse en contra, sin que así lo haya hecho al no comparecer ni formular alegación alguna.

En cuanto al acta notarial que también se acompaña a la reclamación, la misma sólo acredita la constatación por el fedatario público de los daños que presenta la vivienda y de la existencia del murete de contención en la puerta de entrada a la finca (folios 40 y 41, donde consta la diligencia notarial), lo que, por sí solo, resulta insuficiente en orden a establecer un nexo de causalidad entre la actuación administrativa y los daños observados.

Por otra parte coincide el Consejo Jurídico con la apreciación del órgano instructor sobre el hecho de que desde el año 2005, en el que se ejecutaron las obras, es lógico pensar que debieron producirse lluvias de intensidad similar a la acaecida el día 10 de junio de 2008, sin embargo en ningún momento, ni por parte de la interesada ni de ningún otro vecino, se ha informado sobre la existencia de inundaciones o producción de daños.

Valoradas las circunstancias expresadas, este Consejo Jurídico considera que la reclamante no ha acreditado suficientemente que el daño producido en su finca se haya derivado del funcionamiento del servicio público de carreteras y, más concretamente, de las obras realizadas por la Comunidad Autónoma de la Región de la Murcia en la vía colindante.

CUARTA.- Acreditación y valoración del daño.

Si bien la conclusión alcanzada acerca de la ausencia de responsabilidad patrimonial de la Administración haría innecesario un estudio del daño alegado y su valoración económica, con base en el artículo 12.2 RRP, el Consejo Jurídico estima procedente indicar que algunas de las partidas que se recogen en el presupuesto obrante al folio 142 no pueden aceptarse derivadas de una inundación como la que se describe en la reclamación. Tales conceptos son los reflejados en los tres primeros apartados de dicho presupuesto, referentes todos ellos a obras a ejecutar en el tejado de la vivienda.

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 regional.

No obstante, V.E. resolverá.

